



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

KZR 83/13

Verkündet am:  
16. Juni 2015  
Bürk  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: \_\_\_\_\_ ja

Einspeiseentgelt

RStV §§ 52b, 52d

Den Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags lässt sich keine Aussage darüber entnehmen, ob der Betreiber einer Plattform, der der Pflicht zur Übertragung der beitragsfinanzierten Programme der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nachkommt, von diesen hierfür ein Entgelt verlangen kann.

GWB § 1

Die Kündigung eines Vertrags ist grundsätzlich unwirksam, wenn sie in Ausführung einer Vereinbarung oder Abstimmung erfolgt, die vom Verbot des § 1 GWB erfasst wird.

BGH, Urteil vom 16. Juni 2015 - KZR 83/13 - OLG Stuttgart  
LG Stuttgart

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. März 2015 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck sowie die Richter Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 21. November 2013 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin betreibt insbesondere in Rheinland-Pfalz Breitbandkabelnetze unter anderem der Netzebene 2, über die Rundfunksignale an regionale Netze herangeführt werden, und der Netzebene 3, über welche die regionale Verteilung bis zu den Übergabepunkten zur Netzebene 4 erfolgt, der die Endnutzer angeschlossen sind. Für die Einspeisung von Rundfunkprogrammen erhielt sie im Jahr 2011 von deren Veranstaltern insgesamt Entgelte in Höhe von 163,5 Mio. €.
- 2 Die Klägerin überträgt insbesondere die vom Beklagten, der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt der Länder Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz, veranstalteten Fernseh- und Hörfunkprogramme. In Rheinland-Pfalz wurden 2011 knapp 40% der Haushalte über das Kabelnetz der Klägerin mit Hörfunk- und Fernsehsignalen versorgt. Die Fernsehprogramme des Beklagten werden den Zuschauern daneben über Satellit und terrestrische Sendernetze (DVB-T), ferner über kleinere Kabelnetzbetreiber und das Internet zur Verfügung gestellt.
- 3 Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Länder einschließlich des Beklagten, das Zweite Deutsche Fernsehen, Deutschlandradio und ARTE G.E.I.E./ARTE Deutschland TV GmbH zahlten der Klägerin bisher auf der Grundlage eines zwischen ihnen und der Klägerin am 27. Februar 2008 geschlossenen Vertrags "über die Einspeisung und Verbreitung von öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogrammen und -angeboten in Breitbandkabelnetze" (im Folgenden: Einspeisevertrag) ein jährliches Entgelt in Höhe von 27 Mio. € für die - im Vertrag vereinbarte - digitale und analoge Einspeisung in die Kabelnetze der Klägerin. Davon entfiel bezogen auf die Einspeisung in Rheinland-Pfalz auf den Beklagten ein Betrag von ca. 1,9 Mio. €. Nach § 8 des Vertrags blieb der Klägerin vorbehalten, von ihren Kunden und nachgelagerten Netzbetreibern

Entgelte für ihre Leistungen, insbesondere die Signallieferung, zu verlangen. In Nummer 6 der Präambel hielten die Vertragsparteien ihre unterschiedlichen Auffassungen darüber fest, ob die Klägerin ihre digitalen Verbreitungsleistungen auch künftig nicht nur durch Zahlungen der Endnutzer, sondern auch durch Einspeiseentgelte der Rundfunkveranstalter finanzieren könne.

4 Seit dem 30. April 2012 strahlen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihre Fernsehprogramme nur noch digital aus. Mit Schreiben vom 19. Juni 2012 erklärte der Beklagte, ebenso wie die anderen am Einspeisevertrag beteiligten Rundfunkveranstalter, dessen Kündigung zum 31. Dezember 2012. Die Klägerin speist die Rundfunksignale, die der Beklagte nach wie vor zur Verfügung stellt, weiterhin in ihre Netze ein. Der Beklagte leistet dafür kein Entgelt mehr.

5 Die Klägerin hält die Kündigung für unwirksam. Sie begehrt in erster Linie die Feststellung, dass der Einspeisevertrag auch nach dem 31. Dezember 2012 für die Verbreitung in Rheinland-Pfalz fortbestehe (Klageantrag zu 1a). Mit gestaffelten Hilfsanträgen begehrt sie die Verurteilung des Beklagten zur Annahme eines von ihr vorgelegten Angebots zum Abschluss eines neuen Einspeisevertrags (Klageantrag zu 1b), die Verurteilung des Beklagten zum Abschluss eines Einspeisevertrags zu angemessenen und marktüblichen Bedingungen (Klageantrag zu 1c) sowie die Feststellung, dass der Beklagte zum Ersatz sämtlicher Schäden verpflichtet ist, die der Klägerin aus der mit anderen Rundfunkanstalten abgestimmten Kündigung des Einspeisevertrags und der Verweigerung des Abschlusses des von ihr angebotenen neuen Vertrags für den Zeitraum ab 1. Januar 2013 entstanden sind und noch entstehen werden (Klageantrag zu 1d). Weiter hilfsweise erstrebt sie die Feststellung, dass der Beklagte zum Ersatz der seit dem 1. Januar 2013 im Hinblick auf die Einspeisung der Programme entstandenen Aufwendungen und der Bereicherung verpflichtet ist (Klageantrag zu 1e), und die Feststellung, dass die Klägerin nicht verpflichtet ist, diese Programme in ihre Netze einzuspeisen und Kapazitäten hierfür vorzu-

halten, soweit und solange zwischen ihr und dem Beklagten kein wirksamer Vertrag über die Einspeisung besteht (Klageantrag zu 1f).

6 Das Landgericht (LG Stuttgart, WuW/E DE-R 3952) hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Rechtsstreit im Umfang des Hilfsantrags 1f abgetrennt, insoweit den Rechtsweg zu den Zivilgerichten für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht Stuttgart verwiesen. Im Übrigen hat es die Berufung der Klägerin zurückgewiesen (OLG Stuttgart, ZUM 2015, 63). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre zuletzt gestellten Anträge weiter.

#### Entscheidungsgründe:

7 Die zulässige Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8 A. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

9 Die Kündigung habe den Einspeisevertrag beendet. Sie sei nicht deshalb unwirksam, weil der Beklagte verpflichtet sei, umgehend einen gleichlautenden Vertrag abzuschließen.

10 Ein Kontrahierungszwang finde in den rundfunkrechtlichen Regelungen keine Stütze. Die Klägerin sei zwar nach § 52b Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a und Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 RStV sowie § 33 LMG zur Übertragung der Programme des Beklagten verpflichtet. Es sei jedoch nicht ersichtlich, dass der Verpflichtung der Klägerin zur Übertragung eine Verpflichtung des Beklagten gegenüberstehe, hierfür eine Vergütung zu zahlen.

