

**Herausgeber****Prof. Dr. Helmut Köhler****Wissenschaftlicher Beirat**

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der  
Zentrale zur Bekämpfung  
unlauteren Wettbewerbs  
Frankfurt am Main e.V.

**dfv'** Mediengruppe  
Frankfurt am Main

**Editorial: Prof. Dr. Henning Harte-Bavendamm**

Schutz von Geschäftsgeheimnissen – Umbruch und Neuordnung

**501 Prof. Dr. Justus Meyer**

Inhaltliche Aspekte unzumutbarer Belästigung

**507 Prof. Dr. Mike Wienbracke, LL.M.**

EuGH-Rechtsprechung zum „Beihilfe“-Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV im Jahr 2016

**513 Dr. Bianca Beutel**

Möglichkeiten und Grenzen von Erfahrungssätzen

**520 Dr. Martin Wintermeier**

Informationspflichten bei Werbung mit Verbraucherdarlehen gem. § 6a PAngV

**524 Dr. Simon Apel und Jonathan Drescher**

Unterlassungserklärung und Erfüllungsgehilfenhaftung

**528 BAWAG/Verein für Konsumenteninformation**

EuGH, Urteil vom 25.01.2017 – C-375/15

**531 Elisabeth Schmitt/TÜV Rheinland LGA Products**

EuGH, Urteil vom 16.02.2017 – C-219/15

**536 Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln**

BGH, Urteil vom 01.12.2016 – I ZR 143/15

**542 Konsumgetreide**

BGH, Urteil vom 02.03.2017 – I ZR 194/15

**549 YouTube-Werbekanal**

BGH, Beschluss vom 12.01.2017 – I ZR 117/15

**555 MICRO COTTON**

BGH, Teilurteil vom 03.11.2016 – I ZR 101/15

**560 PUC**

BGH, Beschluss vom 23.02.2017 – I ZR 126/15

**563 VBL-Gegenwert II**

BGH, Urteil vom 24.01.2017 – KZR 47/14

**568** Kommentar von **Sebastian Telle****569 Cordoba**

BGH, Beschluss vom 23.02.2017 – I ZR 267/15

**573 East Side Gallery**

BGH, Urteil vom 19.01.2017 – I ZR 242/15

**589 Unübertroffene Wirksamkeit im 10. Jahr**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.02.2017 – I-20 U 123/16

**591** Kommentar von **Dr. Christian Tillmanns**

erloschenen nationalen Marke allein auf das Vorliegen der Voraussetzungen des Verfalls zum Zeitpunkt des Verzichts ankommt.

- 26** 5. Sollte die vom Senat für zutreffend gehaltene Auslegung des § 125c MarkenG mit Art. 14 der Richtlinie 2008/95/EG in Einklang stehen, ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Verfalls auch noch zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über die auf nachträgliche Feststellung des Verfalls gerichtete Klage vorliegen. Dafür kommt es darauf an, ob die Beklagte ihre deutschen Marken, nachdem sie auf diese am 7. Juli 2005 verzichtet hat, rechtserhaltend benutzen konnte und benutzt hat.
- 27** a) Das Berufungsgericht hat angenommen, Benutzungshandlungen nach dem Verzicht der Beklagten auf ihre deutschen Marken am 7. Juli 2005 könnten nicht berücksichtigt werden. Den von der Beklagten behaupteten nachfolgenden Benutzungshandlungen in den Jahren 2005 bis 2014 komme keine Heilungswirkung zu. Nach Art. 34 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 werde der gesamte materielle Inhalt der älteren Markeneintragung nach deren Wegfall in die Unionsmarke aufgenommen. Könne die Löschung der nationalen Marke in einem anhängigen Lösungsverfahren im Zeitpunkt des Verzichts nicht mehr verhindert werden, bestehe dieser Zustand weiter, auch wenn die nationale Marke nunmehr Teil der Unionsmarke sei. Die durch das Lösungsverfahren ausgelöste Sperrwirkung des § 49 Abs. 1 S. 3 MarkenG lebe in Bezug auf die unionsmarkenrechtliche Seniorität fort.
- 28** b) Der Senat geht – anders als das Berufungsgericht – davon aus, dass das von der Klägerin eingeleitete Lösungsverfahren einer rechtserhaltenden Benutzung der nationalen Marke der Beklagten nach der Beendigung des Lösungsverfahrens im Juli 2005 nicht entgegensteht. Das Lösungsverfahren ist ohne gerichtliche Entscheidung zu Ende gegangen. Die übereinstimmenden Erledigungserklärungen der Parteien haben dazu geführt, dass die Rechtshängigkeit des Lösungsantrags entfallen ist (vgl. BGH, Urteil vom 8. Februar 1989 – IVa ZR 98/87, BGHZ 106, 359, 366). Damit endete zugleich die Wirkung des Heilungsausschlusses des § 49 Abs. 1 S. 3 MarkenG, weil der hierfür erforderliche Lösungsantrag nach § 49 Abs. 1 S. 1 MarkenG entfallen war. Die nationalen Marken hätten daher nach der übereinstimmenden Erklärung der Erledigung des Lösungsverfahrens grundsätzlich wieder rechtserhaltend benutzt werden können.
- 29** c) Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe ihre nationalen Marken nach dem Verzicht auf die Markenrechte am 7. Juli 2005 nicht mehr rechtserhaltend nutzen können, im Ergebnis zutrifft. Dies hängt davon ab, welche Wirkung die Inanspruchnahme des Zeitrangs der älteren nationalen Marke durch die Unionsmarke nach Art. 34 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 hat. Dies ist Gegenstand der zweiten Vorlagefrage.
- 30** aa) Nach Art. 34 Abs. 2 und Art. 35 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 34 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 hat der Zeitrang (die Seniorität) die alleinige Wirkung, dass dem Inhaber der Unionsmarke, falls er auf die ältere nationale Marke verzichtet oder sie erlöschen lässt, weiter dieselben Rechte zugestanden werden, die er gehabt hätte, wenn die ältere Marke weiterhin eingetragen gewesen wäre.
- 31** bb) Nach einer Ansicht wird der Fortbestand der älteren (nationalen) Marke lediglich fingiert (Ingerl/Rohnke aaO § 125c Rn. 5; Schalk in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, 3. Aufl., § 125c MarkenG Rn. 1; Beck-OK MarkenR/Rohlfing-Dijoux, 8. Edition, Stand: 1. Oktober 2016, Art. 34 VO [EG] Nr. 207/2009 Rn. 16 f.; Reinartz, GRUR Int. 2012, 493, 494). Eine erloschene Marke kann danach nicht mehr rechtserhaltend benutzt werden. Nach dem Verzicht auf die nationale Marke kann vielmehr nur noch die Unionsmarke

rechtserhaltend benutzt werden (vgl. Ingerl/Rohnke aaO § 125c Rn. 13; Kober-Dehm in Ströbele/Hacker, Markengesetz, 11. Aufl., § 125c Rn. 5). Nach dieser Auffassung könnte die Beklagte nicht geltend machen, sie habe ihre beiden nationalen Marken nach ihrem Verzicht am 7. Juli 2005 rechterhaltend benutzt.

cc) Nach anderer Ansicht hat der Zeitrang die Wirkung, dass das nationale Markenrecht auf der Grundlage der Registrierung der Unionsmarke aufrecht erhalten bleibt, auch wenn sie im Register des betreffenden Mitgliedstaats nicht mehr existiert, und die nationale Marke in dem betreffenden Mitgliedstaat weiterhin rechtserhaltend benutzt werden kann und muss (HABM, MitttdschPatAnw 2001, 516; vgl. Meister, WRP 1997, 1022, 1028). Falls die Inanspruchnahme der Seniorität der älteren nationalen Marke durch die Unionsmarke das nationale Markenrecht unangetastet lässt und damit im Ergebnis lediglich zu einer Zusammenführung der nationalen Registrierung und der Registrierung der Unionsmarke in einem Register führt, könnte die Beklagte sich nach dem Verzicht auf ihre nationalen Marken am 7. Juli 2005 im vorliegenden Verfahren darauf berufen, sie habe diese Marken rechtserhaltend benutzt.

