



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 61/11

Verkündet am:
6. November 2013
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit



Klägerin, Widerbeklagte, Revisionsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Kummer und Wassermann -

gegen



Beklagte, Widerklägerin, Revisionsbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Keller und Dr. Mennemeyer -

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juli 2013 durch die Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Dr. h.c. Bornkamm und Dr. Raum sowie die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Kirchhoff und Dr. Bacher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 14. Dezember 2011 unter Zurückweisung des Rechtsmittels der Klägerin und des weitergehenden Rechtsmittels der Beklagten im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Widerklage hinsichtlich der Zinsen auch mit dem Teil abgewiesen worden ist, der eine Zinshöhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nicht übersteigt.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, eine Anstalt öffentlichen Rechts, schließt mit Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes (sogenannten Beteiligten) Beteiligungsvereinbarungen in Form von Gruppenversicherungsverträgen ab. Auf dieser Grundlage gewährt sie den Arbeitnehmern der Beteiligten nach Maßgabe ihrer Satzung

■■■■ eine zusätzliche Alters-, Erwerbsminderungs- und Hinterbliebenenversorgung.

2

Die Finanzierung der Klägerin erfolgt im Abrechnungsverband West, dem die Beklagte angehörte, seit 1967 über ein Umlageverfahren in Form eines modifizierten Abschnittsdeckungsverfahrens. Der Umlagesatz ist so bemessen, dass die für die Dauer des Deckungsabschnitts zu entrichtende Umlage zusammen mit den übrigen zu erwartenden Einnahmen und dem verfügbaren Vermögen ausreicht, die Aufgaben der Klägerin während des Deckungsabschnitts sowie der sechs folgenden Monate zu erfüllen (§ 60 Abs. 1 Satz 1, § 61 Abs. 1 ■■■■). § 23 Abs. 2 ■■■■ verpflichtet ausscheidende Beteiligte, einen Gegenwert zur Deckung der aus dem Anstaltsvermögen nach dem Ausscheiden zu erfüllenden Verpflichtungen zu zahlen. Die Bestimmungen des § 23 Abs. 2 und 4 ■■■■ haben in der vom Verwaltungsrat der Klägerin am 19. September 2002 beschlossenen und rückwirkend ab 1. Januar 2001 geltenden Fassung folgenden Wortlaut:

(2) ¹Zur Deckung der aus dem Anstaltsvermögen nach dem Ausscheiden zu erfüllenden Verpflichtungen aufgrund von

- a) Leistungsansprüchen von Betriebsrentenberechtigten aus einer Pflichtversicherung bzw. einer beitragsfreien Versicherung sowie
- b) Versorgungspunkten von Anwartschaftsberechtigten und
- c) künftigen Leistungsansprüchen von Personen, die im Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Beteiligung als Hinterbliebene in Frage kommen,

hat der ausscheidende Beteiligte einen von der Anstalt auf seine Kosten zu berechnenden Gegenwert zu zahlen.

²Der Gegenwert ist nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zu berechnen, wobei als Rechnungszins 3,25 v.H. während der Anwartschaftsphase und 5,25 v.H. während des Rentenbezuges zugrunde zu legen ist. ³Zur Deckung von Fehlbeträgen ist der Gegenwert um 10 v.H. zu erhöhen; dieser Anteil wird der Verlustrücklage nach § 67 zugeführt. ⁴Als künftige jährliche Erhöhung der Betriebsrenten ist der Anpassungssatz nach § 39 zu berücksichtigen.

⁵Bei der Berechnung des Gegenwerts werden die Teile der Leistungsansprüche und Anwartschaften nicht berücksichtigt, die aus dem Vermögen im Sinne des § 61 Abs. 2 oder § 66 zu erfüllen sind.

⁶Ansprüche, die im Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Beteiligung ruhen, werden nur dann nicht berücksichtigt, wenn das Ruhen auf § 65 Abs. 6 der am Tag vor In-Kraft-Treten dieser Satzung geltenden Satzung beruht.

⁷Der Gegenwert ist zur Abgeltung der Verwaltungskosten um 2 v.H. zu erhöhen. ⁸Der zunächst auf den Ausscheidestichtag abgezinsten Gegenwert ist für den Zeitraum vom Tag des Ausscheidens aus der Beteiligung bis zum Ende des Folgemonats nach Erstellung des versicherungsmathematischen Gutachtens mit Jahreszinsen in Höhe des durchschnittlichen Vomhundertsatzes der in den letzten fünf Kalenderjahren vor dem Ausscheiden erzielten Vermögenserträge, mindestens jedoch mit 5,25 v.H. aufzuzinsen.

...

(4) ¹Der Gegenwert ist innerhalb eines Monats nach Zugang der Mitteilung über die Höhe des Gegenwerts zu zahlen. ²Die Anstalt kann die Zahlung unter Berechnung von Zinsen in Höhe von 4 v.H. über dem jeweiligen Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB, mindestens jedoch 5,25 v.H., stunden.

...

3 Die Beklagte hat ihre Beteiligung bei der Klägerin zum 31. Dezember 2002 gekündigt und nach ihrem Ausscheiden zum 22. Juni 2004 auf die Gegenwertforderung der Klägerin eine Zahlung in Höhe von 346.000 € geleistet. Die Klägerin berechnete den von der Beklagten zu zahlenden Gegenwert anhand eines versicherungsmathematischen Gutachtens vom 13. April 2005 auf 587.396,38 €. Der über die Zahlung der Beklagten hinausgehende Differenzbetrag ist Gegenstand der Klageforderung.

4 Die Beklagte und weitere ehemalige Beteiligte aus dem Bereich der Krankenkassen, die ebenfalls in Rechtsstreitigkeiten mit der Klägerin verwickelt sind, schlossen mit der Klägerin eine Prozessvereinbarung. In § 2 dieser Vereinbarung wurden als „Prozessgegenstand“ die Rechtmäßigkeit der Gegenwertforderungen bei Beendigung des Beteiligungsverhältnisses bei der Klägerin sowie - hilfsweise - einzelne Punkte aus den Zahlungsaufforderungen der Gegenwertgutachten festgelegt. Gemäß § 3 Abs. 2 der Vereinbarung sollte die Klägerin die Beklagte auf Zahlung der restlichen Gegenwertforderung in Höhe von 241.396,38 € verklagen. Die ehemaligen Beteiligten behielten sich vor, eine

Widerklage zu erheben, wenn der Prozessverlauf ergibt, dass mit der Entscheidung über die Zahlungsklage nicht alle relevanten Punkte nach § 2 der Vereinbarung geklärt werden können. In § 3 Abs. 3 haben sich die Parteien der Prozessvereinbarung verpflichtet, die Entscheidung in den Musterverfahren auf alle gleichgelagerten Sachverhalte anzuwenden, als ob sie der Interventionswirkung nach § 68 ZPO unterlägen. Ferner sieht diese vertragliche Bestimmung vor, dass - soweit Mitglieder der Prozessgemeinschaft bereits Zahlungen geleistet haben oder noch leisten - die Klägerin ihnen den Teil ihrer Zahlungen zurückzahlt, der auf unbegründeten Gegenwertforderungen beruht.

5 Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 241.398,38 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25. Juni 2004 zu zahlen.

6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Klägerin hat diesen Antrag mit der Berufung weiterverfolgt. Im Wege der Anschlussberufung hat die Beklagte - soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung - widerklagend beantragt,

1. die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte 346.000 € zu zahlen;
2. die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz des § 247 BGB aus 346.000 € seit 22. Juni 2004 zu zahlen;
3. festzustellen, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten den gesamten Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden ist und noch entsteht, dass auf Basis der Regelung in § 23 Abs. 2 [REDACTED] eine Gegenwertforderung erhoben wurde.

