



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 31/14

Verkündet am:
12. April 2016
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Gemeinschaftsprogramme

GWB § 1

Die Abstimmung des Verhaltens unter Wettbewerbern durch den Austausch von Informationen über ihr künftiges Marktverhalten hat nach der Lebenserfahrung auch ohne weiteres Zutun nachteiligen Einfluss auf den Wettbewerb. Dies begründet die Vermutung, dass die an der Abstimmung beteiligten Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigen. Ein in der Folge von der Abstimmung unabhängiges Marktverhalten aufgrund einer selbständig getroffenen unternehmerischen Entscheidung kann daher nur dann angenommen werden, wenn greifbare Anhaltspunkte dafür feststellbar sind.

BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 31/14 - OLG Düsseldorf
LG Köln

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. April 2016 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck sowie die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. Mai 2014 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin hinsichtlich des gegen die Beklagten zu 1 und 3 bis 10 gerichteten Klagebegehrens erfolglos geblieben 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 Klägerin betreibt im Bundesgebiet - mit Ausnahme der Bundesländer Baden-Württemberg, Hessen und Nordrhein-Westfalen - Breitbandkabelnetze, über die Rundfunksignale an regionale Netze herangeführt und regional bis zu den Übergabepunkten der Netzebene 4 verteilt werden. Teilweise betreibt sie

auch die Netzebene 4 und damit die Hausverkabelung, an die die Zuschauerhaushalte angeschlossen sind. Über ihre Breitbandkabelnetze bietet sie den Zuschauerhaushalten gegen Entgelt verschiedene Kabelanschlussprodukte an, ferner stellt sie nachgelagerten Netzbetreibern entgeltlich die Programmsignale für die Endkundenversorgung zur Verfügung.

2 Die Beklagte zu 1 und die Beklagten zu 3 bis 10 (nachfolgend: die Rundfunkanstalten) sind öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, die sich gemeinsam mit der Deutschen Welle zu der Beklagten zu 2, der Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands (ARD), zusammengeschlossen haben. Die Rundfunkanstalten unterhalten eigene Programme (Dritte Fernsehprogramme). Darüber hinaus veranstalten sie gemeinsam die Fernsehprogramme "Das Erste", "tagesschau24", "Einsfestival" und "Einsplus" (im Folgenden: Gemeinschaftsprogramme).

3 Die Klägerin speist gegenwärtig die Signale von insgesamt 199 TV-Programmen aus Deutschland und dem Ausland in ihre Kabelnetze ein, darunter die Gemeinschaftsprogramme sowie die Dritten Fernsehprogramme.

4 Etwa die Hälfte der Zuschauerhaushalte in Deutschland wird über Kabelanschlüsse mit Rundfunkprogrammen versorgt. Daneben werden die Programme den Zuschauern über Satellit und terrestrische Sendernetze (DVB-T), ferner über kleinere Kabelnetzbetreiber und das Internet zur Verfügung gestellt.

5 Die beklagten Rundfunkanstalten, das Zweite Deutsche Fernsehen, Deutschlandradio und ARTE G.E.I.E./ARTE Deutschland TV GmbH zahlten der Klägerin bis Ende 2012 auf der Grundlage eines mit 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 Hö-

he von 27 Mio. Euro für die - im Vertrag vereinbarte - digitale und analoge Einspeisung in die Kabelnetze der Klägerin. Davon entfiel ein Teilbetrag von 20,435 Mio. Euro auf die beklagten Rundfunkanstalten. Nach Schätzung der Klägerin machen die Gemeinschaftsprogramme 15% hiervon aus. Gemäß § 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.

6 Seit dem 30. April 2012 strahlen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihre Fernsehprogramme nur noch digital aus. Mit Schreiben vom 18. und 19. Juni erklärten die beklagten Rundfunkanstalten ebenso wie die anderen am Einspeisevertrag beteiligten Rundfunkveranstalter dessen Kündigung zum Ende des Jahres 2012. Die Klägerin speist die Rundfunksignale, die die Rundfunkanstalten nach wie vor zur Verfügung stellen, im Wesentlichen weiterhin in ihre Netze ein. Die Beklagten leisten dafür kein Entgelt mehr.