6. Die Beantwortung der Vorlagefragen erübrigt sich nicht deshalb, weil die Klägerin den Klageanspruch verwirkt hat. Nach Auffassung des Senats kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg auf eine Verwirkung berufen.

## Kartellrecht

### VBL-Gegenwert II

#### GWB § 18 Abs. 3, § 19 Abs. 1

BGH, Urteil vom 24.01.2017 – KZR 47/14

Vorinstanzen: OLG Karlsruhe, 27.08.2014 – 6 U 112/11 (Kart.); LG Mannheim, 11.10.2011 – 2 O 224/09 Kart.

ECLI:DE:BGH:2017:240117UKZR47.14.0

**a) Bei der Beurteilung von Konditionen für die Beendigung einer langjährigen vertraglichen Bindung an einen marktstarken Anbieter setzt die Annahme, die Angebotsumstellungsflexibilität potentieller Wettbewerber beschränke durch die Marktmacht eröffnete Verhaltensspielräume, die Feststellung konkreter Anhaltspunkte voraus.**

**b) Unangemessene Geschäftsbedingungen, die die Beendigung einer langjährigen Vertragsbeziehung mit einem Normadressaten des § 19 Abs. 1 GWB erschweren, stellen regelmäßig einen Missbrauch von Marktmacht dar.**

## Tatbestand:

Die beklagte Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL), eine Anstalt des öffentlichen Rechts, schließt mit Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes (Beteiligten) Beteiligungsvereinbarungen in Form von Gruppenversicherungsverträgen ab. Auf dieser Grundlage gewährt sie den Arbeitnehmern der Beteiligten nach Maßgabe ihrer Satzung (VBLS) eine zusätzliche Alters-, Erwerbsminderungs- und Hinterbliebenenversorgung. Die Finanzierung der Beklagten erfolgt im Abrechnungsverband West, dem die Klägerin angehörte, seit 1967 über ein Umlageverfahren. § 23 Abs. 2 VBLS verpflichtet ausscheidende Beteiligte, einen Gegenwert zur Deckung der aus dem Anstaltsvermögen nach dem Ausscheiden des Beteiligten zu erfüllenden Verpflichtungen zu zahlen.

## BGH: VBL-Gegenwert II

- 2 Die Klägerin, eine Ärztekammer, schloss am 1. November 1978 einen Beteiligungsvertrag mit der Beklagten. Sie kündigte ihre Beteiligung mit Wirkung zum 31. Dezember 2004. Auf die Gegenwertforderung der Beklagten zahlte die Klägerin am 25. April 2005 einen Betrag von 1.950.000 € sowie am 3. Mai 2006 weitere 273.283,45 € zuzüglich Gutachterkosten in Höhe von 3.538 €.
- 3 Die Klägerin hält die Regelungen zum Gegenwert in der Satzung der Beklagten für nichtig. Sie begehrt die Rückzahlung der auf die Gegenwertforderung der Beklagten erbrachten Zahlungen nebst näher bestimmter Zinsen sowie die Feststellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung der Klägerin durch Verwendung der Satzungsregelung in § 23 Abs. 2 VBL. Das Landgericht hat dem Rückzahlungsantrag stattgegeben, Zinsen jedoch nur in geringerem als beantragtem Umfang zugesprochen. Den Feststellungsantrag hat das Landgericht abgewiesen.
- 4 Gegen dieses Urteil haben die Beklagte Berufung und die Klägerin Anschlussberufung eingelegt.
- 5 Mit Urteil vom 10. Oktober 2012 (IV ZR 10/11, BGHZ 195, 93) erklärte der Bundesgerichtshof die Gegenwertregelung in § 23 Abs. 2 VBL wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB für unwirksam. Am 21. November 2012 beschloss die Beklagte daraufhin die 18. Änderung ihrer Satzung, mit der die Gegenwertregelung in § 23 VBL aF geändert und durch die §§ 23a bis 23c VBL nF ergänzt wurde. Darüber hinaus fasste der Verwaltungsrat der Beklagten einen Satzungsergänzenden Beschluss (nachfolgend SEB) zu §§ 23 bis 23c VBL nF, nach dem für solche Beteiligte, die – wie die Klägerin – ihre Beteiligung zwischen dem 1. Januar 2002 und dem 31. Dezember 2012 beendeten, anstelle der §§ 23 bis 23b VBL nF die Bestimmung des § 23 VBL in einer abweichenden Fassung anzuwenden ist.
- 6 Die Beklagte zahlte an die Klägerin am 10. Dezember 2013 auf Grundlage von Nr. 3 SEB einen Betrag von 244.528,27 €. In Höhe dieses Betrags haben die Parteien im Termin vor dem Berufungsgericht am 14. Mai 2014 den Rechtsstreit in der Hauptsache für teilweise erledigt erklärt.
- 7 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Auf die Anschlussberufung der Klägerin hat es dieser den in zweiter Instanz noch verlangten Betrag von 1.982.293,18 € nebst Zinsen in unterschiedlicher Höhe zugesprochen und festgestellt,
 

dass die Beklagte im Verhältnis zur Klägerin ihre marktbeherrschende Stellung missbräuchlich dadurch ausgenutzt hat, dass sie durch Verwendung der Satzungsregelung in § 23 Abs. 2 VBL aF bis zum 9. Oktober 2012 Entgelte und Geschäftsbedingungen gefordert hat, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamen Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden (§ 19 Abs. 4 Ziff. 2 GWB), so dass

  - a) § 23 Abs. 2 VBL im Verhältnis zur Klägerin nichtig war und keinerlei Rechtswirkungen entfaltet hat sowie
  - b) die Beklagte der Klägerin wegen des aufgezeigten Kartellverstoßes zum Schadensersatz verpflichtet ist.
- 8 Die weitergehende Anschlussberufung hat das Berufungsgericht abgewiesen.
- 9 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage. Die Klägerin begehrt im Wege der Anschlussrevision, die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 1.950.000 € für die Zeit vom 1. Juli 2005 bis zum 13. November 2009.

