



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 7/17

Verkündet am:
18. Februar 2020
Anderer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Einspeiseentgelt III

GWB § 1

Beruhet die durch mehrere, untereinander im Wettbewerb stehende Unternehmen gemeinsam erklärte Kündigung eines Vertrages auf einer wettbewerbswidrigen Verhaltensabstimmung und ist die Kündigung deshalb unwirksam, gilt dies auch für die Kündigungserklärung eines Gemeinschaftsunternehmens, hinsichtlich dessen eigenen Verhaltens sich die übrigen beteiligten Unternehmen als dessen Gesellschafter abstimmen dürfen.

BGH, Urteil vom 18. Februar 2020 - KZR 7/17 - OLG Karlsruhe
LG Mannheim

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Prof. Dr. Kirchhoff und Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Linder

für Recht erkannt:

Auf die Revision und die Anschlussrevision wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 29. Dezember 2016 unter Zurückweisung der weitergehenden Revision der Beklagten im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage abgewiesen und die Beklagte zur Zahlung von mehr als 1.190.000 € verurteilt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung einer Vergütung für die Einspeisung ihres Programms in das Breitbandkabelnetz der Klägerin ab dem Jahr 2013.
- 2 Die Klägerin betreibt im Bundesgebiet - mit Ausnahme der Länder Nordrhein-Westfalen, Hessen und Baden-Württemberg - Breitbandkabelnetze. Über ihre Kabelnetze führt sie die Signale von Rundfunkveranstaltern an die regionalen Netze heran und verteilt sie bis zur Netzebene 4 (Hausverkabelung). Sie bietet Endkunden (Zuschauerhaushalten) und der Wohnungswirtschaft gegen Entgelt verschiedene Kabelanschlussprodukte an. Etwa die Hälfte der Zuschauerhaushalte in Deutschland wird über Kabelanschlüsse mit Fernsehprogrammen versorgt.
- 3 Die Beklagte veranstaltet den deutschsprachigen Teil des Fernsehprogramms des deutsch-französischen Kulturkanals ARTE und stellt ihre Programmsignale den Betreibern von Kabelnetzen in Deutschland zur Verfügung. Die Beklagte ist neben ARTE France S.A. Mitglied der ARTE G.E.I.E., die auf der Grundlage eines Staatsvertrags den Fernsehsender ARTE betreibt. Die Gesellschafter der Beklagten sind zu gleichen Teilen die in der Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands (ARD) zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten und das Zweite Deutsche Fernsehen (ZDF).
- 4 Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF, Deutschlandradio und die Beklagte/ARTE G.E.I.E. (im Folgenden: ARTE) zahlten der Klägerin auf der Grundlage eines am 27. Februar 2008 geschlossenen Vertrags (im Folgenden: Einspeisevertrag) ein jährliches Entgelt in Höhe von 27.000.000 € zuzüglich Umsatzsteuer für die - im Vertrag vereinbarte - digi-

tale und analoge Einspeisung ihrer Programmsignale in die Kabelnetze der Klägerin. Nach einem internen Verteilungsschlüssel der Programmveranstalter entfiel davon auf ARTE ein Teilbetrag von 1.000.000 € zuzüglich Umsatzsteuer. Am 28. Januar 2010 ergänzten die Vertragsparteien den Einspeisevertrag um das Angebot von HD-TV. Am 10. Oktober 2010 ergänzten ARTE und die Klägerin den Vertrag darüber hinaus dahin, dass ab 1. August 2010 eine 24-stündige analoge Einspeisung eingerichtet wurde und ARTE dafür ein zusätzliches Entgelt bezahlte. Der Einspeisevertrag hatte eine Laufzeit bis zum 31. Dezember 2012 und sollte sich jeweils um ein Jahr verlängern, wenn er nicht von einer der Parteien spätestens sechs Monate vor Ablauf gekündigt wird. 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.