- 11 Auch aus dem Kartellrecht ergebe sich kein Kontrahierungszwang. Ein Anspruch auf Vertragsschluss könne nicht aus § 19 GWB abgeleitet werden. Es fehle jedenfalls am Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Der Beklagte erfülle seinen rundfunkrechtlichen Grundversorgungsauftrag bereits dadurch, dass er sein Programmsignal über Satellit und terrestrische Sendeanlagen bereitstelle. Soweit er auf diese Weise auch der Klägerin die Möglichkeit einräume, das Programmsignal in ihr Kabelnetz einzuspeisen, stelle dies nur einen Annex seines Grundversorgungsauftrags dar. Bereits mit der Weiterleitung des Programmsignals an die erstaufnehmende Verbreitungstechnik (Satellit oder terrestrische Sendeanlage) ende die mit dem Kernauftrag des Beklagten einhergehende Verbreitungslast. Werde der Klägerin das Programmsignal kostenlos zur Verfügung gestellt, könne es nicht als unbillig angesehen werden, wenn der Beklagte der Klägerin nicht noch zusätzlich ein Entgelt für die Übertragung leiste. Die Klägerin könne im Verhältnis zu den Betreibern von Satelliten und terrestrischen Sendeanlagen schon nicht als gleichartiges Unternehmen angesehen werden; zudem sei die unterschiedliche Behandlung sachlich dadurch gerechtfertigt, dass die Klägerin das Programmsignal nach ihrem Geschäftsmodell wirtschaftlich verwerte. Auf § 20 GWB könne sich die Klägerin schon deshalb nicht berufen, weil es sich bei ihr nicht um ein kleines oder mittleres Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift handele.
- 12 Das Verhalten des Beklagten verstoße auch nicht gegen § 1 GWB. Nachdem der Beklagte der Klägerin nicht zum Vertragsschluss verpflichtet sei, sei die Verabredung zur Kündigung des Einspeisevertrags ebenso wenig rechtswidrig gewesen wie die nachfolgende Verweigerung des (Neu-)Abschlusses eines solchen Vertrags. Dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gleichgerichtet gehandelt hätten, mache sie, da die Kündigung vertraglich zulässig gewesen sei, nicht zu Kartellanten.

- 13 Habe die Klägerin keinen Anspruch auf Abschluss eines Einspeisevertrags gegen den Beklagten, könnten auch die Klageanträge zu 1b und 1c keinen Erfolg haben. Daraus ergebe sich weiter, dass der Klägerin kein Schadensersatzanspruch zustehe. Der Klageantrag zu 1e sei unbegründet, weil die Klägerin mit der Einspeisung nur ein eigenes Geschäft erbracht habe.
- 14 Der Klageantrag zu 1f zielt auf die Klärung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugewiesen sei. Die Berufung der Klägerin auf § 17 Abs. 2 GVG greife nicht durch, weil es nicht um einen einheitlichen prozessualen Anspruch gehe.
- 15 B. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung in einem entscheidungserheblichen Punkt nicht stand. Die Versagung der von der Klägerin mit dem Hauptantrag begehrten Feststellung, dass der Einspeisevertrag zwischen den Parteien auch nach Ablauf des 31. Dezember 2012 fortbestehe, hat mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung keinen Bestand. Die Klägerin hat zwar keinen Anspruch auf Fortsetzung des Einspeisevertrags oder den Neuabschluss eines solchen Vertrags zu unveränderten Bedingungen (dazu I.). Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen jedoch nicht seine Beurteilung, § 1 GWB stehe der Wirksamkeit der Kündigung nicht entgegen (dazu II.).
- 16 I. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beendet eine an sich zulässige Kündigung den Vertrag nicht, wenn der Kündigende dem Vertragspartner gegenüber verpflichtet ist, einen Vertrag gleichen Inhalts neu abzuschließen, der sich an den gekündigten Vertrag unmittelbar anschließen würde (BGH, Urteil vom 30. September 1981 - IVa ZR 187/80, VersR 1982, 259 unter I 2 der Gründe; BGH, Urteil vom 7. März 1989 - KZR 15/87, BGHZ 107, 273, 279 - Lotterie-Bezirksstelle). Die Kündigung wäre in einem solchen Fall mit Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht zu vereinbaren.

- 17 Die Klägerin stützt die von ihr geltend gemachte Unwirksamkeit der Kündigung zwar in erster Linie darauf, dass der Beklagte die Pflicht zur Zahlung eines Entgelts für die Übertragung der von ihm hergestellten Programme generell in Abrede stelle. Ihrem Vorbringen ist jedoch hinreichend deutlich zu entnehmen, dass sie der Auffassung ist, der Beklagte müsse den Einspeisevertrag zu den bisherigen Bedingungen fortführen. Nicht entscheidend für die rechtliche Beurteilung des Hauptantrags ist danach die von der Revision in den Vordergrund gestellte Frage, ob die Klägerin zur unentgeltlichen Übertragung der Programmsignale des Beklagten verpflichtet ist. Maßgeblich ist vielmehr, ob den Beklagten die Pflicht trifft, mit der Klägerin einen Vertrag zu schließen, nach welchem er ihr weiterhin ein Entgelt für die Übertragung der Programmsignale in der bisherigen Höhe und zu den bisherigen Konditionen zu zahlen hat. Dies hat das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend verneint.
- 18 1. Eine solche Kontrahierungspflicht lässt sich, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, den Regelungen des Rundfunkrechts nicht entnehmen.
- 19 a) Die Klägerin ist als privatrechtlich tätige Betreiberin eines digitalen Kabelnetzes, über das auch Fernseh- und Hörfunkprogramme verbreitet werden, Betreiberin einer Plattform im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV. Nach § 52b Abs. 1 Nr. 1 RStV hat sie daher im Umfang von höchstens einem Drittel der für die digitale Verbreitung von Rundfunk zur Verfügung stehenden Gesamtkapazität sicherzustellen, dass die erforderlichen Kapazitäten für die bundesweite Verbreitung der gesetzlich bestimmten beitragsfinanzierten Programme sowie für die Dritten Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, einschließlich programmbegleitender Dienste, zur Verfügung stehen. Eine entsprechende Verpflichtung trifft die Klägerin nach § 52b Abs. 2 Nr. 1 RStV hinsichtlich der beitragsfinanzierten Hörfunkprogramme. Hierzu rechnen auch die vom Beklagten bereitgestellten Fernseh- und Hörfunkprogramme.

20 Die Klägerin hat danach nicht nur entsprechende Kapazitäten für die Übertragung näher bezeichneter Programme bereitzustellen und gegebenenfalls den Veranstaltern der gesetzlich bezeichneten Programme deren Einspeisung und Verbreitung anzubieten. § 52b RStV verpflichtet den Plattformbetreiber vielmehr dazu, die betreffenden Programme einzuspeisen und zu übertragen. Dieses Verständnis der Norm entspricht den Vorgaben des Unionsrechts. Grundlage der landesrechtlichen Bestimmungen über die Verpflichtung der Betreiber von Kabelnetzen, beitragsfinanzierte Fernseh- und Hörfunkkanäle zu übertragen, ist die Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie = UDRL) vom 7. März 2002 (ABl. L 108 vom 24. April 2002, S. 51). Nach Art. 31 Abs. 1 UDRL können die Mitgliedstaaten den ihrer Rechtshoheit unterliegenden Unternehmen, die für die öffentliche Verbreitung von Hörfunk- und Fernseh- und Hörfunkkanälen genutzte elektronische Kommunikationsnetze betreiben, zumutbare Übertragungspflichten auferlegen, wenn eine erhebliche Zahl von Endnutzern diese Netze als Hauptmittel zum Empfang solcher Kanäle nutzt. Für dieses Verständnis spricht ferner § 52b Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, letzter Teilsatz RStV, der eine Pflicht zur Verbreitung der Landesfenster vorsieht. In die gleiche Richtung deutet § 52b Abs. 4 RStV, der die Entscheidung über die Belegung der Plattform grundsätzlich dem Betreiber zuweist und eine hoheitliche Kontrolle vorsieht. Eine vertragliche Regelung über die Einspeisung und Übertragung ist dadurch zwar nicht ausgeschlossen, doch wird die Übertragungspflicht des Betreibers der Plattform nicht erst durch einen solchen Vertrag begründet, sondern besteht kraft Gesetzes.