7 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Auf die Anschlussberufung hat es die Klägerin verurteilt, an die Beklagte Zinsen

aus 346.000 €
- in Höhe von 4,1% für die Zeit vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2005
- in Höhe von 3,3% für die Zeit vom 1. Januar 2006 bis 31. Dezember 2006,

- in Höhe von 3,9% für die Zeit vom 1. Januar 2007 bis 31. Dezember 2007,
- in Höhe von 4,1% für die Zeit vom 1. Januar 2008 bis 6. April 2010,
- in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 7. April 2010 zu zahlen.

8 Außerdem hat das Berufungsgericht der Widerklage mit dem Feststellungsantrag stattgegeben. Die weitergehende Widerklage hat es abgewiesen.

9 Hiergegen richten sich die vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen beider Parteien, mit denen sie die jeweiligen Zahlungsanträge weiterverfolgen. Beide Parteien treten der Revision der Gegenseite entgegen.

Entscheidungsgründe:

10 A. Das Berufungsgericht hat die Abweisung der Klage bestätigt, weil § 23 Abs. 2 [REDACTED] unwirksam sei, so dass sich aus dieser Bestimmung kein Anspruch auf Zahlung eines Gegenwerts ergeben könne. Zur Begründung hat es ausgeführt:

11 § 23 Abs. 2 [REDACTED] unterliege uneingeschränkt der Inhaltskontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Da das Beteiligungsverhältnis der Beklagten bereits zum 31. Dezember 2002 beendet worden sei, sei gemäß Art. 229 § 5 EGBGB das AGB-Gesetz anzuwenden. Der danach vorzunehmenden Inhaltskontrolle halte § 23 Abs. 2 [REDACTED] unter mehreren Gesichtspunkten nicht stand. Eine unangemessene Benachteiligung ausscheidender Beteiligter liege zunächst darin, dass bei der Berechnung der Gegenwertforderung verfallbare und unverfallbare Rentenanwartschaften in gleicher Weise berücksichtigt würden. Auch der Zwang, den Gegenwert alsbald nach Beendigung der Beteiligung und im Wege einer Einmalzahlung zu leisten, benachteilige ausscheidende Beteiligte unangemessen. Nicht anders verhalte es sich

schließlich mit der Regelung in § 23 Abs. 3 Satz 3 [REDACTED], der zufolge der nach versicherungsmathematischen Grundsätzen ermittelte Gegenwert „zur Deckung von Fehlbeträgen“ um 10% zu erhöhen sei.

12 Die Unwirksamkeit von § 23 Abs. 2 [REDACTED] habe eine Regelungslücke zur Folge, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden müsse. Es bleibe indes der Klägerin vorbehalten, unwirksame Regelungen - auch rückwirkend für bereits ausgeschiedene Beteiligte - durch eine neue Regelung zu ersetzen, die den beiderseitigen Interessen in angemessener Weise Rechnung trage.

13 Die im Wege der Anschlussberufung erhobene Widerklage der Beklagten habe nur zu einem geringen Teil Erfolg. Soweit sie auf Rückzahlung des auf die Gegenwertforderung gezahlten Betrages gerichtet sei, sei die Widerklage unzulässig, weil ihr die Prozessvereinbarung zwischen den Parteien entgegenstehe. Danach sei eine Widerklage der Beklagten nur insoweit zulässig, als es zur Klärung von Rechtsfragen zwischen den Parteien erforderlich sei, die nicht bereits durch die Entscheidung über die vereinbarungsgemäß erhobene Zahlungsklage der Klägerin geklärt werden könnten. Diese Voraussetzungen seien hinsichtlich der auf Rückzahlung gerichteten Widerklage nicht erfüllt. Das Landgericht habe die Gegenwertforderung der Klägerin insgesamt für unbegründet erklärt. Mit Eintritt der Rechtskraft dieser Entscheidung müsse die Klägerin nach § 3 Abs. 3 der Prozessvereinbarung der Beklagten die bereits auf die Gegenwertforderung geleisteten Zahlungen zurückerstatten.

14 Die Prozessvereinbarung enthalte allerdings keine Regelungen über die Verzinsung von Zahlungsansprüchen und den Ersatz eventueller Schäden, die einem ehemaligen Beteiligten entstünden, wenn die Klägerin zu Unrecht Gegenwertforderungen erhebe. Insoweit sei die Widerklage zulässig. Zinsen kön-

ne die Beklagte indes nur nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen verlangen. Ein Anspruch auf höhere Zinsen ergebe sich nicht aus § 33 Abs. 3 Satz 4 und 5 GWB in Verbindung mit § 288 BGB. Eine Verzinsung in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz scheidet schon deshalb aus, weil es sich bei einer Schadensersatzforderung nicht um eine Entgeltforderung im Sinne von § 288 Abs. 2 BGB handelt. Im Übrigen komme eine Verzinsung nach § 33 Abs. 3 GWB nicht in Betracht, weil die Klägerin nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts anzusehen sei. Der mit der Widerklage erhobene Feststellungsantrag sei zulässig und begründet, soweit er sich auf die Feststellung der Verpflichtung der Klägerin zum Schadensersatz beziehe.

15

B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Klage zu Recht wegen Unwirksamkeit von § 23 Abs. 2 [REDACTED] abgewiesen. Dabei kommt es im Ergebnis nicht darauf an, ob für die von der Beklagten zu zahlende Gegenwertforderung § 23 [REDACTED] in der am 19. September 2002 mit Wirkung vom 1. Januar 2001 beschlossenen Fassung (§ 23 [REDACTED]) oder in der am 29. März 1995 beschlossenen und rückwirkend zum 1. Januar 1995 in Kraft getretenen Fassung (§ 23 [REDACTED]) maßgeblich ist. Auch die Revision der Beklagten ist nur zu einem geringen Teil begründet. Das Berufungsgericht hat die Rückzahlungswiderklage der Beklagten ohne Rechtsfehler abgewiesen. Die Begründung, mit der es der Beklagten einen Anspruch auf Zinsen nicht nach kartellrechtlichen, sondern nur nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zugesprochen hat, hält indes revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

I. Zur Revision der Klägerin

16

Die Revision der Klägerin ist unbegründet, weil das Berufungsgericht zu Recht § 23 Abs. 2 [REDACTED] als unwirksam angesehen hat.

- 17 1. Der Änderungstarifvertrag Nr. 6 vom 24. November 2011 zum Tarifvertrag über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes vom 1. März 2002 sowie die Neufassung des § 23 Abs. 2 Satz 3 [REDACTED] vom 21. November 2012 sind für die revisionsrechtliche Beurteilung des Streitfalls nicht zu berücksichtigen.
- 18 a) Der Änderungstarifvertrag Nr. 6 vom 24. November 2011 ordnet eine unzulässige echte Rückwirkung an, soweit er zum 1. Januar 2001 rückwirkend in Kraft gesetzte Regelungen zum Gegenwert für Beteiligungen enthält, die vor Abschluss dieses Änderungstarifvertrags beendet wurden (BGHZ 195, 93 Rn. 26 bis 29).
- 19 b) Die Neufassung des § 23 Abs. 2 Satz 3 [REDACTED] vom 21. November 2012, die mit Rückwirkung zum 1. Januar 2001 den gegen die Wirksamkeit dieser Bestimmung bestehenden Bedenken Rechnung tragen sollte, ist in der Revisionsinstanz nicht zu berücksichtigen. Die Satzung der Klägerin enthält bezogen auf die zwischen ihr und den beteiligten Arbeitgebern begründeten privaten Versicherungsverhältnisse kein revisibles objektives Recht, sondern Allgemeine Geschäftsbedingungen in Form Allgemeiner Versicherungsbedingungen. Diese können nicht erstmals in der Revisionsinstanz zur Überprüfung gestellt werden, und zwar auch dann nicht, wenn es sich nur um eine - gegenüber einer bereits streitgegenständlichen - abgewandelte Fassung handelt (BGH, Urteil vom 13. Februar 2013 - IV ZR 17/12, juris Rn. 26).
- 20 2. Wie sich aus den auf den Seiten 23 und 25 des Berufungsurteils geprüften Satzungsbestimmungen ergibt, hat das Berufungsgericht seiner Prüfung § 23 [REDACTED] zugrunde gelegt. Die Beklagte macht dagegen geltend, die am 19. September 2002 rückwirkend zum 1. Januar 2001 beschlossene und erst am 3. Januar 2003 im Bundesanzeiger veröffentlichte Änderung des § 23

Abs. 2 ■■■■■ könne auf sie keine Anwendung finden, weil sie bereits zum 1. Januar 2003 ■■■■■ ausgeschieden sei. Für den Streitfall maßgeblich sei deshalb die Satzung ■■■■■ in der Fassung von 1995.