**Entscheidungsgründe:**

- 10 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Ein Rechtsgrund für die als Gegenwert empfangene Leistung ergebe sich weder aus § 23 VBL aF noch aus dem während des Berufungsverfahrens vom Verwaltungsrat der Beklagten beschlossenen Satzungsergänzenden Beschluss. § 23 Abs. 2 VBL aF benachteilige ausgeschiedene Beteiligte unangemessen und sei deshalb unwirksam. Die Beklagte habe zwar mit dem Satzungsergänzenden Beschluss eine Neuregelung treffen können. Diese Neuregelung sei indes nicht tarifrechtlichen Ursprungs, so dass sie der uneingeschränkten Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliege. Die Neuregelung benachteilige die Klägerin ebenfalls unangemessen und sei deshalb unwirksam. Wie die vom Bundesgerichtshof für unwirksam erachtete frühere Gegenwertregelung bringe das nunmehr geltende Gegenwertmodell erhebliche finanzielle Belastungen in Form einer Einmalzahlung mit sich und setze die ausscheidenden Beteiligten unverändert einem gravierenden Prognoserisiko aus. Auch das von der Beklagten nunmehr als Alternative angebotene Erstattungsmodell stelle bei einer Gesamtbetrachtung keine angemessene Regelung dar. Es führe nicht nur zu weitreichenden finanziellen Belastungen der ausgeschiedenen Beteiligten, weil sie während des Erstattungszeitraums finanziell so behandelt würden, als wären sie Beteiligte der VBL geblieben, und weil die Schlusszahlung nach wie vor beträchtlich sein könne. Es berge darüber hinaus ein gravierendes Prognoserisiko.

Der mit der Anschlussberufung der Klägerin verfolgte Antrag auf Zahlung weiterer Zinsen sei teilweise begründet. Das Landgericht habe zu Unrecht einen Schadensersatzanspruch aus § 33 Abs. 1 GWB aF und § 33 Abs. 3 GWB in Verbindung mit § 19 GWB verneint. Die Beklagte verfüge auf dem räumlich auf Deutschland und sachlich auf die zusätzliche betriebliche Alters-, Erwerbsminderungs- und Hinterbliebenenversorgung für im öffentlichen Dienst Beschäftigte begrenzten Markt eine marktbeherrschende Stellung. Aus Sicht der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes komme für ihre Arbeitnehmer allein eine Zusatzversorgung in Betracht, die sich an Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes wende. Dafür seien andere Vorgaben als im Bereich der privaten Wirtschaft maßgeblich. Der Marktanteil der Beklagten an der Gesamtzahl der durch die öffentlich-rechtlichen Zusatzversorgungskassen pflichtversicherten Beschäftigten habe 40 % im Jahr 2002 und 37 % im Jahr 2006 betragen, während auf die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft kommunale und kirchliche Altersversorgung ein durchschnittlicher Marktanteil von jeweils 2 bis 3 % entfallen sei. Eine überragende Marktstellung der Beklagten folge auch daraus, dass Bund und Länder als größte Beteiligte Träger der VBL seien und kein Interesse an einer anderweitigen Bedarfsdeckung hätten.

Durch die Verwendung unzulässiger allgemeiner Geschäftsbedingungen habe die Beklagte ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 19 GWB fahrlässig missbraucht. Dieser Verstoß verpflichte die Beklagte nach § 33 Abs. 3 GWB und § 33 Abs. 1 GWB aF zum Ersatz des Schadens, der der Klägerin durch die Forderung des Gegenwerts entstanden sei. Die erste Zahlung der Klägerin vom 25. April 2005 sei vor Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle am 1. Juli 2005 geleistet worden und deshalb nicht gemäß § 33 Abs. 3 S. 4 GWB bereits mit Schadenseintritt in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen. Schuldverhältnisse, die keine Dauerschuldverhältnisse seien, seien nach dem Recht zu beurteilen, das zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses galt. Schon nach der bis 1. Juli 2005 geltenden Rechtslage sei der Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 1 GWB aF jedoch gemäß §§ 849, 246 BGB mit 4 % jährlich zu verzinsen. Durch die weitere Zahlung der Klägerin sei am 3. Mai 2006 ein neues Schuldverhältnis zwischen den Parteien entstanden, so dass der diese Zahlung betreffende Rückforderungsanspruch gemäß § 33 Abs. 3 S. 4 GWB iVm § 288 Abs. 1 S. 2 BGB mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen sei.