- 5 Die Vertreter der ARD-Rundfunkanstalten erzielten in einer Besprechung mit dem ZDF am 22. März 2011 Einvernehmen darüber, künftig keinem Kabelnetzbetreiber mehr Entgelt für die Einspeisung von Programmsignalen zu zahlen und zur Umsetzung dieses Vorhabens den mit der Klägerin geschlossenen Einspeisevertrag zum Ablauf des Jahres 2012 zu kündigen. Mit nahezu wortgleichen, in demselben Umschlag versandten Schreiben vom 19. Juni 2012 erklärten die Beklagte und die anderen am Einspeisevertrag beteiligten Rundfunkanstalten die Kündigung des Einspeisevertrags zum 31. Dezember 2012. Mit Schreiben vom 30. Juni 2015 erklärte die Beklagte vorsorglich erneut die Kündigung des Einspeisevertrags nebst Ergänzungsvereinbarungen. Die Klägerin speist die Rundfunksignale, die die Beklagte zur Verfügung stellt, weiterhin in ihre Netze ein. Die Beklagte leistet dafür kein Entgelt mehr.

6 Die Klägerin hält die Kündigung des Einspeisevertrags für unwirksam. Sie hat im ersten Rechtszug in erster Linie die Feststellung begehrt, dass der Einspeisevertrag auch nach Ablauf des 31. Dezember 2012 fortbestehe.

7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszug hat die Klägerin in erster Linie beantragt, die Beklagte zur Zahlung eines auf sie entfallenden vereinbarten Einspeiseentgelts für das Jahr 2013 in Höhe von 1.760.496,32 € nebst Zinsen aus dem aufgrund unwirksamer Kündigung weitertgeltenden Einspeisevertrag zu verurteilen (Klageantrag zu 1 a und Hilfsantrag zu 2) und festzustellen, dass der Einspeisevertrag auch nach Ablauf des 31. Dezember 2015 fortbestehe (Klageantrag zu 1 b). Mit gestaffelten Hilfsanträgen hat sie die Zahlung eines angemessenen Einspeiseentgelts (Klageantrag zu 3), die Feststellung, dass der Einspeisevertrag auch nach Ablauf des 31. Dezember 2012 fortbestehe (Klageantrag zu 4 a) und die Beklagte zur Annahme eines von ihr vorgelegten Angebots zum Abschluss eines neuen Einspeisevertrags verpflichtet sei (Klageantrag zu 4 b), sowie die Verurteilung der Beklagten zum Abschluss eines Einspeisevertrags zu angemessenen und marktüblichen Bedingungen (Klageantrag zu 4 c) begehrt.

8 Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 1.370.358,10 € nebst Zinsen verurteilt; im Übrigen ist die Berufung der Klägerin erfolglos geblieben. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision, mit der die Beklagte weiterhin die vollständige Klageabweisung erstrebt. Mit der Anschlussrevision verfolgt die Klägerin ihre Berufungsanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

9 Die Anschlussrevision der Klägerin führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit das Berufungsgericht die Klage abgewiesen hat. Die Revision der Beklagten hat hingegen nur insoweit Erfolg, als sie vom Berufungsgericht zu einer 1.190.000 € übersteigenden Zahlung verurteilt worden ist.

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

11 Da die Beklagte den Einspeisevertrag wirksam gekündigt habe, stehe der Klägerin kein vertraglicher Zahlungsanspruch zu. Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden habe, bestehe auch keine gesetzliche Verpflichtung zur Fortsetzung des Vertrags zu unveränderten Bedingungen.

12 Die Kündigung sei nicht wegen Verstoßes gegen § 1 GWB unwirksam. Zwar hätten die in der ARD zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten und das ZDF ihr Verhalten abgestimmt, doch habe diese Abstimmung in Bezug auf die Beklagte keine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Da die in der ARD zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten und das ZDF Gesellschafter der Beklagten seien, seien sie insoweit nicht Wettbewerber, sondern gemeinsam Veranstalter des Programms der Beklagten. Zur Wahrnehmung der für die Gesellschafter vorgesehenen Kontrollaufgaben sei eine gemeinsame Entscheidung der Gesellschafter über die Verbreitung des Programms der Beklagten geboten.