21 Die Frage, welche Satzungsfassung für die Beurteilung des Streitfalls maßgeblich ist, kann jedoch dahinstehen. In beiden Fassungen ist § 23 ■■■■■ Gegenstand uneingeschränkter Inhaltskontrolle (dazu 3), der er weder in der neuen (dazu 4) noch in der alten Fassung (dazu 5) standhält.

22 3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unterliegt § 23 ■■■■■ - gleich in welcher Fassung - der uneingeschränkten Inhaltskontrolle des § 307 BGB bzw. des § 9 AGBG. § 23 ■■■■■ ist eine originäre Satzungsregelung ohne tarifrechtlichen Ursprung (BGH, Urteil vom 10. Oktober 2012 - IV ZR 10/11, VersR 2013, 46 Rn. 14 bis 24; Urteil vom 13. Februar 2013 - IV ZR 17/12, juris Rn. 15).

23 a) Entgegen der Ansicht der Revision der Klägerin ist die Inhaltskontrolle nicht eingeschränkt, weil die Verpflichtung zur Zahlung des Gegenwerts eine notwendige Konsequenz des Umlageverfahrens ist, das seinerseits auf einer maßgeblichen Grundentscheidung der Tarifvertragsparteien beruht. Dieses Argument ist vom IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs bereits mit ausführlicher Begründung zurückgewiesen worden (BGHZ 195, 93 Rn. 30 bis 34). Der Senat schließt sich dieser Beurteilung an.

24 b) Ebenso hat der Bundesgerichtshof bereits das Argument der Revision der Klägerin zurückgewiesen, es handele sich bei der Gegenwertforderung um eine Hauptleistung der Beteiligten, die der AGB-Kontrolle entzogen sei. Die Gegenwertforderung entsteht erst aufgrund der Kündigung eines Beteiligten und liegt damit außerhalb der normalen Vertragsabwicklung. Sie stellt daher nicht

die Gegenleistung des Versicherungsnehmers für den Versicherungsschutz dar (BGHZ 195, 93 Rn. 35 f.).

25 c) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, § 23 Abs. 2 [REDACTED] sei ausgehandelt worden und unterliege deshalb nicht der Inhaltskontrolle. Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, stellt die Klägerin als Verwenderin die aus ihrer Satzung folgenden Bedingungen. Der einzelne Arbeitgeber als Beteiligter hat keine Wahl, sich ihnen zu unterwerfen oder nicht (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 1999 - IV ZR 136/98, BGHZ 142, 103, 107).

26 4. Das Berufungsgericht hat zutreffend entschieden, dass die in § 23 Abs. 1 [REDACTED] geregelte volle Berücksichtigung von Versicherten ohne erfüllte Wartezeit bei der Berechnung des Gegenwerts sowie die Verpflichtung, den Gegenwert durch Einmalzahlung eines Barwerts zu erbringen, den ausgeschiedenen Beteiligten unangemessen benachteiligen (BGHZ 195, 93 Rn. 37 ff. und 58 ff.). Das ergibt sich im Streitfall aus § 9 AGBG, der gemäß Art. 229 § 5 EGBGB anzuwenden ist. Da § 23 Abs. 2 [REDACTED] schon deshalb unwirksam ist, kommt es auf etwaige weitere Unwirksamkeitsgründe nicht an.

27 Der IV. Zivilsenat hat sich mit den gegen diese Beurteilung gerichteten Argumenten in seinen zitierten Entscheidungen befasst und sie nicht für durchgreifend erachtet (BGHZ 195, 93 Rn. 49 ff.; BGH, Urteil vom 10. Oktober 2012 - IV ZR 12/11, juris Rn. 41 ff.; Urteil vom 13. Februar 2013 - IV ZR 17/12, juris Rn. 19). Die in dieselbe Richtung gehenden Angriffe der Revision der Klägerin geben zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass. Insbesondere hat der IV. Zivilsenat den Einwand als unbegründet angesehen, das Berufungsgericht habe verkannt, dass gegenüber Unternehmen der Kontrollmaßstab des § 9 AGBG großzügiger sei (BGHZ 195, 93 Rn. 50, zu § 307 BGB), und es für uner-

heblich gehalten, dass die Klägerin sich auf eine im Handelsverkehr geltende Gewohnheit beruft (BGHZ 195, 93 Rn. 51).

28 Entgegen der Ansicht der Revision der Klägerin stellt die Einbeziehung von Versicherten ohne erfüllte Wartezeit im Streitfall keinen untergeordneten Teil des Gegenwerts dar. Nach dem Vortrag der Klägerin beläuft sich der fragliche Anteil an der Gegenwertforderung auf einen Betrag von über 110.000 €. Es handelt sich daher nicht um eine zu vernachlässigende Summe (vgl. BGH, Urteil vom 13. Februar 2012 - IV ZR 12/11, juris Rn. 44).

29 5. § 23 Abs. 2 ■■■■■ hält der Inhaltskontrolle auch in der Fassung von 1995 nicht stand. Die unangemessene Regelung über die Entrichtung des Gegenwerts als Einmalzahlung ist dort ebenfalls enthalten (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2012 - IV ZR 12/11, juris Rn. 53).

30 6. Die Revision der Klägerin ist auch insoweit zurückzuweisen, als sie sich dagegen wendet, dass das Berufungsgericht der Widerklage teilweise stattgegeben hat. Die Regelungen über den Gegenwert halten der Inhaltskontrolle nicht stand, so dass ein Zinsanspruch der Beklagten jedenfalls nach Bereicherungsrecht besteht. Die Revision der Klägerin erhebt insoweit keine weiteren Rügen.

II. Zur Revision der Beklagten

31 Die Revision der Beklagten bleibt ohne Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, dass das Berufungsgericht ihre Widerklage mit dem auf Rückerstattung der Gegenwertzahlung gerichteten Antrag abgewiesen hat. Dagegen hält die Begründung, mit der das Berufungsgericht den mit der Widerklage geltend ge-

machten Anspruch auf höhere Zinsen verneint hat, der revisionsrechtlichen Prüfung nur teilweise stand.

32 1. Eine Erledigung oder Teilerledigung der Widerklage ist entgegen der Ansicht der Revision nicht durch die am 21. November 2012 beschlossene Neufassung des § 23 Abs. 2 Satz 3 [REDACTED] eingetreten, die mit Rückwirkung zum 1. Januar 2001 den gegen die Wirksamkeit dieser Bestimmung bestehenden Bedenken Rechnung tragen sollte. Diese Satzungsänderung stellt eine Veränderung des Streitgegenstands dar, die - wie oben in Randnummer 19 ausgeführt - in der Revisionsinstanz nicht zu berücksichtigen ist (BGH, Urteil vom 13. Februar 2013 - IV ZR 17/12, juris Rn. 26). Sie hat keinen Einfluss auf die Zulässigkeit oder Begründetheit der Widerklage.

33 2. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Widerklage als unzulässig angesehen, soweit sie auf Rückzahlung der auf die Gegenwertforderung geleisteten Zahlungen der Beklagten gerichtet ist. Das folgt aus der Prozessvereinbarung zwischen den Parteien.