- 14 Da der Zahlungsantrag das Rechtsverhältnis zur Beklagten nicht erschöpfend erfasse, sei auch der Antrag der Klägerin, die Nichtigkeit des § 23 Abs. 2 VBLS und die Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz festzustellen, zulässig und begründet.
- 15 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben, weil sowohl § 23 Abs. 2 VBLS aF wie auch § 23 VBLS in der Fassung des Satzungsändernden Beschlusses unwirksam sind und der Klägerin auch die geltend gemachten kartellrechtlichen Ansprüche zustehen.
- 16 1. Jedenfalls im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass sich die Beklagte weder auf § 23 VBLS aF als Rechtsgrund für die empfangene Gegenwertzahlung berufen kann, noch die nunmehr allein in Betracht kommenden §§ 23 und 23c VBLS nF nach Maßgabe des Satzungsergänzenden Beschlusses vom 21. November 2012 einen Behaltensgrund für die geleistete Gegenwertzahlung bilden, sondern wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam sind. Das hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 7. September 2016 (IV ZR 172/15, VersR 2016, 1420) im Einzelnen begründet; hierauf wird Bezug genommen.
- 17 2. Ebenfalls zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Beklagte mit der Erhebung der Gegenwertforderung eine marktbeherrschende Stellung missbraucht hat und der Klägerin deshalb zum Schadensersatz verpflichtet ist.
- 18 a) Die Beklagte ist Normadressatin nach § 18 GWB und § 19 Abs. 2 GWB aF.
- 19 aa) Die Beklagte ist jedenfalls im Zusammenhang mit der Berechnung von Gegenwertansprüchen gegen frühere Beteiligte ihrer Zusatzversorgung Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts (BGH, Urteil vom 6. November 2013 – KZR 58/11, BGHZ 199, 1 Rn. 45 [= WRP 2014, 185] – VBL-Gegenwert I).
- 20 bb) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht als sachlich relevanten Markt auf Grundlage des Bedarfsmarktkonzepts den Markt der zusätzlichen betrieblichen Alters-, Erwerbsminderungs- und Hinterbliebenenversorgung für im öffentlichen Dienst Beschäftigte angesehen, weil für die Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst andere Vorgaben maßgeblich seien als in der privaten Wirtschaft.
- 21 (1) Vergeblich wendet die Revision gegen diese Beurteilung ein, relevant sei nicht der Markt der Zusatzversorgung für die Beschäftigten im öffentlichen Dienst, sondern der Markt der privaten Altersvorsorge schlechthin.
- 22 Zwar hat der Senat angenommen, die für ein Wettbewerbsverhältnis erforderliche grundsätzliche Austauschbarkeit der Leistungen der Beklagten mit Leistungen privater Versicherungsunternehmen sei gegeben und die von der Klägerin gewährte Zusatzversorgung erfolge in Form einer auch in der gewerblichen Wirtschaft üblichen Betriebsrente (BGHZ 199, 1 Rn. 47, 58 [= WRP 2014, 185] – VBL-Gegenwert I). Aus diesem Zusammenhang mit der Unternehmenseigenschaft der Beklagten angestellten Erwägungen ergibt sich indes nicht, dass die Leistungen der Beklagten und der privaten Versicherer im Bereich der Altersversorgung seit der Systemänderung in der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes schlechthin austauschbar geworden sind. So fehlt es bei Lebens- oder Rentenversicherungen zur privaten Vorsorge, aber auch bei privaten Unternehmen zur Altersvorsorge für ihre Beschäftigten angebotenen Gruppenversicherungsverträgen an einer Austauschbarkeit mit den speziell den Anforderungen des öffentlichen Dienstes angepassten Versorgungsleistungen der Beklagten. Zwar sind die dazu vom Berufungsgericht lediglich beispielhaft erwähnten Regelungen zur Behandlung von Elternzeit und Altersteilzeitarbeit bei den Versorgungsansprüchen grundsätzlich auch in Angeboten privater Versicherungen möglich. Soweit Produkte privater Versicherer die Anforderungen des öffentlichen Dienstes aber nicht erfüllen, sind sie nicht geeignet, die Nachfrage der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes zu befriedigen und können deshalb nicht in den hier sachlich relevanten Markt einbezogen werden.
- Der sachlich relevante Markt ist damit auf Angebote der zusätzlichen Alters-, Erwerbsminderungs- und Hinterbliebenenversorgung für im öffentlichen Dienst Beschäftigte beschränkt. Soweit private Versicherer derartige Versicherungsprodukte anbieten, sind sie auf dem relevanten Markt tätig.
- (2) Das Berufungsgericht hat angenommen, seit der Systemumstellung auf ein kapitalgedecktes Modell zum 1. Januar 2002 bestehe für private Anbieter grundsätzlich die Möglichkeit, kurzfristig in den Markt der betrieblichen Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst einzutreten. Dies führe im Streitfall aber nicht zu einer weiteren Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes unter dem Gesichtspunkt der Angebotsumstellungsflexibilität.
- Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg. Die Marktabgrenzung dient dem Ziel, die Wettbewerbskräfte zu ermitteln, denen die beteiligten Unternehmen in dem für die kartellrechtliche Beurteilung maßgeblichen Zeitraum ausgesetzt sind. Für die Frage, ob ein Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, kommt es entscheidend darauf an, ob die Verhaltensspielräume dieses Unternehmens hinreichend durch den Wettbewerb kontrolliert werden (BGH, Urteil vom 4. November 2003 – KZR 16/02, BGHZ 156, 379, 384 [= WRP 2004, 376] – Strom und Telefon I; Beschluss vom 16. Januar 2007 – KVR 12/06, BGHZ 170, 299 Rn. 19 [= WRP 2007, 542] – National Geographic II). Dabei beruht das Konzept der Angebotsumstellungsflexibilität auf der Erkenntnis, dass ein die Verhaltensspielräume kontrollierender Wettbewerb auch von Anbietern ähnlicher Produkte ausgeht, die ihr Angebot kurzfristig umstellen können, um eine bestehende Nachfrage zu befriedigen. Eine solche Kontrolle von Verhaltensspielräumen durch Angebotsumstellung von Wettbewerbern ist im Bereich der Fusionskontrolle von Bedeutung, wo die Prüfung der Frage, ob eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, anhand einer mehrjährigen Prognose der künftigen Marktstruktur zu beantworten ist. Eine entsprechende Bedeutung kann dem Konzept der Angebotsumstellungsflexibilität auch im Zusammenhang mit Marktanteilschwellen für die Freistellung bestimmter wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen zukommen (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2009 – KVR 57/08, WuW/E DE-R 2732 Rn. 33 – Versicherergemeinschaft). Bei Anwendung der Verbote des Missbrauchs marktstarker oder marktbeherrschender Stellungen bedarf es hingegen in jedem Einzelfall sorgfältiger Prüfung, ob das aktuelle Wettbewerbsverhalten des Normadressaten schon im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt tatsächlich durch eine grundsätzlich bestehende Angebotsumstellungsflexibilität von Wettbewerbern kontrolliert wird.
- Denn in diesen Fällen geht es um die Beurteilung eines gegenwärtigen, unmittelbar bevorstehenden oder früheren Marktverhaltens gegenüber einzelnen Marktteilnehmern und nicht um die künftige Marktstruktur (vgl. Nothdurft in Langen/Bunte, Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl., § 19 GWB Rn. 70). Jedenfalls bei der Prüfung eines Missbrauchs von Konditionen im Zusammenhang mit der Beendigung einer langjährigen Bindung oder Mitgliedschaft wird es – anders als etwa im Fall eines fortlaufenden Bedarfs aufgrund kontinuierlicher Bestellungen und in typischen Fällen der Lieferverweigerung – regelmäßig an Anhaltspunkten dafür fehlen, dass Verhaltensspielräume eines marktstarken Anbieters durch die Angebotsumstellungsflexibilität von Wettbewerbern beschränkt werden können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2011 – VI Kart 5/11 (V), juris Rn. 119). So verhält es sich auch im Streitfall, wo für eine solche Beschränkung der hier maßgeblichen Handlungsspielräume der Anbieter von Zusatzversicherungen für den öffentlichen

## BGH: VBL-Gegenwert II

Dienst durch einen möglichen Markteintritt privater Versicherer weder etwas festgestellt ist noch von der Revision aufgezeigt wird. Dafür spricht auch die zuvor bestehende Marktabschottung für die Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes. Erst seit dem Systemwechsel im Jahr 2002 – und damit kurz vor dem hier in Rede stehenden Marktverhalten der Beklagten in den Jahren 2005 und 2006 – entsprechen die Leistungen der Beklagten einer auch in der gewerblichen Wirtschaft üblichen Betriebsrente, die grundsätzlich auch private Versicherungsunternehmen anbieten können.