21 b) § 52b RStV richtet sich nur an den Betreiber der Plattform, nicht an Programmanbieter wie den Beklagten (Wagner in Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Auflage 2012, § 52b RStV Rn. 2). Mit der gesetzlichen Pflicht der Kabelnetzbetreiber zur Einspeisung und Übertragung der gebührenfinanzierten Programme korrespondiert jedoch eine Pflicht der Anbieter dieser Programme,

den Kabelnetzbetreibern das Programmsignal zur Verfügung zu stellen. Die Verpflichtung der beitragsfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, für die umfassende Verbreitung ihrer Programme zu sorgen, ergibt sich aus dem Grundversorgungsauftrag, wie er einfachgesetzlich in §§ 11, 19 RStV geregelt ist. Angesichts des Umstands, dass derzeit ein hoher Prozentsatz der Haushalte an das Breitbandkabelnetz angeschlossen ist, umfasst diese Pflicht auch die Verbreitung der Programme über dieses Netz. Dementsprechend legen die Parteien übereinstimmend zugrunde, dass der Beklagte der Klägerin die von ihm erstellten Programme zur Einspeisung und Übertragung zur Verfügung stellen muss.

22 c) Nach § 52d Satz 1 RStV dürfen Anbieter von Programmen durch die Ausgestaltung der Entgelte und Tarife der Betreiber von Plattformen nicht unbillig behindert oder gegenüber gleichartigen Anbietern ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt werden. Satz 2 bestimmt, dass die Verbreitung von Angeboten nach § 52b Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 RStV zu angemessenen Bedingungen zu erfolgen hat. Auch diese Norm richtet sich nur an den Betreiber der Plattform. Sie begründet keine Verpflichtung des Programmanbieters, ein Entgelt für die Übertragung von Programmsignalen zu versprechen. Die Norm legt allerdings vertragliche Beziehungen zwischen dem Programmanbieter und dem Plattformbetreiber zugrunde und stellt für den Fall, dass eine Entgeltvereinbarung getroffen worden ist, bestimmte Anforderungen an deren Ausgestaltung oder Durchführung. Aus den Bestimmungen des Landesmediengesetzes über die Kabelbelegung in analoger Technik (§ 33 LMG Rheinland-Pfalz) ergibt sich nichts anderes.

23 d) Den Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags zur Übertragungspflicht lässt sich mithin schon keine Aussage darüber entnehmen, ob der Betreiber einer Plattform, der dieser Pflicht nachkommt, vom Programmveranstalter hierfür ein Entgelt verlangen kann, und erst recht nicht über dessen Höhe. Zu einer Regelung dieser Frage hat sich der Gesetzgeber in Kenntnis der unterschiedli-

chen Auffassungen, die hierzu spätestens seit 2008 vertreten wurden, auch bei den zeitlich nachfolgenden Änderungen des Rundfunkstaatsvertrags, insbesondere bei der letzten Änderung von § 52b RStV durch Art. 3 Nr. 8 des 15. Rundfunkänderungsstaatsvertrags vom 15. Dezember 2010, die zum 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist, nicht veranlasst gesehen.

24 e) Ein anderes Verständnis der angeführten rundfunkrechtlichen Regelungen ist auch durch das Unionsrecht nicht geboten.

25 aa) Eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine Übertragungspflicht des Kabelnetzbetreibers nur unter der Voraussetzung zu begründen, dass der begünstigte Programmanbieter im Gegenzug zur Zahlung eines Entgelts verpflichtet wird, findet in Art. 31 UDRL keine Grundlage. Während der von der Europäischen Kommission vorgelegte Richtlinienentwurf noch eine Pflicht der Mitgliedstaaten vorsah, die Unternehmen zu entschädigen, denen Übertragungspflichten auferlegt werden (Art. 26 Abs. 2 UDRL-E, ABl. Nr. C 365 E vom 19. Dezember 2000, S. 249), ist eine solche Pflicht in der Richtlinie nicht enthalten. Art. 31 Abs. 2 Satz 1 UDRL sieht lediglich vor, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, in Bezug auf die nach diesem Artikel auferlegten Verpflichtungen gegebenenfalls ein angemessenes Entgelt festzulegen. Von dieser Möglichkeit wurde bei der Umsetzung der Richtlinie durch den Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien kein Gebrauch gemacht.

26 bb) Die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Auferlegung von Übertragungspflichten findet nach Art. 31 Abs. 1 Satz 1 UDRL dort ihre Grenze, wo die Erfüllung dieser Pflicht den Unternehmen, die für die öffentliche Verbreitung von Hörfunk- oder Fernsehrundfunkkanälen genutzte elektronische Kommunikationsnetze betreiben, nicht zumutbar wäre. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist es Sache der nationalen Gerichte zu prüfen, ob die wirtschaftlichen Folgen der Pflichten, die dem Kabelnetzbetreiber auferlegt werden, solcher Art sind, dass der Betreiber sie - im Hinblick auf die Gesamtheit seiner Tätigkeiten - nicht unter wirtschaftlich vertretbaren Bedin-

gungen erfüllen kann (EuGH, Urteil vom 22. Dezember 2008 - C-336/07, Slg. 2008, I-10889 Rn. 46 ff. - Kabel Deutschland/NLM). Ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Abschluss eines entgeltlichen Einspeisevertrags zu unveränderten Bedingungen käme danach unter dem Gesichtspunkt einer unionsrechtskonformen Auslegung der nationalen rundfunkrechtlichen Regelungen in Betracht, wenn nach den konkreten Umständen des Einzelfalls anzunehmen wäre, dass die Klägerin unzumutbar belastet würde, wenn sie die Pflicht zur Übertragung der Programme des Beklagten erfüllen müsste, ohne dafür von diesem das bisher gezahlte Entgelt verlangen zu können.