34 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, aus dem Zusammenhang der Regelungen der Prozessvereinbarung ergebe sich, dass die Erhebung einer Widerklage der Beklagten nur soweit zulässig sei, als es die Klärung von Rechtsfragen erfordere, die zwischen den Parteien streitig seien und die nicht bereits durch die Entscheidung über die vereinbarungsgemäß erhobene Zahlungsklage der Klägerin geklärt würden. Die Revision der Beklagten nimmt diese Auslegung der Prozessvereinbarung hin. Sie meint aber, die Rückzahlungsklage der Beklagten sei danach zulässig, weil die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Klägerin Gegenwertansprüche aufgrund einer Regelung zustehen, die die infolge der Unwirksamkeit von § 23 Abs. 2 [REDACTED]

entstandene Lücke schließt, nur im Rahmen der von der Beklagten erhobenen Widerklage geklärt werden könne.

35 Die Revision der Beklagten übersieht bei dieser Argumentation jedoch, dass auch mit der im Streitfall erhobenen Widerklage nicht geklärt werden kann, wie die Lücke in der Satzung der Klägerin zu schließen ist. Da es hierfür eine Vielzahl von Möglichkeiten gibt, haben die Vorinstanzen mit Recht die ergänzende Vertragsauslegung nicht selbst vorgenommen, sondern es der Klägerin überlassen, anstelle der unwirksamen eine wirksame Gegenwertregelung zu treffen.

36 Zudem haben beide Vorinstanzen § 23 Abs. 2 [REDACTED] als unwirksam angesehen. Da eine ergänzende Vertragsauslegung im Rahmen des anhängigen Verfahrens nicht in Betracht kam, war die Gegenwertforderung derzeit insgesamt unbegründet. Das Berufungsgericht hat die Prozessvereinbarung ohne Rechtsfehler dahin ausgelegt, dass, falls diese Entscheidung rechtskräftig würde, die Klägerin der Beklagten nach § 3 Abs. 3 der Prozessvereinbarung die bereits auf die Gegenwertforderung geleisteten Zahlungen zurückerstatten müsste. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang auch darauf verwiesen, dass sich die entsprechende Bereitschaft der Klägerin ihrem Vortrag im Schriftsatz vom 6. September 2010 mit wünschenswerter Klarheit entnehmen lasse. Die Klägerin macht zutreffend geltend, es könne nicht angenommen werden, dass die Prozessvereinbarung der Beklagten den Weg zu einer Widerklage eröffne, die nicht zur Klärung der in § 2 Nr. 2 der Prozessvereinbarung aufgezählten Rechtsfragen führen könne und für die auch sonst kein Rechtsschutzbedürfnis bestehe.

37 b) Die Zulässigkeit des auf Rückzahlung gerichteten Widerklageantrags folgt auch nicht daraus, dass die Beklagte der auf die Urteile des IV. Zivilsenats

vom 10. Oktober 2012 (BGHZ 195, 93 und IV ZR 12/11, juris) gestützten Aufforderung einer anderen früheren Beteiligten, den unter Vorbehalt gezahlten Gegenwert bis zum 10. Mai 2013 zurückzuerstatten, nicht nachgekommen ist. Diese von der Revision der Beklagten vorgetragene neue Tatsache, die das von Amts wegen zu prüfende Rechtsschutzbedürfnis betrifft, ist zwar auch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 3. Mai 1983 - VI ZR 79/80, NJW 1984, 1556). Allerdings ergibt sich - anders als die Beklagte meint - aus dem als Anlage RB 5 vorgelegten Schreiben der Klägerin keineswegs, dass sie eine Rückzahlung von der Beklagten geleisteter Gegenwertzahlungen nach rechtskräftigem Abschluss des vorliegenden Rechtsstreits entgegen § 3 Abs. 3 der Prozessvereinbarung verweigern will. Die Klägerin hat in jenem Schreiben vielmehr die zutreffende Rechtsansicht vertreten, dass nach der Prozessvereinbarung eine Bindung an das Ergebnis des vorliegenden Verfahrens besteht und damit nicht an die Entscheidungen des IV. Zivilsenats vom 10. Oktober 2012.

38 c) Eine Klage, die entgegen einer wirksamen Prozessvereinbarung erhoben worden ist, ist allerdings nicht endgültig, sondern nur als zur Zeit unzulässig abzuweisen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 - VIII ZR 108/04, NJW-RR 2006, 632 Rn. 21).

39 3. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass die Prozessvereinbarung der Parteien der Zulässigkeit des auf die Zahlung von Zinsen auf die Rückforderung der Beklagten gerichteten Widerklageantrags nicht entgegensteht, weil sie keine Regelung über die Verzinsung von Zahlungsansprüchen enthält, die sich je nach Ausgang des Musterrechtsstreits ergeben können. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird auch von der Revision der Klägerin nicht angegriffen. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht der Beklagten

Zinsen nur nach bereicherungsrechtlichen und nicht nach kartellrechtlichen Grundsätzen zugesprochen hat, hält revisionsrechtlicher Nachprüfung indes nicht in vollem Umfang stand.

40

a) Das Berufungsgericht hat unter Hinweis auf die Rechtsprechung des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 20. Juli 2011 - IV ZR 76/09, BGHZ 190, 314 Rn. 88 ff.) angenommen, die Klägerin sei kein Unternehmen im Sinne des Kartellrechts, so dass eine Verzinsung in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 33 Abs. 3 GWB in Verbindung mit § 288 Abs. 2 BGB nicht in Betracht komme. Die Finanzierung der Beiträge erfolge jedenfalls im hier maßgeblichen Abrechnungsverband West über ein Umlageverfahren und damit nicht nach dem Kapitalisierungsprinzip. Die Leistungen der Klägerin seien auch nicht ausschließlich von der Höhe der gezahlten Beiträge abhängig. Damit beruhe die Finanzierung der Zusatzversorgung auf dem Grundsatz der Solidarität. Zudem unterliege die Klägerin der Aufsicht des Bundesministeriums der Finanzen und werde vom Bundesrechnungshof geprüft. Es bedürfe keiner näheren Erörterung, ob die Klägerin in Bezug auf bestimmte Tätigkeiten als Unternehmen angesehen werden könne. Dies sei jedenfalls insoweit nicht der Fall, als es um Regelungen gehe, die die Finanzierung der von ihr zu erbringenden Versorgungsleistungen durch die an ihr beteiligten Arbeitgeber betreffen. Hinsichtlich der Geltendmachung von Gegenwertforderungen könne die Klägerin daher nicht als Unternehmen im Sinne der §§ 19, 20 GWB angesehen werden.

41

b) Dieser Beurteilung kann nicht zugestimmt werden. Die Klägerin ist - jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang - Unternehmen im Sinne des Kartellrechts.

42 aa) Das Berufungsgericht hat geprüft, ob sich der Zinsanspruch der Beklagten aus § 33 Abs. 1 und 3, § 19 Abs. 1 GWB ergeben kann. Dieser Ausgangspunkt der kartellrechtlichen Beurteilung ist nicht zu beanstanden.

43 Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die von der Beklagten beanstandete Gegenwertberechnung den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 102 AEUV beeinträchtigen kann. Die Beklagte hat keinen entsprechenden Vortrag gehalten. Die Anwendung von Art. 102 AEUV drängt sich im Streitfall auch nicht auf. Die Klägerin ist eine ausschließlich in Deutschland tätige Versorgungseinrichtung, deren Beteiligte allein deutsche Arbeitgeber sind. Grundsätzlich vorstellbar ist zwar, dass die Klägerin, indem sie ihren Beteiligten einen Austritt unangemessen erschwert, Versicherungsunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union am Marktzugang für Versorgungsangebote an Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes in Deutschland hindert. Es ist aber weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass Unternehmen aus anderen Staaten der Europäischen Union aktuell oder potentiell als Anbieter in diesem Bereich in Betracht kommen.