- 27** cc) Das Berufungsgericht hat den räumlich relevanten Markt auf Deutschland beschränkt. Das lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revision nicht angegriffen.
- 28** b) Ebenfalls rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Beklagte auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt im für den Streitfall maßgeblichen Zeitpunkt eine marktbeherrschende Stellung einnahm. Zu Unrecht rügt die Revision das Fehlen einer Gesamtwürdigung aller die Struktur des relevanten Marktes kennzeichnenden Merkmale und die Anwendung der Vermutung der Einzelmarktbeherrschung gemäß § 19 Abs. 2 GWB aF.
- 29** aa) Maßgeblich sind im Streitfall die Marktverhältnisse in den Jahren 2005 und 2006, in denen die Klägerin ihre Zahlungen für den Gegenwert an die Beklagte leistete. Auf das gegenwärtig geltende Recht, das für die Vermutung der Marktbeherrschung in § 18 Abs. 4 GWB einen Schwellenwert von 40% festlegt, kommt es insoweit von vornherein nicht an; für die Beurteilung unerlaubter Handlungen ist vielmehr das zum Zeitpunkt der Tatbegehung geltende Recht maßgeblich.
- 30** bb) Soweit die Revision eine Gesamtwürdigung vermisst, zeigt sie keine Umstände auf, die das Berufungsgericht in Würdigung des von den Parteien hierzu gehaltenen Sachvortrags zusätzlich hätte berücksichtigen müssen.
- 31** (1) Das Berufungsgericht hat angenommen, die marktbeherrschende Stellung der Beklagten auf dem relevanten Markt werde gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 GWB vermutet. Der Anteil der Beklagten an der Gesamtzahl der durch öffentlich-rechtliche Zusatzversorgungskassen pflichtversicherten Beschäftigten habe im Jahr 2006 bei ca. 37% gelegen, während auf die einzelnen Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft kommunale und kirchliche Altersversorgung ein durchschnittlicher Marktanteil von jeweils 2 bis 3% entfallen sei. Im Jahr 2002 habe der Anteil der VBL bei 40% gelegen. Darüber hinaus komme der Beklagten eine überragende Marktstellung zu. Denn Bund und Länder als größte Beteiligte seien Träger der VBL und hätten kein Interesse an einer anderweitigen Bedarfsdeckung. Außerdem bedürfe es bei den tarifvertraglich gebundenen Mitarbeitern für die Beendigung der Beteiligung bei der Beklagten einer Übereinkunft der Tarifvertragsparteien.
- 32** (2) Auf dieser Grundlage durfte das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung auf eine marktbeherrschende Stellung der Beklagten schließen.
- 33** Gegen die Berechnung des Marktanteils der Beklagten auf der Grundlage der Zahl der aktiven Pflichtversicherten bestehen keine Bedenken. Dem von der Beklagten auf Basis des Beitragsvolumens unter Einbeziehung von Lebensversicherungen sowie privater betrieblicher Altersversorgung und Pensionskassen ermittelten Marktanteil von 5,3% kommt im Streitfall keine Bedeutung zu.
- 34** Der Berücksichtigung der Bindung von Bund und Ländern an die Beklagte steht entgegen der Ansicht der Revision nicht entgegen, dass gemäß § 2 Abs. 1 des Alterstarifvertrags (ATV) alle tarifgebundenen Arbeitgeber ihre Beschäftigten bei der öffentlichen Zusatzversorgungseinrichtung versichern müssen, bei der sie Mitglied sind. Im Streitfall zu beurteilen ist eine Auseinanderset-

zung zwischen der Beklagten und einem nicht an sie gebundenen Arbeitgeber, der die Zusatzversorgung für seine Beschäftigten auch durch eine andere Zusatzversorgung sicherstellen kann. Die für die Prüfung der Normadressateneigenschaft der Beklagten maßgeblichen Marktverhältnisse werden auch durch die Auswirkungen von Tarifverträgen geprägt. Dadurch, dass der Bund und die meisten Bundesländer durch Tarifvertrag an die Beklagte gebunden sind, hat diese auf dem maßgeblichen Markt der Zusatzversorgung für den öffentlichen Dienst eine besonders starke Stellung.

- c) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, die Beklagte habe durch das Fordern der Gegenwertzahlung in den Jahren 2005 und 2006 ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht. Die unangemessene Gegenwertforderung stellt einen Ausbeutungsmissbrauch in Form eines Konditionenmissbrauchs dar, der unter die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB fällt. Bei der Prüfung dieses Tatbestands ist die gesetzliche Wertentscheidung, die der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB zugrunde liegt, zu berücksichtigen (BGHZ 199, 1 Rn. 65 [= WRP 2014, 185] – VBL-Gegenwert I). Zwar stellt nicht jede Verwendung einer unwirksamen Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch einen Normadressaten einen Missbrauch von Marktmacht dar. Ein Missbrauch liegt aber insbesondere vor, wenn die Vereinbarung der unwirksamen Klausel Ausfluss der Marktmacht oder der großen Machtüberlegenheit des Verwenders ist (BGHZ 199, 1 Rn. 65 [= WRP 2014, 185] – VBL-Gegenwert I). Einen solchen Fall stellt die Verwendung von Geschäftsbedingungen dar, die eine Kündigung der oder den Austritt aus einer Vertragsbeziehung mit dem Normadressaten unangemessen erschweren. Bei den Regelungen der Beklagten zum Gegenwert handelt es sich um eine solche Klausel.
- d) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe der Beklagten zu Unrecht Fahrlässigkeit angelastet, greift ebenfalls nicht durch.
- aa) Ohne Erfolg wendet die Revision ein, zum Zeitpunkt der umstrittenen Zahlungen sei in Literatur und Rechtsprechung noch nicht diskutiert worden, ob die Beklagte ein Unternehmen im Sinne des Kartellrechts sein könne. Im Kartellrecht ist ebenso wie im gewerblichen Rechtsschutz das Verschulden nur dann zu verneinen, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 1989 – KZR 22/88, WuW/E BGH 2603, 2607 [= WRP 1990, 263] – Neugeborenentransporte; Bornkamm in Langen/Bunte aaO § 33 GWB Rn. 123). Nach diesem Maßstab reicht es nicht aus, wenn sich ein Unternehmen über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens keine Gedanken gemacht hat.
- bb) Auf der Grundlage der bis Ende des Jahres 2004 ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestand für die Beklagte Anlass, jedenfalls ihre Tätigkeit bei der Berechnung und Forderung von Gegenwertansprüchen als unternehmerische Tätigkeit anzusehen.
- (1) Die vom Senat in der Entscheidung „VBL-Gegenwert I“ (BGHZ 199, 1 [= WRP 2014, 185]) zur Begründung der Unternehmenseigenschaft der Beklagten zitierte Rechtsprechung war zu dieser Zeit schon weitgehend ergangen. Insbesondere galt für das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bereits der funktionale Unternehmensbegriff, wonach die Unternehmenseigenschaft durch jede selbständige Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr begründet wird, die auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet ist, und sich nicht auf die Deckung des privaten Lebensbedarfs beschränkt (vgl. BGH, Beschluss vom 9. März 1999 – KVR 20/97, WuW/E DE-R 289, 291 [= WRP 1999, 665] – Lottospielgemeinschaft, mwN). Der Unternehmenseigenschaft stand nach dem vor dem Jahr 2000 erreichten Stand der

Rechtsprechung weder eine öffentlich-rechtliche Organisationsform entgegen (BGH, WuW/E DE-R 289, 291 [= WRP 1999, 665] – Lottospielgemeinschaft), noch kam es dafür auf eine Gewinnerzielungsabsicht an (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1961 – KZR 1/61, BGHZ 36, 91, 103 – Gummistrümpfe).