27           Dafür ist jedoch nichts ersichtlich. Die Programme der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten werden der Klägerin leitungsgebunden oder per Satellit zur Verfügung gestellt. Sie führt diese an die regionalen Netze heran (Netzebene 2) und verteilt sie dann über Breitbandkabelnetze regional (Netzebene 3). Dort werden die Signale in nachgelagerte Netze (Netzebene 4) eingespeist, an die die Haushalte als Endkunden angeschlossen sind. Die Klägerin beschränkt sich jedoch - anders als die Betreiber von Satelliten und terrestrischen Sendeanlagen - nicht auf die bloße Übertragung des Programmsignals, sondern bietet den Endkunden und der Wohnungswirtschaft verschiedene Kabelanschlussprodukte gegen Entgelt an. Für die Attraktivität des Angebots der Klägerin ist maßgeblich, welche Fernseh- und Hörfunkprogramme sie dem Endkunden über den Kabelanschluss zur Verfügung stellt. Die Klägerin stellt nicht in Abrede, dass viele ihrer Endkunden an den Programmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und damit auch an den Programmen des Beklagten interessiert sind. Die Überlassung der Programmsignale ist für die Klägerin mithin von erheblichem wirtschaftlichem Wert, weil die Attraktivität ihres Angebots gegenüber den Endkunden und deren Bereitschaft, hierfür ein Entgelt zu zahlen, unter anderem davon abhängig ist, dass sie die Programme der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten empfangen können. Diese stellen der Klägerin die Programmsignale, abgesehen von der urheberrechtlichen Vergütung, die sie für die ihr eingeräumten Rechte zur Kabelweitersendung an eine

Gemeinschaft von Wahrnehmungsgesellschaften zu zahlen hat, unentgeltlich zur Verfügung. Bei wirtschaftlicher Betrachtung steht also der Leistung der Klägerin, die in der Einspeisung und Übertragung der Programmsignale und damit in deren Verbreitung an die an das Kabelnetz angeschlossenen Endkunden besteht, eine Leistung des Beklagten gegenüber, der der Klägerin diese Programmsignale kostenlos überlässt und ihr damit die Möglichkeit zu deren kommerzieller Verwertung eröffnet. Angesichts dessen ist nichts dafür ersichtlich, dass der Klägerin die Erfüllung der gesetzlichen Pflicht zur Übertragung der Programmsignale des Beklagten nur dann zuzumuten sein sollte, wenn ein Einspeisevertrag geschlossen wird, der vorsieht, dass ihr für die Übertragung der Signale weiterhin das bislang vereinbarte Entgelt gezahlt wird. Die Revision zeigt weder auf, dass sich solches aus den festgestellten Tatsachen ergibt, noch dass das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft Vortrag der Klägerin hierzu übergangen hat. Der Hinweis darauf, dass der Beklagte sich bislang vertraglich zur Zahlung dieses Entgelts verpflichtet hatte, genügt hierfür nicht.

28 f) Auch aus verfassungsrechtlichen Bestimmungen ergibt sich nicht, dass der Klägerin ein Anspruch gegen den Beklagten auf erneuten Abschluss des bisherigen Einspeisevertrags zusteht.

29 aa) Die rundfunkrechtlichen Normen, die die Pflicht zur Übertragung der Programme des Beklagten begründen, greifen in das Eigentum der Klägerin an ihrem Kabelnetz ein. Es handelt sich um eine Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums, die anhand von Art. 14 Abs. 1 GG und nicht nach Art. 14 Abs. 3 GG zu beurteilen ist, denn die Regelung entzieht keine konkreten Eigentumspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben, sondern beschränkt die Klägerin in ihrer freien Disposition über das Kabelnetz.

30 Bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG muss der Gesetzgeber die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen. Er muss sich dabei im

Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten und insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit berücksichtigen. Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse dürfen nicht weiter gehen, als der Schutzzweck reicht, dem die Regelung dient. Begrenzungen der Eigentümerbefugnisse, die sich in diesem Rahmen halten, sind als Ausfluss der Sozialgebundenheit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen.

31 Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die gesetzliche Pflicht zur Übertragung der Programme des Beklagten zu einer unzumutbaren Belastung der Klägerin führt, wenn sie hierfür nicht weiterhin das bislang gezahlte Entgelt erhält. Die Übertragungspflicht dient der Erhaltung und Sicherstellung eines vielfältigen Programmangebots und verfolgt damit ein Ziel, das im allgemeinen Interesse liegt. Der Klägerin wird durch das Gesetz lediglich die Pflicht auferlegt, bestimmte Kapazitäten des von ihr betriebenen Kabelnetzes für die Übertragung im einzelnen bestimmter Fernseh- und Rundfunkprogramme, insbesondere der beitragsfinanzierten Programme der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Verfügung zu stellen. Das Gesetz bestimmt dabei zwar nicht, dass hierfür ein Entgelt zu zahlen ist, erst recht legt es die Höhe eines Entgelts nicht fest. Es bestimmt aber auch nicht, dass die Kabelnetzbetreiber die Programmsignale unentgeltlich übertragen müssen. Nach der gesetzlichen Regelung bleibt es vielmehr - weiterhin - den Beteiligten überlassen, die angemessenen Bedingungen der Einspeisung der Programmsignale, mit der die Programmanbieter ihre Verbreitungspflicht und die Kabelnetzbetreiber ihre Übertragungspflicht erfüllen, vertraglich festzulegen. Dabei können sie auch berücksichtigen, dass die Programmanbieter die Programmsignale unentgeltlich bereitstellen und der Klägerin die Möglichkeit eröffnen, sie kommerziell zu verwerten. Unter diesen Umständen ist nichts dafür ersichtlich, dass der Klägerin die Erfüllung der gesetzlichen Pflicht zur Übertragung der Programmsignale des Beklagten nur dann zuzumuten sein sollte, wenn ein Einspeisevertrag geschlossen wird, der vorsieht, dass ihr für die Übertragung der Signale weiterhin das bislang vereinbarte Entgelt gezahlt wird. Die Revision zeigt weder auf, dass sich solches aus den fest-

gestellten Tatsachen ergibt, noch dass das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft Vortrag der Klägerin hierzu übergangen hat.

32           bb) Eine andere Beurteilung ist auch im Hinblick auf Art. 12 GG nicht geboten. Die rundfunkrechtlichen Normen, die die Pflicht der Klägerin zur Übertragung der Programme des Beklagten begründen, greifen in die Freiheit der Berufsausübung der Klägerin ein. Für solche Regelungen gilt, dass sie mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sind, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie als zweckmäßig erscheinen lassen und das Grundrecht nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird (BVerfG, Urteil vom 17. Februar 1998 - 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, 228, 255). Die gleichen Erwägungen, aufgrund deren ein Verstoß gegen Art. 14 GG zu verneinen ist, stehen der Annahme eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit entgegen.

33           g) Der Hinweis der Revision auf die Entscheidung "Pay-TV-Durchleitung" (BGH, Urteil vom 19. März 1996 - KZR 1/95, WuW/E BGH 3058) greift nicht durch. Dort ging es darum, ob sich aus den damals maßgeblichen rechtlichen Regelungen ein Anspruch des Anbieters eines verschlüsselt ausgestrahlten, entgeltpflichtigen Programms gegenüber dem Kabelnetzbetreiber auf unentgeltliche Übertragung ergab. Demgegenüber setzt die Begründetheit der Klage mit dem Hauptantrag voraus, dass die Klägerin als Betreiberin eines Kabelnetzes gegen den Programmanbieter einen Anspruch auf Abschluss eines entgeltlichen Einspeisevertrags mit einer bestimmten Vergütung hat. Zu dieser Frage hat sich der Bundesgerichtshof in der angeführten Entscheidung nicht geäußert.