44 Zudem hat Art. 102 AEUV gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 und § 22 Abs. 3 GWB keinen Vorrang gegenüber Verboten unternehmerischer Verhaltensweisen, die auf innerstaatlichen Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen beruhen. § 19 Abs. 1 GWB ist eine solche Vorschrift.

45 bb) Nach § 19 Abs. 1 GWB ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten. Für die Auslegung des Unternehmensbegriffs in dieser Bestimmung ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs maßgeblich.

46 Danach gilt für das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen der funktionale Unternehmensbegriff. Die Unternehmenseigenschaft wird durch jede selbständige Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr begründet, 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 16. Januar 2008 - KVR 26/07, BGHZ 175, 333 Rn. 21 - Kreis-krankenhaus Bad Neustadt, mwN). Der Sinn und Zweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen, verbietet dabei eine enge Betrachtungsweise (BGH, Urteil vom 23. Oktober 1979 - KZR 22/78, WuW/E BGH 1661, 1662 - Berliner Musikschule). Eine öffentlich-rechtliche Organisationsform des am geschäftlichen Verkehr Teilnehmenden reicht nicht aus, um ihn aus dem Geltungsbereich des Gesetzes zu entlassen (BGH, Beschluss vom 9. März 1999 - KVR 20/97, WuW/E DE-R 289, 291 - Lottospielgemeinschaft). Auch auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es nicht an (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1961 - KZR 1/61, BGHZ 36, 91, 103 - Gummistrümpfe; Zimmer in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 1 Rn. 56). Auf hoheitliches Handeln ist deutsches Kartellrecht dagegen nicht anwendbar (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2007 - KZR 48/05, WuW/E DE-R 2144 - Rettungsleitstelle), wobei es im Streitfall keiner Entscheidung bedarf, ob dies auch im Fall einer missbräuchlichen Wahl der hoheitlichen Handlungsform gelten kann.

47 Auf der Grundlage des funktionalen Unternehmensbegriffs ist nicht notwendig stets einheitlich zu beantworten, ob ein Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts vorliegt; vielmehr ist die Unternehmenseigenschaft im Einzelfall für die in Frage stehende wirtschaftliche Tätigkeit zu prüfen (vgl. BGH, WuW/E BGH 1661, 1662 - Berliner Musikschule; Beschluss vom 16. Dezember 1976 - KVR 5/75, WuW/E BGH 1474, 1476 f. - Architektenkammer).

48 cc) Nach diesen Grundsätzen kann die Unternehmenseigenschaft der Klägerin im Zusammenhang mit der Berechnung von Gegenwertansprüchen gegen frühere Beteiligte nach deutschem Kartellrecht nicht verneint werden.

49 Die von der Klägerin in Form von Gruppenversicherungsverträgen abgeschlossenen Beteiligungsvereinbarungen sind privatrechtlicher, nicht hoheitlicher Natur. Es besteht auch keine Pflichtmitgliedschaft bei der Klägerin. Vielmehr ist nach § 22 Abs. 1 [REDACTED] die Kündigung der Beteiligung zulässig und Hintergrund des vorliegenden Streitfalls. Aus der grundsätzlich für alle Beteiligten bestehenden Kündigungsmöglichkeit folgt, dass die Arbeitgeber, die nach den Tarifverträgen für den öffentlichen Dienst ihren Beschäftigten eine Zusatzversorgung gewähren müssen, diesen Anspruch auch bei einer anderen Versorgungseinrichtung erfüllen können. Das Berufungsgericht hat hierzu festgestellt, dass es außer der Klägerin weitere kommunale und kirchliche Zusatzversorgungskassen gibt.

50 Darüber hinaus kommen auch private Versicherungsunternehmen als Anbieter entsprechender Versorgungsleistungen in Betracht. Die den Beschäftigten der Beteiligten von der Klägerin gewährte Zusatzversorgung erfolgt in Form einer auch in der gewerblichen Wirtschaft üblichen Betriebsrente. Die Höhe der Rente entspricht der Leistung, die sich ergäbe, wenn 4% des Bruttoentgelts des Arbeitnehmers vollständig in ein kapitalgedecktes System eingezahlt und am Kapitalmarkt angelegt worden wären (vgl. 4. Versorgungsbericht der Bundesregierung vom 8. April 2009, BT-Drucks. 16/12660, S. 149 f.). Für die Leistungshöhe sind Versorgungspunkte maßgeblich, die auf der Grundlage der für eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst bezogenen Entgelte ermittelt werden (vgl. auch BGHZ 190, 314 Rn. 92). Damit stellt die Klägerin eine Leistung bereit, die in Form einer entsprechenden Rente auch von privaten Versicherungs-

unternehmen angeboten werden kann. Als Anbieter von Zusatzversorgungsleistungen für Mitarbeiter von Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes ist die Klägerin also Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts.

51

dd) In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, dass die Finanzierung der Beiträge zur Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls im Abrechnungsverband West über ein Umlageverfahren und damit nicht nach dem Kapitalisierungsprinzip erfolgt. Dieser Umstand nimmt dem Versorgungsangebot der Klägerin entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht die Eigenschaft als im geschäftlichen Verkehr angebotene gewerbliche Leistung. Die Leistungen der Klägerin werden auf einem für Wettbewerb geöffneten Markt gegen Entgelt angeboten. Ob dieses Entgelt nach dem Kapitalisierungsprinzip oder im Umlageverfahren berechnet wird, betrifft bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise allein eine Frage der Preiskalkulation. Ob der von einem Vertragspartner zu entrichtende Gegenwert in der einen oder anderen Weise kalkuliert wird, ist ohne Bedeutung für die Frage, ob ein bestimmter Leistungsaustausch den Vorschriften des Kartellrechts unterliegt.

52

ee) Die Höhe der von der Klägerin gewährten Betriebsrente richtet sich grundsätzlich nach den individuellen Jahresarbeitsentgelten der Beschäftigten der Beteiligten. Allerdings gibt es dazu Ausnahmen, die sich aus sozialen Komponenten in den Tarifverträgen für den öffentlichen Dienst ergeben. Das Berufungsgericht weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass nach § 37 Abs. 1 [REDACTED] Versorgungspunkte auch von Arbeitnehmern erworben werden, die sich in Elternzeit befinden. Es ist aber nicht ersichtlich, dass eine entsprechende Regelung nicht auch in Gruppenversicherungsverträgen privater Versicherungsunternehmen vorgesehen und versicherungsmathematisch einkalkuliert werden könnte, wenn ein Arbeitgeber eine entsprechende Regelung wünscht.