Der Klägerin stehe jedoch ein Schadensersatzanspruch nach § 33 i.V.m. § 19 GWB zu, daher sei der Hilfsantrag zu 3 in Höhe von 1.370.358,10 € nebst Zinsen begründet.

14 Der Beklagten sei es als marktbeherrschendem Unternehmen verwehrt, von der Klägerin im Rahmen der Einspeisung ihres Programms Geschäftsbedingungen zu fordern, die von denen abwichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergäben. Bewerte man die beiderseitigen Leistungen, überwiege der Wert der Leistung der Klägerin, weshalb die Beklagte die Einspeisung zu vergüten habe. Die Zahl der Zuschauer, die das Programm empfangen könnten, sei zwar nicht für Werbeeinnahmen von Belang, da ARTE keine Werbung senden dürfe, aber für die Einnahmen aus Sponsoring. Die Beklagte könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, mit der von der Klägerin für die Einräumung des Kabelweitersenderechts gezahlten Vergütung seien sämtliche Ansprüche abgegolten.

15 Für die Bewertung der beiderseitigen Leistungen könne nicht auf die Verhältnisse vor der Kündigung des Einspeisevertrags abgestellt werden, weil die Beklagte bereits bei dessen Abschluss zum Ausdruck gebracht habe, dass sie diese Bedingungen nicht auf Dauer akzeptiere. Auch ein Vergleich mit ausländischen Märkten sei nicht angemessen, weil die dortigen Verhältnisse jeweils deutlich abwichen. Der Vergleich mit den Entgelten, die die Beklagte für die Verbreitung über Satellit zahle, sei ebenfalls nicht sachgerecht, weil die Satellitenbetreiber - anders als die Klägerin - nicht in vertraglichen Verbindungen mit den Endkunden stünden. Abzustellen sei demgegenüber auf die Verhältnisse zwischen der Klägerin und privaten Programmveranstaltern. Die Unterschiede zwischen privaten und öffentlich-rechtlichen Programmveranstaltern bei der Finanzierung durch Werbung schlossen eine Vergleichbarkeit nicht aus. Soweit die Klägerin von den privaten Sendern einen Anteil an den Erlösen für die Frei-

schaltung verschlüsselter Programmpakete erhalte, habe dies mit dem Einspeiseentgelt nichts zu tun; es handele sich um eine separate Vergütung.

16 Die Höhe des Schadens sei nach § 287 Abs. 1 ZPO zu schätzen. Unter
Berücksichtigung der Vergütungen, die vier kleinere Sender mit einem der
Beklagten vergleichbaren Marktanteil zahlten, ergebe sich der zugesprochene
Betrag.

17 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung in einem ent-
scheidenden Punkt nicht stand.

18 1. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, dass der
Klägerin für das Jahr 2013 kein Anspruch auf das vertraglich vereinbarte Ein-
speiseentgelt zusteht. Die von der Beklagten erklärte Kündigung hat den Ein-
speisevertrag nebst Ergänzungsvereinbarungen nicht beendet. Der Kündigung
dieser Verträge durch die Beklagte zum 31. Dezember 2012 lag eine nach
§ 1 GWB verbotene Abstimmung unter Wettbewerbern zugrunde. Die von der
Beklagten erklärte Kündigung ist daher gemäß § 134 BGB unwirksam.

19 a) Nach § 1 GWB sind aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen,
die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs be-
zwecken oder bewirken, verboten. Typisches Mittel einer verbotenen Verhal-
tensabstimmung ist der Austausch von Informationen über wettbewerbsrelevan-
te Parameter mit dem Ziel, die Ungewissheit über das zukünftige Marktverhal-
ten des Konkurrenten auszuräumen. Die Abstimmung muss ursächlich für ein
entsprechendes Marktverhalten sein, doch gilt insoweit die Vermutung, dass die
an der Abstimmung beteiligten Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern aus-
getauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berück-
sichtigen (BGH, Urteil vom 16. Juni 2015 - KZR 83/13, BGHZ 205, 354 Rn. 64 -
Einspeiseentgelt; Urteil vom 12. April 2016 - KZR 31/14, juris Rn. 44 -
Gemeinschaftsprogramme).