34           2. Eine Pflicht des Beklagten zum Wiederabschluss des bisherigen Einspeisevertrags mit der Klägerin ergibt sich auch nicht aus kartellrechtlichen Bestimmungen.

35           a) Eine Anwendung der Regelungen des Kartellrechts scheidet nicht deshalb aus, weil der Beklagte nicht als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts anzusehen wäre.

36 Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union umfasst der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Soweit die neuere Rechtsprechung der Unionsgerichte die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand vom Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts ausnimmt, sofern die erworbenen Waren oder Dienstleistungen nicht für wirtschaftliche, sondern hoheitliche 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 P, Slg. 2006, I-6295 Rn. 26 = WuW/E EU-R 1213 - FENIN; ferner EuGH, Urteil vom 26. März 2009 - C-113/07 P, Slg. 2009, I-2207 Rn. 102 - SELEX/Kommission; kritisch Bornkamm in FS Blaurock 2013 S. 41 ff. mwN), entspricht dies nicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. die Nachweise in BGH, Urteil vom 6. November 2013 - KZR 58/11, BGHZ 199, 1 Rn. 52 - VBL-Gegenwert).

37 Der Bundesgerichtshof hat bislang offen gelassen, ob diese Rechtsprechung der Unionsgerichte Anlass gibt, die gefestigte Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff im deutschen Recht zu überprüfen. Die Frage bedarf auch im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, weil der Beklagte zumindest auch wirtschaftlich tätig ist. Die Erstellung und Verbreitung der Hörfunk- und Fernsehprogramme des Beklagten, einer Anstalt des öffentlichen Rechts, dient zwar als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung (§ 11 RStV), der Beklagte verfolgt damit aber auch wirtschaftliche Ziele. So hängt die Höhe der Vergütung, die von den Kabelnetzbetreibern nach dem einschlägigen Tarif für das Recht der Kabelweitersendung zu zahlen ist, von den mit der Weitersendung erwirtschafteten Umsätzen ab. Der Beklagte finanziert sich ferner nicht allein durch Beiträge. Einnahmen kann er vielmehr unter bestimmten Voraussetzungen auch durch Sponsoring (§ 8 RStV) und Produktplatzierung (§ 15 RStV) erzielen, ferner durch Werbung, die ihm - zeitlich begrenzt - im Hörfunk gestattet ist (§ 16 Abs. 5 RStV). Der Beklagte hat

damit auch ein wirtschaftliches Interesse an einer weiten Verbreitung seiner Programme. Schließlich sind den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nach § 16a RStV in gewissem Umfang auch sonstige kommerzielle Tätigkeiten erlaubt, deren wirtschaftlicher Erfolg unter anderem von der Verbreitung ihrer Programme abhängig ist. Danach handelt der Beklagte auch nach Maßgabe der Kriterien der Unionsgerichte als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts.

38            b) Der Anwendung der Bestimmungen des Kartellrechts steht ferner nicht entgegen, dass sich die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dazu entschlossen haben, den Einspeisevertrag nicht fortzuführen. Dies führt nicht dazu, dass es an einem Marktgeschehen fehlt.

39            Eine Überprüfung dieses Verhaltens nach den Regeln des Kartellrechts scheidet aus, wenn dem Beklagten die Fortführung dieses Vertrags oder der Abschluss eines neuen, gleichartigen Vertrags rechtlich untersagt wäre (BGH, Urteil vom 10. Februar 2004 - KZR 7/02, WuW/E DE-R 1254, 1256 - Verbindung von Telefonnetzen). Es ist dem Beklagten ebenso wie den anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten jedoch aus Rechtsgründen nicht verwehrt, erneut einen entgeltlichen Einspeisevertrag abzuschließen.

40            Ein entsprechendes Verbot ergibt sich, anders als der Beklagte meint, nicht aus § 19 RStV. Nach dieser Norm können die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihrem gesetzlichen Auftrag durch die Nutzung geeigneter Übertragungswege nachkommen. Die verfassungsrechtlich gewährleistete Autonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erstreckt sich nicht nur auf die Entscheidung über Art und Umfang des Programms, sondern auch auf die Wahl der Verbreitungswege und -modalitäten (BVerfG, Beschluss vom 6. Oktober 1992 - 1 BvR 1586/89 u.a., BVerfGE 87, 181, 203; BVerwG, Urteil vom 21. Oktober 1998 - 6 A 1/97, BVerwGE 107, 275, 287 f.). Bei dieser Wahl haben die Rundfunkanstalten zwar nach § 19 Satz 2 RStV die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass die Rundfunkanstalten bei der Auswahl der Verbrei-

tungswege allein die hierfür anfallenden Kosten in den Blick zu nehmen haben. Sie dürfen und müssen vielmehr auch weitere Kriterien, insbesondere die technischen Möglichkeiten und das tatsächliche Rezeptionsverhalten der Zuschauer sowie deren Bereitschaft und Möglichkeit zum Wechsel des Übertragungswegs, aber auch die insbesondere für die Einkünfte aus Werbung bedeutsame Reichweite, die sie jeweils erzielen können, in ihre Überlegungen einbeziehen. Unter diesen Umständen lässt sich aus dem Bestehen einer gesetzlichen Übertragungspflicht der Kabelnetzbetreiber nicht der Schluss ziehen, dass es den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verwehrt wäre, einen entgeltlichen Einspeisevertrag abzuschließen (Binder in Hahn/Vesting, Rundfunkrecht 3. Aufl. 2012 § 19 RStV Rn. 36).

41 c) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Weigerung des Beklagten, den Einspeisevertrag mit der Klägerin fortzusetzen, sei als Missbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem durch die Nachfrage des Beklagten nach Übertragungsleistungen bestimmten Markt zu qualifizieren.

42 aa) In Fällen der Diskriminierung oder unbilligen Behinderung eines Unternehmens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Kontrahierungszwang in Betracht, wenn der Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen nur auf diese Weise beseitigt oder vermieden werden kann (st. Rspr., etwa BGH, Urteil vom 26. Oktober 1961 - KZR 1/61, BGHZ 36, 91, 100 - Gummistrümpfe; Urteil vom 9. November 1967 - KZR 7/66, BGHZ 49, 90, 98 f. - Jägermeister; Urteil vom 26. Oktober 1972 - KZR 54/71, WuW/E BGH 1238, 1245 - Registrierkassen; Urteil vom 12. Mai 1998 - KZR 23/96, WuW/E DE-R 206, 209 - Depotkosmetik).

43 bb) Die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch liegen hier, entgegen der Ansicht der Revision, nicht vor.

44 (1) Nachdem die Kündigung, deren Unwirksamkeit die Klägerin festgestellt wissen will, bereits 2012 erklärt worden ist, sind der Beurteilung grund-

sätzlich die Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der damals geltenden Fassung zugrunde zu legen. Da sich jedoch inhaltlich keine Änderungen ergeben haben, wird im Folgenden auf die seit dem 30. Juni 2013 geltenden Normen abgestellt.