- 40** In Anwendung dieser bereits anerkannten Grundsätze hat der Senat die Unternehmenseigenschaft der Klägerin bejaht (BGHZ 199, 1 Rn. 43 bis 45 [= WRP 2014, 185] – VBL-Gegenwert I). Da die den Beschäftigten der Beteiligten von der Klägerin gewährte Zusatzversorgung seit dem Systemwechsel in der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes im Jahr 2002 einer auch in der gewerblichen Wirtschaft üblichen Betriebsrente entsprach, konnte es der Beklagten auch nicht verborgen bleiben, dass sie für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes ab diesem Zeitpunkt eine Leistung bereitstellte, die in Form einer entsprechenden Rente auch von privaten Versicherungsunternehmen im Wettbewerb mit ihr angeboten werden konnte (vgl. BGHZ 199, 1 Rn. 47 [= WRP 2014, 185] – VBL-Gegenwert I).
- 41** (2) Hinzu kam, dass zwar vor der Siebten GWB-Novelle kein ausdrücklicher Auftrag des Gesetzgebers an die nationalen Gerichte bestand, bei der Auslegung des deutschen Kartellrechts die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Art. 101 und Art. 102 AEUV heranzuziehen. Das bedeutet indes nicht, dass zuvor das Streben nach einer einheitlichen Auslegung entsprechender Begriffe im deutschen und Unionskartellrecht bedeutungslos gewesen wäre. Vielmehr wurden die Entwicklungen im Kartellrecht der Union aufmerksam verfolgt. Vor dem Jahr 2004 hat der Gerichtshof der Europäischen Union bereits mehrfach entschieden, dass freiwillige Zusatzrenten- oder -krankenversicherungen, die durch einen Sozialversicherungsträger, Tarifvertrag oder eine Standesvertretung freier Berufe eingerichtet wurden, als Unternehmen angesehen werden, soweit sie mit ihrer Tätigkeit in Wettbewerb mit privaten Versicherungsunternehmen stehen (vgl. EuGH, Urteil vom 16. November 1995 – C-244/94, Slg. 1995, I-4022 Rn. 17 ff. = EuZW 1996, 277 – FFSA; Urteil vom 21. September 1999 – C-67/96, Slg. 1999, I-5751 Rn. 83 ff. – Albany; Urteil vom 21. September 1999 – C-115/97 bis C-117/97, Slg. 1999, I-6025 Rn. 84 f. – Brentjens; Urteil vom 12. September 2000 – C-180/98 bis C-184/98, Slg. 2000, I-6451 Rn. 115 ff. – Pavel Pavlov). Insbesondere die vom Senat in der Entscheidung „VBL-Gegenwert I“ maßgeblich herangezogenen Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union „Brentjens“ und „Albany“ sind bereits im Jahr 1999 ergangen.
- 42** (3) Bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hatte die Beklagte daher bereits im hier maßgeblichen Zeitraum ab Ende 2004 damit zu rechnen, dass ihre Unternehmenseigenschaft jedenfalls im hier vorliegenden Zusammenhang bejaht werden könnte.
- 43** e) Gegen die Berechnung der Zinsen durch das Berufungsgericht erhebt die Revision keine Einwände.
- 44** 3. Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht den auf die Feststellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch die Beklagte gerichteten Antrag der Klägerin für zulässig und begründet erachtet. Dagegen wendet sich die Revision ebenfalls ohne Erfolg.
- 45** a) Die Revision rügt, der Feststellungsantrag sei unzulässig, soweit er sich auf die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten bezieht. Die Schadensersatzpflicht der Beklagten sei nicht nur vom Kartellverstoß, sondern noch von weiteren Umständen abhängig, insbesondere von ihrem Verschulden. Der Kartellverstoß, der den Gegenstand der Feststellungsklage bilde, stelle dann nur eine Vorfrage zur potentiellen Schadensersatzpflicht der Beklagten dar, die nicht zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden könne.
- aa) Damit hat die Revision keinen Erfolg. Die Klägerin begehrt die Feststellung der Unwirksamkeit von § 23 Abs. 2 VBLs sowie der Schadensersatzpflicht der Klägerin. Dabei handelt es sich um feststellungsfähige Rechtsverhältnisse. Der ebenfalls in den Feststellungsantrag aufgenommene Kartellrechtsverstoß stellt zwar für beide Feststellungsbegehren ein notwendiges Begründungselement dar, entfaltet im Feststellungstenor aber keine eigenen Rechtswirkungen und wird infolgedessen auch nicht von der Feststellungswirkung erfasst.
- Eine isolierte Feststellung des Kartellrechtsverstoßes begehrt die Klägerin nicht. Es kommt deshalb im Streitfall nicht darauf an, dass einzelne Vorfragen grundsätzlich kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 Abs. 2 ZPO sind (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2013 – VII ZR 223/11, NJW 2013, 1744 Rn. 16, mwN). Dem Feststellungsantrag der Klägerin kann in beiden Antragsteilen nur stattgegeben werden, wenn alle tatbestandlichen Voraussetzungen der Unwirksamkeit oder Schadensersatzpflicht wegen des Kartellverstoßes vorliegen, deren Feststellung begehrt wird.
- bb) Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass für den auf Schadensersatzfeststellung gerichteten Antrag ein Feststellungsinteresse besteht, obwohl die Klägerin mit ihrem Zahlungsantrag die Rückzahlung der auf die Gegenwertforderung geleisteten Beträge begehrt. Die Beklagte hat sich vorbehalten, gegebenenfalls Nachforderungen aus Nachtragsgutachten geltend zu machen.
- b) Der Feststellungsantrag ist auch begründet.
- aa) Gegen die Verurteilung nach dem Feststellungsantrag zu 2 a (Unwirksamkeit von § 23 Abs. 2 VBLs) verweist die Revision lediglich auf ihre Ausführungen zum Zahlungsantrag der Klägerin, die wie dargelegt nicht durchgreifen.
- bb) Die Revision rügt aber, die Schadensersatzpflicht (Feststellungsantrag zu 2 b) habe nicht für die Zeit ab 9. Oktober 2012 festgestellt werden dürfen, weil die Klägerin ihren Feststellungsantrag insoweit einseitig für in der Hauptsache erledigt erklärt habe. Die Revision übersieht hierbei indes, dass sich schon aus der Urteilsformel zu 2 eine – dem im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebenen Antrag entsprechende – Beschränkung der Schadensersatzpflicht der Beklagten auf Gegenwertforderungen ergibt, die bis 9. Oktober 2012 erhoben wurden.
4. Damit erweist sich die Revision der Beklagten als insgesamt unbegründet.
- III. Die Anschlussrevision der Klägerin ist ebenfalls unbegründet. Höhere als die vom Berufungsgericht zugesprochenen Zinsen stehen der Klägerin weder auf kartellrechtlicher Grundlage noch nach § 849 BGB zu.
1. Das Berufungsgericht hat angenommen, bei der vor Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle erfolgten ersten Zahlung der Klägerin am 25. April 2005 handele es sich um einen „Altfall“, auf den § 33 Abs. 3 S. 4 und 5 GWB nicht anzuwenden seien, so dass Verzugszinsen gemäß § 288 BGB nicht bereits ab Eintritt des Schadens verlangt werden könnten. Dagegen wendet sich die Anschlussrevision mit der Erwägung, die Beklagte habe den Kartellrechtsverstoß durch Weiterverwendung der unzulässigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen fortgesetzt. Bei unbeeendeten, zeitlich fort dauernden Kartellrechtsverstößen sei das im Entscheidungszeitpunkt geltende Recht anzuwenden. Die Beklagte dürfe nicht doppelt privilegiert werden, indem ihr einerseits entgegen allgemeinen zivilrechtlichen Regeln ermöglicht werde, ihre Satzung einseitig nachzubessern, sie aber andererseits trotz andauernden Kartellrechtsverstoßes keine Zinsen auf Grundlage der aktuell geltenden § 33 Abs. 3 S. 4 und 5 GWB zahlen müsse.
- Diese Überlegungen greifen nicht durch. Der Kartellrechtsverstoß, der die Rückzahlungspflicht der Beklagten begründet, war

## Telle, Kommentar zu BGH, VBL-Gegenwert II

für den am 25. April 2005 gezahlten Betrag mit dessen Entgegennahme durch die Beklagte vollendet und abgeschlossen. Über die Entgegennahme der beiden Zahlungen der Klägerin am 25. April 2005 und 3. Mai 2006 hinaus hat die Beklagte die Satzungsbestimmung des § 23 Abs. 2 VBL gegenüber der Klägerin nicht angewendet, so dass ein fortgesetzter, andauernder und ihr gegenüber zum Schadensersatz verpflichtender Kartellrechtsverstoß insoweit nicht angenommen werden kann. Die Neufassung des § 33 GWB durch die Siebte GWB-Novelle entfaltet keine Rückwirkung auf bei ihrem Inkrafttreten bereits abgeschlossene Kartellrechtsverstöße (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145 Rn. 13 – ORWI).