20 b) ARTE ist wie die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Unternehmen i.S.d. § 1 GWB. Nach ständiger 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 des Gerichtshofs die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand vom Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts ausnimmt, sofern die erworbenen Waren oder Dienstleistungen nicht für wirtschaftliche, sondern für hoheitliche Tätigkeiten verwendet werden sollen (EuGH, Urteil vom 3. März 2011 - C 437/09, juris Rn. 41 ff. - AG2R Prévoyance), entspricht dies nicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 6. November 2013 - KZR 58/11, BGHZ 199, 1 Rn. 52 - VBL-Gegenwert I mwN).

21 Der Bundesgerichtshof hat bisher offengelassen, ob diese Rechtsprechung der Unionsgerichte Anlass gibt, die gefestigte Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff im deutschen Recht zu überprüfen. Diese Frage bedarf auch hier keiner Entscheidung, da die Erstellung und Ausstrahlung der Programme gebührenfinanzierter Rundfunkanstalten keine Ausübung hoheitlicher Befugnisse darstellt (BGHZ 205, 354 Rn. 37 - Einspeiseentgelt). Im Übrigen ist das ARTE nach § 8 RStV erlaubte Sponsoring ebenso eine wirtschaftliche Tätigkeit wie das Erzielen von Einnahmen durch die Einräumung des Rechts zur Kabelweiterleitung (BGHZ 205, 354 Rn. 37 - Einspeiseentgelt).

22 c) ARTE steht mit den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die Vertragspartei des Einspeisevertrags sind, im Wettbewerb.

23 aa) Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten stehen hinsichtlich der Finanzierung ihres Programmangebots grundsätzlich sowohl untereinander

als auch mit den privaten Rundfunkanbietern im Wettbewerb (BGHZ 205, 354 Rn. 56 - Einspeiseentgelt).

- 24 bb) Bei ARTE handelt es sich auch nicht um ein Gemeinschaftsprogramm, für dessen Veranstaltung und Verbreitung der Bundesgerichtshof entschieden hat, dass die Rundfunkanstalten insoweit untereinander nicht im Wettbewerb stehen und sich daher abstimmen dürfen (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 31/14, juris Rn. 47 - Gemeinschaftsprogramme). Die Beklagte ist wie ARTE G.E.I.E. eine eigenständige juristische Person. ARTE ist daher Veranstalter eines eigenen Programms (vgl. auch Binder in Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl., § 11b RStV Rn. 114).
- 25 d) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Kündigung der Beklagten zum 31. Dezember 2012 auf einem abgestimmten Verhalten der Rundfunkanstalten im Sinne des § 1 GWB beruhte. Sie ist deshalb entgegen seiner Auffassung unwirksam (BGHZ 205, 354 Rn. 59 ff. - Einspeiseentgelt).
- 26 aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Rundfunkanstalten, die Gesellschafter der Beklagten sind, bei einer Besprechung am 22. März 2011 Einvernehmen darüber erzielt, dass an dem in der Präambel des Einspeisevertrags angekündigten Paradigmenwechsel festgehalten und künftig keinem Kabelnetzbetreiber mehr Entgelt für die Einspeisung von Programmsignalen gezahlt werden solle.
- 27 bb) Das Berufungsgericht hat weiter rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, indem sie mit im Wesentlichen gleichlautenden Schreiben die Kündigung des Einspeisevertrags mit der Klägerin erklärten, sich so verhalten haben, wie es ihrer Verhaltensabstimmung aus

dem März 2011 entsprach. Die Verhaltensabstimmung unter Wettbewerbern war daher kausal für die abgegebenen Kündigungserklärungen.

28 cc) Dass auch die Beklagte mit der von ihr erklärten Kündigung ihr Verhalten an der Abstimmung zwischen den Rundfunkanstalten ausgerichtet hat, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler insbesondere aus dem Umstand geschlossen, dass die Beklagte ihre - der erklärten "Kabelstrategie" der Rundfunkanstalten entsprechende - Kündigungserklärung einer der weiteren öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zugeleitet hat, die alle Kündigungserklärungen in einem einheitlichen Umschlag an die Klägerin übersandt hat.