45 (2) Für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts kommt es auf die Sicht der Marktgegenseite an (BGH, Urteil vom 12. November 2002 - KZR 11/01, BGHZ 152, 347, 356 - Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge). Geht es - wie hier - darum, dass eine marktbeherrschende Stellung des Beklagten als Nachfrager behauptet wird, sind mithin die Ausweichmöglichkeiten der Klägerin als Anbieterin maßgeblich. Danach kommt es allein auf die Nachfrage nach der Übertragung von Programmsignalen über Breitbandkabel an. Die Übertragung von Programmsignalen via Satellit oder über terrestrische Sendeanlagen hat außer Betracht zu bleiben, weil die Klägerin sie nicht anbietet.

46 Eine marktbeherrschende Stellung des Beklagten als Nachfrager auf dem regulierten Markt für Einspeisekapazitäten ergibt sich aus den rundfunkrechtlichen Regelungen, die die Klägerin gesetzlich verpflichten, einen Teil der Kapazität ihres Kabelnetzes ausschließlich für die Übertragung der gebührenfinanzierten Programme - auch derjenigen des Beklagten - freizuhalten. Durch diese gesetzliche Regelung ist die Klägerin daran gehindert, die für den Beklagten und die anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten reservierten Kapazitäten an andere Programmanbieter zu vergeben. Der Beklagte muss sich deshalb bei der Nachfrage nach Übertragungsleistungen hinsichtlich dieses Teils der Kapazitäten nicht dem Wettbewerb solcher Unternehmen stellen, deren Programme nicht unter die gesetzliche Übertragungspflicht fallen. Hinzu kommt, dass der Beklagte insoweit auch keinem Wettbewerb der anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ausgesetzt ist, weil die nach § 52b RStV vorzuhaltenden Kapazitäten ausreichen, um sämtliche gebührenfinanzierten Programme zu übertragen.

- 47 (3) Die Weigerung des Beklagten, mit der Klägerin einen Vertrag zu gegenüber dem bisherigen Einspeisevertrag unveränderten Konditionen abzuschließen, stellt keinen Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 19 GWB dar.
- 48 (a) Nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB liegt ein Missbrauch insbesondere dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager ein anderes Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen. Der Beklagte behandelt die Klägerin nicht anders als andere Kabelnetzbetreiber. Er zahlt auch anderen Betreibern solcher Netze kein Entgelt für die Übertragung von Programmsignalen.
- 49 (b) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, ein missbräuchliches Verhalten des Beklagten im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB aF) ergebe sich daraus, dass er die Zahlung eines Entgelts für die Übertragungsleistung der Klägerin verweigere, während private Fernsehsender, unabhängig davon, ob die von ihnen erstellten Programme unter die Übertragungspflicht nach § 52b Abs. 1 RStV fielen oder nicht, weiterhin ein angemessenes Entgelt zahlten.
- 50 Das Regelbeispiel nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB knüpft daran an, dass die Konditionen auf dem betroffenen Markt von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Ein solcher Schluss wird insbesondere dann naheliegen, wenn sich auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb andere Konditionen herausbilden. Die Behauptung der Klägerin, private Sender zahlten ihr ein angemessenes Entgelt, ist unzureichend, insbesondere fehlen nähere Angaben dazu, wofür und in welcher Höhe ein Entgelt gezahlt wird. Damit fehlt es an einer Grundlage für einen Vergleich mit den Verhältnissen zwischen der Klägerin und dem Beklagten, der die Schlussfolgerung tragen könnte, der Beklagte müsse weiterhin das bisherige Entgelt entrichten.

51 (c) Nach § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB (§ 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB aF) handelt ein marktbeherrschendes Unternehmen missbräuchlich, wenn es als Nachfrager ungünstigere Konditionen fordert, als es selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Anbietern verlangt, es sei denn, dass der Unterschied sachlich gerechtfertigt ist. Ob für unterschiedliche Konditionen eine sachliche Rechtfertigung besteht, ist aufgrund einer Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu beantworten (BGH, Urteil vom 7. Dezember 2010 - KZR 5/10, WuW/E DE-R 3145 Rn. 23 - Entega II).

52 Der Beklagte nimmt die Leistungen von Anbietern anderer Übertragungstechniken - per Satellit und über terrestrische Sendeanlagen - weiterhin gegen Entgelt in Anspruch. Diese unterschiedliche Behandlung ist jedoch grundsätzlich sachlich gerechtfertigt, da die Betreiber von Satelliten und terrestrischen Sendeanlagen, anders als die Betreiber von Kabelnetzen, nicht in vertraglicher Beziehung mit den Endkunden stehen und von diesen kein Entgelt dafür erhalten, dass sie die tatsächlichen Voraussetzungen für den Empfang von Hörfunk- und Fernsehprogrammsignalen schaffen, sondern sich auf die Übertragungsleistung beschränken. Angesichts dessen kann aus dem bloßen Umstand, dass der Beklagte solchen Anbietern ein Entgelt zahlt, nicht geschlossen werden, er fordere mit der Weigerung, den bisherigen Einspeisevertrag fortzusetzen, von der Klägerin ungünstigere Konditionen als er sie auf vergleichbaren Märkten mit gleichartigen Anbietern vereinbart hat.

53 II. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Kündigung sei nicht wegen Verstoßes gegen § 1 GWB unwirksam, hält dagegen der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

54 1. Nach § 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten.

- 55 a) Nach dem Vortrag der Klägerin hat der Beklagte mit den anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vereinbart, den Einspeisevertrag vom 27. Februar 2008 zu kündigen und keinen neuen Einspeisevertrag abzuschließen. Die Klägerin hat weiter vorgetragen, der Beklagte habe die Kündigung des Einspeisevertrags in Vollzug dieser Absprache erklärt. Die Richtigkeit dieses Vorbringens ist revisionsrechtlich zu unterstellen, nachdem das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat.
- 56 b) Diese Vereinbarung ist auf eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs gerichtet. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten stehen insbesondere hinsichtlich der Finanzierung ihres Programmangebots sowohl untereinander als auch mit den privaten Rundfunkanbietern in Wettbewerb. Danach war es ihnen kartellrechtlich verboten, ihr Verhalten gegenüber der Klägerin und anderen Kabelnetzbetreibern zu koordinieren, um sich finanzielle Vorteile zu verschaffen. Ob dies auch gilt, soweit es um die Übertragung der Gemeinschaftsprogramme der in der ARD zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten geht, kann offenbleiben, weil die Übertragung solcher Programme nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist.
- 57 c) Ein Verstoß gegen § 1 GWB scheidet - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht deshalb aus, weil der Beklagte berechtigt war, den Einspeisevertrag zu kündigen. § 1 GWB schützt die wirtschaftliche Handlungs- und Betätigungsfreiheit des Unternehmens und damit auch die Freiheit der Entscheidung, ob und unter welchen Voraussetzungen es die Geschäftsbeziehung mit einem Dritten aufrechterhalten will. Die Unwirksamkeit ergreift damit Vereinbarungen darüber, bestimmte Geschäftsbeziehungen zu beenden oder nicht aufzunehmen, auch dann, wenn dem daran beteiligten Unternehmen an sich - bei autonomer Entscheidung - die Befugnis zur Kündigung und zur Verweigerung eines Vertragsschlusses zustünde (BGH, Urteil vom 25. Januar 1983 - KZR 12/81, BGHZ 86, 324, 327 - Familienzeitschrift).