- 53 ff) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat es für die Prüfung der Unternehmenseigenschaft im deutschen Kartellrecht keine Bedeutung, dass die Klägerin vom Bundesrechnungshof geprüft wird und der Aufsicht des Bundesministeriums der Finanzen unterliegt, dessen Genehmigung auch für Satzungsänderungen erforderlich ist. Diese Umstände ändern nichts daran, dass die Klägerin auf privatrechtlicher Grundlage Versicherungsleistungen am Markt anbietet und dabei die Vorschriften des Kartellrechts zu beachten hat.
- 54 gg) Allerdings verfolgte der Gesetzgeber mit der 7. GWB-Novelle das Ziel einer Angleichung des nationalen Kartellrechts an das europäische Recht (vgl. Regierungsbegründung, BT-Drucks. 15/3640, S. 21). Bei der Auslegung des deutschen Kartellrechts sind deshalb die Art. 101 und Art. 102 AEUV und die dazu ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union heranzuziehen (BGH, Urteil vom 10. Dezember 2008 - KZR 54/08, WuW/E DE-R 2554 Rn. 17 - Subunternehmervertrag II). Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union gibt indes keinen Anlass, die Unternehmenseigenschaft der Klägerin zu verneinen.
- 55 (1) Soweit die neuere Rechtsprechung der Unionsgerichte Beschaffungen der öffentlichen Hand vom Anwendungsbereich der Wettbewerbsvorschriften der Union ausnimmt, wenn sie für nicht wirtschaftliche Tätigkeiten verwendet werden sollen (EuG, Urteil vom 4. März 2003 - T-319/99, Slg. 2003, II-357 Rn. 36 ff. = WuW/E EU-R 688 - FENIN, bestätigt durch EuGH, Urteil vom 11. Juli 2006 - C-205/03, Slg. 2006, I-6295 Rn. 26 = WuW/E EU-R 1213), weicht dies von der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ab, der bei der Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand bislang allein darauf abstellt, ob die Beschaffung mit den Mitteln des Privatrechts erfolgt (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1961 - KZR 1/61, BGHZ 36, 91, 103 - Gummistrümpfe; Urteil vom

12. März 1991 - KZR 26/89, WuW/E BGH 2707, 2714 - Krankentransportunternehmen II; Urteil vom 12. November 2002, KZR 11/01, BGHZ 152, 347, 351 f. - Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge; Urteil vom 24. Juni 2003 - KZR 32/01, WuW/E DE-R 1144, 1145 - Schülertransporte). Dem deutschen Recht liegt dabei die Erwägung zugrunde, dass ein Hoheitsträger, der im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Aufgaben zu den von der Privatrechtsordnung bereitgestellten Mitteln greift, den gleichen Beschränkungen wie jeder andere Marktteilnehmer unterliegt und dabei insbesondere die durch das Wettbewerbsrecht gezogenen Grenzen einer solchen Tätigkeit zu beachten hat (BGHZ 152, 347, 352 - Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge). Der Bundesgerichtshof hat bisher offengelassen, ob aufgrund der neueren Rechtsprechung der Unionsgerichte Anlass besteht, die gefestigte Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff im deutschen Recht einer Überprüfung zu unterziehen (BGH, Beschluss vom 19. Juni 2007 - KVR 23/98, WuW/E DE-R 2161 Rn. 12; BGH, Urteil vom 5. Juni 2012 - X-ZR 161/11, juris Rn. 5 und 17). Das bedarf auch im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Gegenstand der Beurteilung ist nicht eine Beschaffung durch die Klägerin, sondern ihre Tätigkeit als Anbieterin von Versicherungsleistungen.

56

(2) Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist Unternehmen im Sinne des Kartellrechts jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Wirtschaftliche Tätigkeit ist dabei jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten (EuGH, Urteil vom 3. März 2011 - C-437/09, Slg. 2011, I-973 Rn. 41 f. = EWS 2011, 187 - AG2R Prévoyance). Keinen wirtschaftlichen Charakter haben Tätigkeiten, die in Ausübung hoheitlicher Befugnisse erfolgen (EuGH, Urteil vom 26. März 2009 - C-113/07, Slg. 2009 I-2207 Rn. 70 - SELEX Sistemi Integrati;

Urteil vom 12. Juli 2012 - C-138/11, WuW/E EU-R 2472 Rn. 36 - Compass-Datenbank). Ein Rechtsträger kann auch nur für einen Teil seiner Tätigkeiten als Unternehmen anzusehen sein, wenn es sich dabei um wirtschaftliche Tätigkeiten handelt (EuGH, WuW/E EU-R 2472 Rn. 37 - Compass-Datenbank). Der soziale Zweck eines Versicherungssystems genügt als solcher nicht, um eine Qualifikation als wirtschaftliche Tätigkeit auszuschließen (EuGH, Urteil vom 22. Januar 2002 - C-218/00, Slg. 2002, I-691 Rn. 37 = WuW/E EU-R 551 - INAIL).

57 (3) Ausgehend von diesen Grundsätzen prüft der Gerichtshof der Europäischen Union anhand eines Bündels von Kriterien, ob Einrichtungen der gesetzlichen Sozialversicherung im Einzelfall als Unternehmen anzusehen sind.

58 So spricht es gegen eine Unternehmenseigenschaft, wenn eine Pflichtmitgliedschaft der Leistungsberechtigten besteht und die Leistungen der obligatorischen Versicherung deswegen nicht im Wettbewerb erbracht werden (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Februar 1993 - C-159/91 und C-160/91, Slg. 1993, I-664 Rn. 3, 7, 13 = NJW 1993, 2597 - Poucet und Pistre; Slg. 2002, I-691 Rn. 44 - INAIL; Urteil vom 16. März 2004 - C-264/01 u.a., Slg. 2004, I-2493 Rn. 54 = WuW/E EU-R 801 - AOK Bundesverband und andere; Urteil vom 5. März 2009 - C-350/07, Slg. 2009, I-1513 Rn. 68 = WuW/E EU-R 1543 - Kattner Stahlbau GmbH). Der wirtschaftliche Charakter einer Tätigkeit kann ausgeschlossen sein, wenn ein obligatorisches System der sozialen Sicherheit als Umsetzung des Grundsatzes der Solidarität verstanden werden kann und staatlicher Aufsicht unterliegt, wobei ein gewisser Handlungsspielraum, der einem Selbstverwaltungssystem der sozialen Sicherheit gewährt ist, die Natur der ausgeübten Tätigkeit nicht ändert (EuGH, WuW/E EU-R 1543 Rn. 43, 61 - Kattner Stahlbau GmbH).

59 Demgegenüber können 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 f. - Albany; Urteil vom 21. September 1999 - C-115/97 bis C-117/97, Slg. 1999, I-6029 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; Slg. 2011, I-973 Rn. 65 - AG2R Prévoyance). Liegt eine Tätigkeit im Wettbewerb mit Versicherungsgesellschaften vor, sind weder das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht noch am Solidaritätsgrundsatz orientierte Leistungselemente geeignet, der Versorgungseinrichtung die Eigenschaft eines Unternehmens im Sinne der Wettbewerbsregeln der Union zu nehmen (EuGH, Slg. 1999, I-6029 Rn. 85 - Brentjens; Slg. 1999, I-5751 Rn. 85 - Albany; Slg. 2011, I-973 Rn. 65 - AG2R Prévoyance). Übt die Versorgungseinrichtung eine Tätigkeit im Wettbewerb mit privaten Versicherungsunternehmen aus, ist auch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unerheblich, ob sie der Rechtsaufsicht durch den Staat und Beschränkungen bei ihrer Geschäftstätigkeit unterliegt (EuGH, Slg. 1995, I-5022 Rn. 11, 17 - FFSA).

60 (4) Im vorliegenden Fall sind vor allem die Fälle „Brentjens“ und „Albany“ von Interesse. Sie betreffen einen in den Niederlanden von den Tarifparteien eingerichteten Rentenfonds, der mit der Verwaltung eines Zusatzrentensystems betraut ist, wobei die Mitgliedschaft in dem Zusatzrentensystem durch den Staat verbindlich vorgeschrieben ist. Allerdings können Unternehmen von der Verpflichtung zur Beteiligung an dem Betriebsrentenfonds freigestellt werden,

wenn sie ihre Arbeitnehmer in mindestens gleichwertigem Umfang in einem anderen Rentensystem versichern. Für die Freistellung kann der Fonds eine angemessene Entschädigung für Nachteile verlangen, die er infolge des Ausscheidens versicherungstechnisch möglicherweise erleidet. Aufgrund dieser Umstände ist der Gerichtshof der Europäischen Union zu dem Ergebnis gelangt, der Betriebsrentenfonds übe eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit Versicherungsunternehmen aus (vgl. EuGH, Slg. 1999, I-5751 - Albany Rn. 83 f.; Slg. 1999, I-6029 Rn. 83 f. - Brentjens). Diese Auffassung stimmt mit der Beurteilung nach deutschem Recht überein.