29 dd) Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, die Verhaltensabstimmung habe "in Bezug auf die Beklagte" gleichwohl keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, weil sich deren Gesellschafter hinsichtlich des Verhaltens von ARTE hätten abstimmen dürfen und müssen, soweit sie über dieses zu entscheiden hatten, geht dies fehl. Dass sich die Mitglieder der ARD und das ZDF hinsichtlich des Verhaltens von ARTE abstimmen durften und gegebenenfalls mussten, ändert nichts daran, dass sich die Rundfunkanstalten weder untereinander noch mit ARTE auf ein gemeinsames Verhalten verständigen durften. Ebenso unerheblich ist es, ob die für die Beklagte getroffene Kündigungsentscheidung maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidung der anderen Rundfunkanstalten hatte.

30 e) Der Unwirksamkeit der Kündigung stünde auch nicht entgegen, wenn bereits der Einspeisevertrag auf einer verbotenen Verhaltensabstimmung beruhte. Dieser Vertrag wäre im Zweifel mit Rücksicht auf das Schutzbedürfnis der Klägerin als eines Mitglieds der Marktgegenseite, die im Interesse der Rechtssicherheit nicht der Ungewissheit über die Gültigkeit ihrer Vertragsbeziehungen und der von ihr erworbenen Ansprüche ausgesetzt werden soll, als

wirksam zu betrachten (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 1984 - KRB 1/84, WuW/E BGH 2100, juris Rn. 20). Jedenfalls wäre es der Beklagten im Verhältnis zur Klägerin nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf eine solche Nichtigkeit des Vertrags zu berufen (vgl. BGHZ 205, 354 Rn. 63 - Einspeiseentgelt mwN).

31 2. Die Abweisung des Klageantrags zu 1 a kann hiernach ebenso wenig Bestand haben wie die Abweisung des Klageantrags zu 1 b, mit der die Klägerin die Feststellung begehrt, dass der Einspeisevertrag vom 27. Februar 2008 auch nach Ablauf des 31. Dezember 2015 fortbestehe.

32 III. Das Streitverhältnis ist nach den getroffenen Feststellungen nur teilweise zur Endentscheidung reif.

33 1. Da die Beklagte den Einspeisevertrag nebst Ergänzungsvereinbarungen mit der Klägerin nicht wirksam zum 31. Dezember 2012 gekündigt hat, steht der Klägerin das vertraglich vereinbarte Entgelt für das Jahr 2013 zu.

34 Zur Höhe des geschuldeten Einspeiseentgelts hat das Berufungsgericht festgestellt, dass auf die Beklagte von den im Einspeisevertrag vereinbarten 27.000.000 € zuzüglich Umsatzsteuer ein Betrag von 1.000.000 € zuzüglich Umsatzsteuer entfällt. Zu dem von der Klägerin über diesen Betrag von 1.000.000 € zuzüglich Umsatzsteuer hinaus geforderten Betrag aus den beiden Ergänzungsverträgen hat das Berufungsgericht hingegen keine Feststellungen getroffen.

35 Die Verurteilung der Beklagten auf den Hilfsantrag zu 3 hat daher in Höhe von 1.190.000 € nebst Zinsen Bestand; im Übrigen ist sie auf die Revision der Beklagten aufzuheben.

36 2. Zum Klageantrag zu 1 b hat das Berufungsgericht - aus seiner Sicht konsequent - keine Feststellungen getroffen, insbesondere nicht zur Wirksamkeit der mit Schreiben vom 30. Juni 2015 erneut erklärten Kündigung der Beklagten, weshalb der Senat über diesen Antrag nicht abschließend entscheiden kann.

37 IV. Im Umfang der Aufhebung ist die Sache hiernach an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Meier-Beck

Kirchhoff

Tolkmitt

Picker

Linder

Vorinstanzen:

LG Mannheim, Entscheidung vom 19.04.2013 - 7 O 228/12 Kart. -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 29.12.2016 - 6 U 61/13 (Kart.) -