58 Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Vertrag gemeinsam abgeschlossen haben. Der Beklagte hat nicht geltend gemacht, dass der Vertrag nur gemeinsam gekündigt werden konnte. Lag die Entscheidung über eine Kündigung oder Fortsetzung des Vertrags - jedenfalls soweit es nicht um die Übertragung von gemeinschaftlich veranstalteten Programmen geht - mithin bei den einzelnen Rundfunkanstalten, war es diesen durch § 1 GWB untersagt, ihr Verhalten zu koordinieren.

59 2. Die vom Beklagten ausgesprochene Kündigung des Einspeisevertrags war unwirksam, wenn er den Entschluss hierzu nicht aufgrund einer autonomen Entscheidung gefasst, sondern in Vollziehung der kartellrechtswidrigen Absprache gehandelt hat.

60 Eine Abrede, die gegen § 1 GWB verstößt, ist nach § 134 GWB nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Im Streitfall geht es jedoch nicht um die Wirksamkeit der - revisionsrechtlich zu unterstellenden - Absprache zwischen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, sondern um die Wirksamkeit der Kündigung, die - wie ebenfalls revisionsrechtlich zu unterstellen ist - in Umsetzung dieser Absprache erklärt worden ist. Die in Rechtsprechung und Literatur bislang nicht erörterte Frage, ob eine Kündigung, die in Umsetzung einer kartellrechtswidrigen Absprache erfolgt, als unwirksam anzusehen ist, ist unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen danach zu beantworten, wie die Freiheit des Wettbewerbs effektiv gewährleistet werden kann.

61 Haben die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihr Verhalten gegenüber der Klägerin hinsichtlich der Kündigung des bisherigen und der Verweigerung des Abschlusses eines neuen Einspeisevertrags gemeinsam festgelegt, erfolgte die Kündigung nicht - wie vom Kartellrecht gefordert - aufgrund einer selbständigen unternehmerischen Entscheidung. In einem ähnlich gelagerten

Fall, in dem die beteiligten Unternehmen vereinbart hatten, bestimmte Vertragsangebote nicht anzunehmen, hat der Bundesgerichtshof eine Verfügung der Kartellbehörde gebilligt, mit welcher den an der verbotenen Absprache beteiligten Unternehmen deren weitere Umsetzung untersagt worden ist (BGH, Beschluss vom 14. August 2008 - KVR 54/07, WuW/E DE-R 2408 Rn. 57 ff. - Lottoblock). Diese Verfügung bedeutete, wie der Senat ausgeführt hat, nicht, dass die betroffenen Unternehmen Vertragsangebote dieser Art bedingungslos anzunehmen hätten. Sie verpflichtete sie jedoch zu einer autonomen, d.h. nicht durch die kartellrechtswidrige Absprache bestimmten, sondern aufgrund selbständiger unternehmerischer Überlegungen getroffenen Entscheidung über solche Angebote.

62            Geht es - wie hier - um die Durchsetzung des Kartellrechts mit den Mitteln des Privatrechts, entspricht dem die Folgerung, dass die Kündigung eines Vertrags, die in Umsetzung einer kartellrechtswidrigen Absprache ausgesprochen worden ist, grundsätzlich als unwirksam anzusehen ist. Der Vertrag bleibt damit zunächst bestehen. Eine wirksame Kündigung ist nicht auf Dauer ausgeschlossen, sie setzt jedoch voraus, dass das Unternehmen eine autonome Entscheidung darüber trifft, ob es den Vertrag beenden will.

63            Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Wirksamkeit von Folgeverträgen (BGH, Urteil vom 4. Mai 1956 - I ZR 194/54, WuW/E BGH 152 - Spediteurbedingungen; Beschluss vom 9. Juli 1984 - KRB 1/84, WuW/E BGH 2100, 2102 - Schlussrechnung; vgl. Karsten Schmidt in FS Möschel, 2011, S. 559, 575) ergibt sich nichts anderes. Im Streitfall geht es nicht um eine vertragliche Vereinbarung, die mit Dritten getroffen worden ist, sondern um deren Kündigung und damit um eine einseitige Maßnahme. Zudem liegt ein besonderes Schutzbedürfnis der Marktgegenseite nicht vor. Die behauptete Absprache betrifft nur einige wenige Einspeiseverträge, die die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit den großen Kabelnetzbetreibern, darunter der Klägerin, geschlossen haben. Ein Interesse der Klägerin daran, die Kündigung gegen sich

gelten zu lassen, liegt fern. Soweit der Einspeisevertrag Pflichten der Klägerin begründet, stellen diese sich im Wesentlichen nur als Konkretisierung der ihr ohnehin gesetzlich auferlegten Übertragungspflicht dar. Ihr Interesse ist mithin vor allem darauf gerichtet, dass die Pflicht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Zahlung des vereinbarten Entgelts bestehen bleibt. Im Übrigen wäre es dem Beklagten im Verhältnis zur Klägerin nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf eine solche Unwirksamkeit der Kündigung zu berufen.

64            3. Auf die Revision der Klägerin ist das angefochtene Urteil daher aufzuheben. Die Sache ist zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird zu klären haben, ob der Beklagte, wie von der Klägerin behauptet, mit den anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vereinbart oder sich mit ihnen dahin abgestimmt hat, den Einspeisevertrag zu kündigen und keinen neuen Einspeisevertrag abzuschließen, und ob die von ihm ausgesprochene Kündigung auf einer solchen Absprache beruht. Nach der Lebenserfahrung wird ein solcher Ursachenzusammenhang im Allgemeinen bejaht werden können, wenn die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung auf das beanstandete Verhalten gerichtet war und die entsprechende Handlung mit der Abrede in einem unmittelbaren Zusammenhang steht (BGHZ 86, 324, 328 - Familienzeitschrift; BGH WuW/E DE-R 2408 Rn. 43 - Lot-toblock). Wäre solches im Streitfall festzustellen, hätte sich der Beklagte mit seinem Verhalten über die Unwirksamkeit dieser Vereinbarung hinweggesetzt.

65            Ein solcher ursächlicher Zusammenhang bedarf jedoch gesonderter Feststellung. Ein Unternehmen, das sich an einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung beteiligt hat, die auf eine bestimmte, für sich genommen nicht kartellrechtswidrige Verhaltensweise gerichtet war, ist nicht auf alle Zeiten an der betreffenden Handlung gehindert. Diese ist vielmehr dann nicht zu beanstanden, wenn es sich hierzu aufgrund autonomer Entscheidung - erneut - entschließt.

Ob die Voraussetzungen hierfür, wie der Beklagte behauptet, erfüllt sind, bedarf einer sorgfältigen Prüfung unter Würdigung der Umstände des Streitfalls.