61

(5) Danach spricht die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang nicht gegen die Eigenschaft der Klägerin als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts. Es kommt für die Bejahung der Unternehmenseigenschaft danach nicht entscheidend darauf an, ob eine Versicherungseinrichtung ihre Leistungen durch ein Umlageverfahren oder im Wege der Kapitaldeckung finanziert. Vielmehr ist insoweit maßgeblich, ob die von ihr angebotenen Leistungen als Umsetzung des Grundsatzes der Solidarität zu verstehen sind oder denen entsprechen, die private Versicherungsunternehmen im Wege der Kapitaldeckung anbieten können. Letzteres ist hier der Fall, weil die Klägerin den Beschäftigten ihrer Beteiligten eine Leistung zusagt, die sich ergäbe, wenn 4% des Bruttoentgelts vollständig in ein kapitalgedecktes System eingezahlt und am Kapitalmarkt angelegt würden. Die Zusatzversicherung der Klägerin ist also nicht durch typische Leistungsmerkmale einer Solidargemeinschaft geprägt. Damit ist die für die Bejahung eines Wettbewerbsverhältnisses erforderliche grundsätzliche Austauschbarkeit der Leistungen der Klägerin mit Leistungen privater Versicherungsunternehmen gegeben.

- 62 hh) Übt die Klägerin mithin als Anbieterin von Gruppenversicherungsverträgen auch nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, bedarf es keiner Entscheidung, ob der autonome Unternehmensbegriff des europäischen Rechts stets auch im deutschen Kartellrecht zugrunde zu legen ist oder ob für das deutsche Recht entweder generell oder zumindest im Anwendungsbereich der §§ 19, 20 GWB (vgl. oben Rn. 44) der im deutschen Recht entwickelte Unternehmensbegriff anzuwenden ist. Diese Frage ist auch bei uneingeschränkter Anerkennung des Grundsatzes, dass zur Auslegung des nationalen Kartellrechts die Rechtsprechung der Unionsgerichte und die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission heranzuziehen sind, nicht zwingend im ersteren Sinne zu beantworten (vgl. dazu Bornkamm in Festschrift Blaurock, 2013, S. 41, 50 ff.). Die im europäischen Recht maßgebliche materielle, nicht an die Einordnung der Tätigkeit als hoheitlich oder privatrechtlich anknüpfende Beurteilung hat nicht zuletzt darin ihren Grund, dass es andernfalls die Mitgliedstaaten in der Hand hätten, durch Ausgestaltung des nationalen Rechts den Anwendungsbereich der Art. 101, 102 AEUV zu bestimmen.
- 63 ii) Der IV. Zivilsenat hat auf Anfrage mitgeteilt, dass er an seiner abweichenden Beurteilung der Unternehmenseigenschaft der Klägerin (BGHZ 190, 314 Rn. 90 ff.) nicht festhält.
- 64 c) Die Begründung, mit der das Berufungsgericht einen auf § 33 Abs. 3 Satz 5 GWB in Verbindung mit § 288 BGB gestützten Zinsanspruch der Beklagten abgelehnt hat, hält revisionsrechtlicher Nachprüfung somit nicht stand.
- 65 4. Das Berufungsurteil stellt sich insoweit auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar.

- 66 a) Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Klägerin als marktbeherrschendes Unternehmen Normadressatin des § 19 Abs. 1 GWB ist. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Klägerin - gemessen an der Zahl der versicherten Personen und am Umsatz - die größte Zusatzversorgungskasse im Anwendungsbereich der Tarifverträge für den öffentlichen Dienst. Feststellungen zum relevanten Markt und zum Anteil der Klägerin auf diesem Markt hat das Berufungsgericht, nach dessen Ansicht es hierauf nicht ankam, bislang nicht getroffen.
- 67 b) Kommt die Klägerin als Normadressatin des § 19 Abs. 1 GWB in Betracht, kann ein Missbrauch ihrer Marktstellung nicht von vornherein ausgeschlossen werden.
- 68 Die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch marktbeherrschende Unternehmen kann grundsätzlich einen Missbrauch im Sinne von § 19 GWB darstellen. Das gilt insbesondere dann, wenn die Vereinbarung der unwirksamen Klausel Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit des Verwenders ist. Eine unangemessene Gegenwertforderung nach § 23 Abs. 2 [REDACTED] könnte als Ausbeutungsmissbrauch in Form eines Konditionenmissbrauchs anzusehen sein, der unter die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB fällt. Bei der Prüfung dieses Tatbestands ist die gesetzliche Wertentscheidung, die der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB zugrunde liegt, zu berücksichtigen (vgl. Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19 Rn. 174; offengelassen in BGH, Beschluss vom 6. November 1984 - KVR 13/83, WuW/E BGH 2103, 2107 - Favorit).
- 69 Ein Erheblichkeitszuschlag, wie ihn der Senat in Fällen des Preismissbrauchs für erforderlich gehalten hat (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005 - KVR 17/04, BGHZ 163, 282, 295 - Stadtwerke Mainz), käme dabei nicht in

Betracht, auch wenn eine quantitative Bestimmung des Nachteils im Streitfall naheliegen mag. Denn die Rechtsfolge der Unwirksamkeit einer Vertragsklausel setzt nach § 307 BGB bereits eine Benachteiligung von einigem Gewicht voraus (vgl. MünchKomm-BGB/Wurmnest, 6. Aufl., § 307 Rn. 31; Erman/Roloff, BGB, 13. Aufl., § 307 Rn. 8; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 307 Rn. 12; vgl. ferner oben Rn. 28), so dass schon im Rahmen der Prüfung der Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 BGB eine Erheblichkeitsprüfung erfolgt.

70 c) Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass es sich bei dem Rückzahlungsanspruch der Beklagten nicht um eine Entgeltforderung im Sinne von § 288 Abs. 2 BGB handelt. Nach § 33 Abs. 3 Satz 5 GWB, § 288 Abs. 1 BGB ist ihr auf Kartellrecht gestützter Zinsanspruch auf fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz ab Entstehung des Schadens begrenzt. Den darüber hinausgehenden Zinsanspruch hat das Berufungsgericht zu Recht abgewiesen.

71 aa) Anders als § 81 Abs. 6 Satz 2 GWB, der für die Verzinsung von Geldbußen allein die entsprechende Anwendung von § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB anordnet, verweist § 33 Abs. 3 Satz 5 GWB auf die Vorschrift des § 288 BGB insgesamt. Unter diesen Umständen kann nicht angenommen werden, dass Absatz 2 dieser Vorschrift bei auf Kartellrechtsverstößen gestützten Schadensersatzansprüchen keinen Anwendungsbereich haben soll, weil sie stets auf Delikt und nicht auf Rechtsgeschäft beruhen (vgl. Staebe in Schulte/Just, Kartellrecht, § 33 GWB Rn. 55 aE). Die nach § 33 Abs. 3 Satz 5 GWB gebotene entsprechende Anwendung des vollständigen § 288 BGB setzt daher voraus, dass in Absatz 2 dieser Vorschrift die Formulierung „bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist“ zu lesen ist als „bei Schadensersatzansprü-

chen nach § 33 Abs. 3 Satz 1 GWB, die nicht von Verbrauchern geltend gemacht werden“.

72 bb) § 288 Abs. 2 BGB gilt aber nur für Entgeltforderungen, während auf alle anderen Geldforderungen Absatz 1 dieser Vorschrift anzuwenden ist. Diese Differenzierung ist auch im Rahmen der entsprechenden Anwendung von § 288 Abs. 1 BGB nach § 33 Abs. 3 Satz 5 GWB zu beachten.