- 56 2. Gleichfalls ohne Erfolg macht die Anschlussrevision geltend, die Zinshöhe bemesse sich auch in den Fällen des vom Berufungsgericht angewandten § 849 BGB nach den Verzugszinsvorschriften des § 288 Abs. 1 S. 2 BGB, weil der Deliktsschuldner dem in Verzug geratenen Schuldner im Sinne des § 288 Abs. 1 S. 1 BGB gleichzustellen sei (so MünchKomm.BGB/Wagner, 6. Aufl., § 849 Rn. 6).
- 57 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind nach § 849 BGB für durch eine unerlaubte Handlung verursachte Wertminderungen Zinsen gemäß § 246 BGB in Höhe von 4 % jährlich zu entrichten (BGH, Versäumnisurteil vom 26. November 2007 – II ZR 167/06, NJW 2008, 1084 Rn. 3; Vieweg in Staudinger, BGB, 2015, § 849 Rn. 8; Rüßmann in jurisPK-BGB, 8. Aufl., § 849 Rn. 4). Das entspricht dem Wortlaut der Norm, dem allein die Anwendung des gesetzlichen Zinssatzes nach § 246 BGB entnommen werden kann. Eine Absicht des Gesetzgebers, den Deliktsschuldner bei der Zinshöhe dem Verzugschuldner gleichzustellen, ist nicht erkennbar.
- 58 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Klägerin erstrebt mit der Anschlussrevision nur eine geringfügige, den Streitwert nicht erhöhende Abänderung des angefochtenen Urteils, soweit ihr Zinsanspruch teilweise abgewiesen worden ist.

## KOMMENTAR

## I. Hintergrund und Einführung in die Problematik

- 1 Die vorstehend abgedruckte Entscheidung steht im Zusammenhang mit den Bedingungen für ein Ausscheiden von Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes aus der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL). Die VBL erbringt für Arbeitnehmer der beteiligten Arbeitgeber Leistungen der Alters-, Erwerbsminderungs- und Hinterbliebenenversorgung nach Maßgabe eines Umlageverfahrens. Scheidet ein beteiligter Arbeitgeber aus der VBL aus, so regelt die VBL-Satzung die Erstattung eines Gegenwertes durch den Ausscheidenden. Die klagende Ärztekammer war bis zu ihrem Ausscheiden Mitglied in der VBL. In der Folge zahlte sie aufgrund der bis zu ihrem Ausscheiden geltenden Satzungsregelung den von der VBL verlangten Gegenwert. Die dafür maßgebliche Satzungsbestimmung über den Gegenwert wurde in der Folge rechtskräftig wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB für unwirksam erklärt, da auch verfallbare Rentenanwartschaften in die Berechnung des Gegenwertes einbezogen wurden (BGH, 10.10.2012 – IV ZR 10/11, BGHZ 195, 93). Die entsprechende Klausel wurde in der Folge geändert. Durch einen Beschluss des Verwaltungsrates sollten die geänderten Regelungen auch auf Altfälle anwendbar sein.

Die Klägerin beehrte die Rückzahlung der von ihr gezahlten Beträge sowie die Feststellung des Missbrauchs einer marktherrschenden Stellung durch die Verwendung der Satzungsregelung über die Gegenwertzahlung. Das Landgericht Mannheim gab dem Zahlungsantrag statt, wies den Feststellungsantrag jedoch ab. In der Berufung wurde der Klägerin der Zahlungsanspruch weiter zugesprochen. Darüber hinaus stellt das OLG Karlsruhe fest, dass die VBL mit der ursprünglichen Gegenwertklausel Entgelte oder Geschäftsbedingungen gefordert hat, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, sodass die Regelung nichtig sei und keine Rechtswirkungen entfalte und darüber hinaus die Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz wegen dieses Verstoßes bestehe (OLG Karlsruhe, 27.08.2014 – 6 U 112/11 (Kart), <https://tlmd.in/u/1737>). Sowohl die alte Regelung als auch die rückwirkende Neuregelung bürgen ein gravierendes Prognoserisiko für die Klägerin und stellten diese während des Erstattungszeitraums finanziell so, als wären sie weiterhin beteiligte. Der Kartellrechtssenat des BGH wies die Revision gegen diese Entscheidung zurück.

## II. Konditionenmissbrauch durch unangemessene AGB

Bereits in der ersten Entscheidung zu den Gegenwertregelungen der VBL hatte der BGH die Möglichkeit eines Marktmachtmissbrauchs durch die Verwendung unzulässiger AGB in den Raum gestellt (BGH, 06.11.2013 – KZR 58/11, WRP 2014, 185 Rn. 65 – VBL-Gegenwert I). Wiederholend erklärt der Senat in der vorliegenden Entscheidung eine unangemessene Gegenwertforderung nach der VBL-Satzung könne als Ausbeutungsmissbrauch in Form eines Konditionenmissbrauchs anzusehen sein, der unter die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB fällt (Rn. 35 der vorstehend abgedruckten Entscheidung). Dabei sei die gesetzliche Wertentscheidung zu berücksichtigen, die der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle zugrunde liege. Anders als in der damaligen Entscheidung konnte sich der Senat jedoch nun nicht auf die Feststellung der grundsätzlichen Möglichkeit eines Marktmachtmissbrauchs durch unzulässige AGB beschränken. Vielmehr sah er sich in seiner Bindung an die Revision zu einer konkreten Beantwortung der Frage veranlasst, ob das Berufungsgericht hier rechtsfehlerfrei entschieden hatte. Die betroffenen Klauseln erschwerten die Loslösung von einer Vertragsbeziehung mit dem Normadressaten unangemessen. Die Vereinbarung der unwirksamen Klausel sei damit Ausfluss der Marktmacht oder der großen Machtüberlegenheit der VBL (Rn. 35).