66 C. Für den Fall, dass die Klage mit dem Hauptantrag erfolglos bleiben sollte, weist der Senat auf Folgendes hin:

67 I. Aus den Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags kann - wie ausgeführt - nicht abgeleitet werden, dass eine Verpflichtung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die Einspeisung und Übertragung ihrer Programme durch die Klägerin zu vergüten, von vornherein ausscheidet. Der Gesetzgeber hat diese Regelungen zu einer Zeit geschaffen, zu der zwischen den großen Kabelnetzbetreibern und den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Einspeiseverträge bestanden. Er hat sich in dieser Situation darauf beschränkt, einerseits im öffentlichen Interesse die Pflicht der Kabelnetzbetreiber zur Übertragung der gebührenfinanzierten Programme gesetzlich abzusichern (§ 52b RStV) und andererseits festzuschreiben, dass die Programmanbieter durch ein für die Verbreitung des Programmsignals zu zahlendes Entgelt nicht unbillig behindert oder diskriminiert werden dürfen (§ 52d RStV). Aus diesen Regelungen kann, wie oben ausgeführt, keine Verpflichtung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten hergeleitet werden, die Einspeiseverträge zu den bisherigen Konditionen fortzuführen. Ihnen kann aber auch nicht entnommen werden, dass eine Verpflichtung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten - und damit auch des Beklagten - der Klägerin ein Entgelt für die Einspeisung und Übertragung des Programmsignals zu zahlen, von vornherein ausscheidet. Die gesetzliche Pflicht zur Einspeisung und Übertragung bestimmter gebührenfinanzierter Programme wurde im öffentlichen Interesse geschaffen. Sie soll sicherstellen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihrem Grundversorgungsauftrag nachkommen können, dient jedoch nicht dazu, diese wirtschaftlich zu begünstigen. Die Einspeisung hat daher zu angemessenen Bedingungen zu erfolgen, deren Festlegung den Beteiligten obliegt. Verhandlungen hierüber könnten auf Seiten der Programmanbieter - nicht nur hinsichtlich der Gemeinschaftspro-

gramme, sondern insgesamt - von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gemeinsam geführt werden, ohne dass darin bereits ein Verstoß gegen § 1 GWB läge. Die Entscheidung darüber, ob das Ergebnis solcher Verhandlungen in eine rechtlich bindende Regelung umgesetzt wird, hätte allerdings jede Rundfunkanstalt in eigener Verantwortung zu treffen.

68 Die Einspeisung und Übertragung seines Programmsignals verschafft dem Beklagten erhebliche Vorteile. Der Beklagte stellt nicht in Abrede, dass er seinem Grundversorgungsauftrag nur dann umfassend nachkommen kann, wenn das Signal auch in das Breitbandkabelnetz eingespeist wird. Dies gilt jedenfalls so lange, wie eine erhebliche Zahl von Zuschauerhaushalten an das Kabelnetz angeschlossen ist und die Programme des Beklagten aus rechtlichen, tatsächlichen oder wirtschaftlichen Gründen nicht ohne weiteres auf andere Weise empfangen kann. Die Zahl der Zuschauer und Zuhörer, die das Programmsignal des Beklagten empfangen können, ist zudem für die wirtschaftlichen Aktivitäten des Beklagten, insbesondere den Wert der von ihm verkauften Werbezeit, von erheblicher Bedeutung. Der Beklagte kann der Forderung der Klägerin nach einer Vergütung der Übertragung daher nicht erfolgreich mit dem Hinweis begegnen, er habe an der Einspeisung und Übertragung seines Programmsignals durch die Klägerin kein eigenes Interesse.

69 Erbringt die Klägerin danach für den Beklagten wirtschaftlich werthaltige Leistungen, hat der Beklagte diese grundsätzlich zu vergüten. Als marktbeherrschendes Unternehmen ist es ihm verwehrt, Geschäftsbedingungen zu fordern, die von denen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB). Es darf andererseits nicht aus dem Blick geraten, dass auch der Beklagte eine wirtschaftlich wertvolle Leistung bereitstellt, indem er der Klägerin das Programmsignal kostenlos überlässt und ihr damit die Möglichkeit zu dessen kommerzieller Verwertung eröffnet. Für die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Klägerin von dem Beklagten für die Einspeisung und Übertragung des Programmsig-

nals ein Entgelt verlangen kann, wird es mithin maßgeblich darauf ankommen, in welchem Verhältnis die Werte der beiderseitigen Leistungen nach der Beurteilung des Marktes oder eines Vergleichsmarktes stehen. Der Klägerin wird gegebenenfalls Gelegenheit zu geben sein, ihren Vortrag hierzu zu ergänzen und, soweit erforderlich, ihre Klageanträge anzupassen.

70           II. Hinsichtlich des Klageantrags zu 1f wird gegebenenfalls zu klären sein, ob dieser, wie das Berufungsgericht gemeint hat, auf die Klärung der öffentlich-rechtlichen Frage gerichtet ist, ob die Klägerin verpflichtet ist, die Programme des Beklagten in ihr Netz einzuspeisen und Kapazitäten hierfür bereitzustellen, soweit und solange zwischen ihr und dem Beklagten kein wirksamer Vertrag über die Einspeisung besteht. Sollte der Antrag auf die abstrakte Beantwortung der Frage zielen, welche Pflichten der Klägerin durch den Rundfunkstaatsvertrag auferlegt sind, wäre er nicht auf die Klärung eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien gerichtet. Indes begehrt die Klägerin diese Feststellung nicht etwa gegenüber der mit der Durchführung des Rundfunkrechts betrauten Landesbehörde, der Landeszentrale für Medien und Kommunikation Rheinland Pfalz, sondern gegenüber dem Beklagten. Zur Begründung ihres Antrags hat sie auf eine Entscheidung des Senats (BGH, WuW/E BGH 3058 - Pay-TV-Durchleitung) Bezug genommen. Danach dürfte es näher liegen, diesen Klageantrag dahin zu verstehen, dass er auf die Klärung eines (privatrechtlichen) Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien gerichtet ist. Ob ein berechtigtes Interesse der Klägerin an einer solchen Feststellung besteht, hinge dann insbesondere davon ab, ob sich der Beklagte eines solchen Anspruchs berührt hat.

71           Im Übrigen ist das Berufungsgericht nach § 17a Abs. 5 GVG daran gebunden, dass das Landgericht die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs - stillschweigend - bejaht hat. Das Landgericht hat die Klage auch hinsichtlich des hilfsweise gestellten Klageantrags zu 1f abgewiesen, ohne auf die Zulässigkeit des Rechtswegs einzugehen, die in erster Instanz von den Parteien nicht

angesprochen und vom Beklagten nicht gerügt worden war. Das Oberlandesgericht, das über die Berufung der Klägerin gegen diese Entscheidung in der Hauptsache zu befinden hatte, war, wie die Revision zu Recht geltend macht, nach § 17a Abs. 5 GVG daran gehindert zu prüfen, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist. Dies gilt auch dann, wenn es an einer ausdrücklichen Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts über die Zuständigkeit des Rechtswegs fehlt, weil dieses seine Zuständigkeit annimmt und keine der Parteien eine Rüge erhebt (BGH, Beschluss vom 18. September 2008 - V ZB 40/08, NJW 2008, 3572, 3573).

Limperg

Meier-Beck

Kirchhoff

Bacher

Deichfuß

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 20.03.2013 - 11 O 215/12 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 21.11.2013 - 2 U 46/13 -