73 Entgeltforderungen sind Forderungen auf Zahlung eines Entgelts als Gegenleistung für eine vom Gläubiger erbrachte oder zu erbringende Leistung (BGH, Urteil vom 21. April 2010 - XII ZR 10/08, NJW 2010, 1872 Rn. 23; MünchKomm-BGB/Ernst, 6. Aufl., § 288 Rn. 19 iVm § 286 Rn. 75). Wegen der einschneidenden Rechtsfolge ist § 288 Abs. 2 BGB eng auszulegen (vgl. Jauernig/Stadler, BGB, 14. Aufl., § 288 Rn. 7; Erman/J. Hager, BGB, 13. Aufl., § 288 Rn. 10). So hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die entsprechende Geltung der §§ 291, 288 BGB für öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche zu einer Verzinsung von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinsatz gemäß § 288 Abs. 1 BGB führt, aber keine ausreichende Analogiebasis besteht, Absatz 2 dieser Vorschrift anzuwenden (BVerwG, Urteil vom 18. März 2004 - 3 C 23/03, NVwZ 2004, 991, 995).

74 Für kartellrechtliche Schadenersatzansprüche, die - wie im Streitfall - auf eine ungerechtfertigte Bereicherung des Schuldners zurückgehen, gilt nichts anderes. Die auf einem Verstoß gegen § 19 Abs. 1 GWB beruhende entsprechende Anwendung von § 288 Abs. 2 BGB nach § 33 Abs. 3 Satz 5 GWB ist grundsätzlich auf Fälle beschränkt, in denen sich der Missbrauch auf eine Entgeltforderung des Missbrauchsopfers bezieht. Dafür mögen etwa die systematisch verzögerte Bezahlung fälliger Forderungen oder die missbräuchliche Erzwingung zu niedriger Entgelte, etwa durch hohe Bezugsrabatte oder anderwei-

tige Durchsetzung ungerechtfertigt günstiger Einkaufspreise, in Betracht kommen. Um einen solchen Fall handelt es sich bei der zu Unrecht erhobenen Gegenwertforderung der Klägerin aber nicht.

75 cc) § 33 Abs. 3 Satz 5 GWB ist eine Rechtsfolgenverweisung. Zinsen sind nach Satz 4 dieser Norm bereits ab Schadenseintritt zu zahlen. Ein Verzug des Schuldners ist nicht erforderlich. Damit wird die mit der Neufassung des § 33 GWB durch die 7. GWB-Novelle bezweckte zusätzliche Abschreckungswirkung (vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/3640, S. 35, 53 f.; Emmerich in Immenga/Mestmäcker aaO § 33 Rn. 67) im Regelfall auch durch die Verzinsung der Schadensersatzforderung mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz entsprechend § 288 Abs. 1 BGB erreicht.

76 III. Das Berufungsurteil ist daher auf die Revision der Beklagten aufzuheben, soweit die Widerklage hinsichtlich der Zinsen auch mit dem Teil abgewiesen worden ist, der eine Zinshöhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nicht übersteigt. Dabei sind als Schaden auch die von der Beklagten für die Berechnung des Gegenwerts gezahlten Gutachterkosten zu berücksichtigen. Die weitergehende Revision der Beklagten ist ebenso wie die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

77 C. Soweit das Berufungsurteil aufzuheben ist, kann der Senat nicht selbst in der Sache entscheiden, weil für die Beurteilung eines Anspruchs der Beklagten aus § 33 Abs. 3, § 19 GWB wesentliche Feststellungen noch nicht getroffen worden sind. Zur Beurteilung der Normadressateneigenschaft der Klägerin im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB fehlt es an einer Bestimmung des relevanten Markts und der darauf aufbauenden Feststellung des Marktanteils der Klägerin. Hinsichtlich des Zinsanspruchs ist die Sache daher in dem Umfang

der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

78 Für die weitere Behandlung der Sache gibt der Senat folgende Hinweise:

79 1. Sollte das Berufungsgericht nach der neuen Verhandlung einen Verstoß der Klägerin gegen § 19 Abs. 1 GWB annehmen, käme es nicht mehr auf einen eventuellen Vortrag der Beklagten zu Art. 102 AEUV an. Gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 und § 22 Abs. 3 GWB hat Art. 102 AEUV keinen Vorrang gegenüber Verboten unternehmerischer Verhaltensweisen, die auf innerstaatlichen Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen beruhen.

80 2. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass die aus der Unwirksamkeit des § 23 Abs. 2 [REDACTED] folgende Regelungslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden muss. Es bleibe der Klägerin vorbehalten, die unwirksame Regelung auch rückwirkend durch eine neue Regelung zu ersetzen, die den beiderseitigen Interessen in angemessener Weise Rechnung trägt. Das steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach aus den Besonderheiten der betrieblichen Zusatzversorgung der hypothetische Parteiwille ermittelt werden kann, der Klägerin eine solche Satzungsänderung zu ermöglichen (BGHZ 195, 93 Rn. 81).

81 Eine solche ergänzende Vertragsauslegung wäre auch dann nicht ausgeschlossen, wenn das Berufungsgericht ein missbräuchliches Verhalten der Klägerin im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB feststellen sollte. Dabei kann offenbleiben, ob der Ansicht beizutreten ist, dass bei Vertragsklauseln, die unter dem Aspekt des Ausbeutungsmisbrauchs gegen § 19 Abs. 1 GWB verstoßen und

deshalb nach § 134 BGB nichtig sind, eine geltungserhaltende Reduktion nicht in Betracht kommt, damit die ihre Marktmacht missbrauchende Partei nicht dadurch belohnt wird, dass die unzulässige Klausel in gerade noch zulässigem Umfang aufrechterhalten wird (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 18. Juli 2007 - VI-2 U (Kart) 13/05, juris Rn. 49 [in der nachfolgenden Revisionsentscheidung - BGH, Urteil vom 20. April 2010 - KZR 52/07, juris - kam es auf diese Frage nicht an]; Möschel in Immenga/Mestmäcker aaO § 19 Rn. 248). Der Senat hat aber bereits deutlich gemacht, dass ein möglicherweise bestehendes, grundsätzliches Verbot geltungserhaltender Reduktion bei Verstößen gegen § 19 GWB jedenfalls nicht ausnahmslos gelten kann (vgl. zur Zurückführung einer zeitlichen Beschränkung auf das zulässige Maß BGH, Urteil vom 10. Februar 2004 - KZR 39/02, WuW/E DE-R 1305, 1306, mwN; zu markenrechtlichen Abgrenzungsvereinbarungen BGH, Urteil vom 7. Dezember 2010 - KZR 71/08, WuW/E DE-R 3275 Rn. 53 - Jette Joop).

82

Im Streitfall geht es bei der ergänzenden Vertragsauslegung nicht um eine Zurückführung des Vertrages auf den rechtlich unbedenklichen Teil; denn eine ergänzende Auslegung könnte auch zu einer ganz neuen Satzungsregelung führen (BGHZ 195, 93 Rn. 79). Jedenfalls stehen unter den gegebenen Umständen kartellrechtliche Gründe einer solchen ergänzenden Auslegung nicht entgegen. Dafür spricht maßgeblich bereits, dass nicht das „Ob“ eines im Falle des Ausscheidens eines Beteiligten bei der Klägerin zu zahlenden Gegenwerts fraglich ist, sondern allein das „Wie“ seiner Berechnung. Der ersatzlose Wegfall der Gegenwertforderung wäre für die Klägerin zudem eine unzumutbare Härte, weil sie den Arbeitnehmern der früheren Beteiligten weiter zur Leistung verpflichtet bliebe, ohne dass diese Beteiligten dafür eine entsprechende Gegenleistung erbringen müssten. Dies führte zu einer sachlich nicht gerecht-

fertigten Verschiebung der Lasten ausgeschiedener Beteiligter auf die Arbeitgeber, die ihre Beteiligung an der Klägerin aufrechterhalten.

Bornkamm

Raum

Strohn

Kirchhoff

Bacher