Damit schafft der Senat etwas mehr Klarheit in dieser Frage. Die erste Entscheidung zum VBL-Gegenwert wird teilweise für die Argumentation herangezogen, jeder Verstoß eines marktmächtigen Unternehmens gegen Rechtsvorschriften sei als Konditionenmissbrauch anzusehen (vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, Nr. 518; *Bischke/Brack*, NZG 2016, 502, 503; *Wiedmann/Jäger*, K&R 2016, 217, 220). Auch das Bundeskartellamt stützt seine Ermittlungen in dem Verfahren gegenüber Facebook auf den Verdacht, der Plattformanbieter verstoße gegen geltendes Datenschutzrecht. Rechtsverstöße im Allgemeinen und auch im Speziellen unwirksame allgemeine Geschäftsbedingungen können jedoch nicht an sich den Missbrauch der Marktmacht durch ein marktmächtiges Unternehmen begründen (vgl. bereits: *Körper*, WRP 2012, 761, 767; *Körper*, in: *Körper/Immenga*, Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie, 2016, S. 108 ff.; *Telle*, WRP 2016, 814, 818; *Telle*, InTeR 2017, 3, 5; EuGH, 23.11.2006 – C-238/05, WuW 207, 539 = EuZW 2006, 753 Rn. 63 – *Asnef-Equifax*; Kommission, 03.10.2014, COMP/M.7217 Rn. 164 – *Facebook/WhatsApp*; skeptisch insofern auch: *Meessen*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 131 ff.; *Schaffert*, in: *Münchener Kommentar zum Lauterkeits-*

recht, 2. Aufl. 2014, § 4 Nr. 11 UWG, Rn. 22; *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht*, 5. Aufl. 2012, Art. 101 AEUV Rn. 127 ff.). Stattdessen ist ein über die bloße Vertragsimparität hinausgehendes missbräuchliches Ausnutzen der Marktstellung erforderlich. Der Konditionenmissbrauch als eine neben dem Preismissbrauch stehende Form des Ausbeutungsmissbrauchs setzt voraus, dass das marktmächtige Unternehmen etwas verlangt, was es unter wettbewerblich geprägten Umständen wahrscheinlich nicht verlangen könnte. Dieser Umstand kann auch, muss aber nicht stets, durch nach den §§ 307 ff. BGB rechtswidrige Bedingungen erfüllt werden (*Telle*, WRP 2016, 814, 818; so auch *Rempe*, K&R 2017, 149, 151). Als Ausfluss der Marktmacht der VBL stellte der BGH die eine Kündigung unangemessen erschwerenden Gegenwertbedingungen fest (Rn. 35). Diese Feststellung verdeutlicht erneut die Nähe zwischen Preis- und Konditionenmissbrauch. Hätte nämlich die VBL sich bei der Gegenwertberechnung auf die unverfallbaren Anwartschaften beschränkt, diese Berechnung jedoch nach finanzmathematisch nicht vertretbaren Umständen zu hoch vorgenommen, so würde ein Preismissbrauch vorliegen, ohne dass es auf die Feststellung der Unwirksamkeit der AGB ankäme. Allein diese wettbewerbliche Ausbeutungssituation ist aber maßgeblich für die Annahme eines Preis- wie auch Konditionenmissbrauchs. Insofern hätte vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussionen im Zusammenhang mit der gesetzlichen Wertentscheidung ein Hinweis geholfen, dass AGB-Verstöße nur dann einen Marktmachtmissbrauch begründen können, wenn eine wettbewerblich nicht gerechtfertigte Ausbeutungssituation vorliegt.

### III. Weitere Aspekte der Entscheidung

- 5 Darüber hinaus enthält die Entscheidung Hinweise zu der Frage, ob die VBL in der vorinstanzlichen Entscheidung zu Recht als vom Marktmachtmissbrauch adressiertes Unternehmen angesehen wurde. Zum einen sei die VBL jedenfalls im Hinblick auf die Geltendmachung der Gegenwertansprüche Unternehmen im Sinne des Kartellrechts (Rn. 38 bis 41). Diesbezüglich konnte der VBL auch ein Fahrlässigkeitsvorwurf angelastet werden. Der Senat verweist dabei auf seine bereits zum fraglichen Zeitraum ergangene Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem im GWB verankerten funktionalen Unternehmensbegriff (BGH, 06.11.2013 – KZR 58/11, WRP 2014, 185 Rn. 43 bis 45 – VBL-Gegenwert I; BGH, 09.03.1999 – KVR 20/97, WRP 1999, 665 – Lottospielgemeinschaft; BGH, 26.10.1961 – KZR 1/61, BGHZ 36, 91 = GRUR 1962, 263 – Gummistrümpfe). Spätestens seitdem die Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes einer üblichen Betriebsrente entspräche, hätte der VBL demnach nicht mehr verborgen bleiben können, dass sie eine Tätigkeit in Ausrichtung auf den Austausch von Leistungen anbietet. Letztere Feststellung dürfe aber zum anderen nicht im Umkehrschluss für die Annahme erhalten, es gehe nicht um den relevanten Markt der Zusatzversorgung für die Beschäftigten im öffentlichen Dienst, sondern den Markt der privaten Altersvorsorge schlechthin (Rn. 22). Denn dafür fehle es an der für die Feststellung eines gemeinsamen Marktes erforderlichen Austauschbarkeit. Soweit aufgrund der Systemumstellung im Bereich der betrieblichen Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst seit 2002 auch für private Anbieter die Möglichkeit besteht, ähnliche Produkte wie die VBL anzubieten, könne noch nicht von einem tatsächlich bestehenden gemeinsamen Markt ausgegangen werden (Rn. 24 bis 26).

### IV. Ausblick

- 6 Hinsichtlich des Konditionenmissbrauchs macht diese Entscheidung deutlich, dass ein missbräuchliches Ausnutzen der Marktmacht einen über den Verstoß gegen nicht-kartellrechtliches Recht hinausgehenden wettbewerblichen Bezug erfordert. Dieser

bestand in der konkreten Situation in der Vereinbarung einer wettbewerblich nicht mehr gerechtfertigten geldwerten Forderung. Damit kommt der Verstoß einer missbräuchlichen Ausplünderung nah. Bislang noch offen bleibt die Bewertung für nicht unmittelbar geldwerte Forderungen wie zum Beispiel datenschutzrechtliche Einwilligungen.

*RA Sebastian Telle, Oldenburg\**

## Urheberrecht

### Cordoba

#### RL 2001/29/EG Art. 3 Abs. 1

*BGH, Beschluss vom 23.02.2017 – I ZR 267/15*

Vorinstanzen: OLG Hamburg, 03.12.2015 – 5 U 38/13; LG Hamburg, 22.01.2013 – 310 O 27/12

ECLI:DE:BGH:2017:230217BIZR267.15.0

**Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird zur Auslegung des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. Nr. L 167 vom 22. Juni 2001, S. 10) folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:**

**Stellt die Einfügung eines auf einer fremden Internetseite mit Erlaubnis des Urheberrechtinhabers für alle Internetnutzer frei zugänglichen Werkes in eine eigene öffentlich zugängliche Internetseite ein öffentliches Zugänglichmachen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG dar, wenn das Werk zunächst auf einen Server kopiert und von dort auf die eigene Internetseite hochgeladen wird?**

### Gründe:

- A. Der Kläger ist Berufsfotograf. Die am Rechtsstreit nicht mehr beteiligte Beklagte zu 1, die Stadt W., ist die Trägerin der Gesamtschule W.. Der Beklagte zu 2 (nachfolgend: Beklagter), das Land N., übt die Schulaufsicht über die Gesamtschule W. aus und ist Dienstherr oder Arbeitgeber der dort beschäftigten Lehrkräfte. Seit dem 25. März 2009 war auf der Internetseite der Gesamtschule W. ein im Rahmen einer Spanisch-Arbeitsgemeinschaft der Schule erstelltes Schülerreferat abrufbar, das die nachstehend abgebildete Fotografie der spanischen Stadt Cordoba enthielt:



\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 639 f.