7 Die Klägerin hält die Kündigungen für unwirksam. Sie begehrt in erster Linie die Feststellung, dass der Einspeisevertrag im Hinblick auf die Gemeinschaftsprogramme für die Verbreitung in ihren Kabelnetzgebieten fortbestehe (Klageantrag zu 1a). Mit gestaffelten Hilfsanträgen begehrt sie die Verurteilung der Beklagten zur Annahme von ihnen vorgelegter Angebote zum Abschluss neuer Einspeiseverträge (Klageantrag zu 1b), die Verurteilung der Beklagten zum Abschluss eines Einspeisevertrags zu angemessenen und marktüblichen Bedingungen (Klageantrag zu 1c) sowie die Feststellung, dass die Beklagten zum Ersatz sämtlicher Schäden verpflichtet sind, die der Klägerin aus der mit

den anderen öffentlich-rechtlichen 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 die Beklagten zum Ersatz der seit dem 1. Januar 2013 im Hinblick auf die Einspeisung der Gemeinschaftsprogramme entstandenen und noch entstehenden Aufwendungen bzw. zum Ausgleich der entstandenen und noch entstehenden Bereicherung verpflichtet sind.

8 Das Landgericht (LG Köln, ZUM 2013, 502) hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen (OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 4342 = NZKart 2014, 285). Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre zuletzt gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

9 Die zulässige Revision bleibt hinsichtlich der Beklagten zu 2 erfolglos. Im Übrigen führt sie zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

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

11 Mit dem Hauptantrag bleibe die Klage erfolglos. Ob die Beklagte zu 2 parteifähig sei, sei mindestens zweifelhaft, könne jedoch offen bleiben. Die Klage auf Feststellung des Fortbestands des Einspeisevertrags könne gegen sie jedenfalls deshalb keinen Erfolg haben, weil die Beklagte zu 2 nicht Partei des Einspeisevertrags sei. Hinsichtlich der Rundfunkanstalten sei die Klage nach

dem Hauptantrag ebenfalls unbegründet. Diese treffe keine Pflicht, die Einspeisung der von ihnen bereitgestellten Programmsignale in das Netz der Klägerin als technische Dienstleistung nachzufragen oder mit einem Entgelt zu vergüten.

12 Aus den Regelungen des Rundfunkrechts sei eine solche Verpflichtung nicht abzuleiten. Die Rundfunkanstalten seien zwar im Hinblick auf die Funktion und die Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gehalten, auch diejenigen Fernsehzuschauer zu versorgen, die Rundfunkprogramme über das Kabelnetz empfangen. Dies müsse jedoch nicht durch einen Vertrag mit den Betreibern der Kabelnetze geregelt werden, vielmehr hätten die Rundfunkanstalten auch die Möglichkeit, den Kabelnetzbetreibern ohne vertraglich ausgehandelte Einspeiseverpflichtung das Programmsignal so zur Verfügung zu stellen, dass ihre Programmangebote auch den Kabelnetzkunden zugänglich seien, da die Kabelnetzbetreiber ohne die Durchleitung von Programmsignalen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks kein wettbewerbsfähiges Produkt anbieten könnten und ihnen zugleich nach § 52b RStV die gesetzliche Pflicht auferlegt sei, ihre Kapazitäten vorrangig dem Programmangebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zur Verfügung zu stellen. Vor diesem Hintergrund und unter Beachtung des sich aus § 19 RStV ergebenden Gebots zur Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sei es nicht ermessensfehlerhaft, wenn die Rundfunkanstalten ihren Verbreitungsauftrag ohne den Einkauf von Einspeiseleistungen erfüllten.

13 Auch kartellrechtlich seien die Rundfunkanstalten nicht gehalten, Einspeisedienstleistungen nachzufragen. Sie seien nicht Normadressaten im Sinne von § 20 Abs. 1 oder 2 GWB. Eine marktbeherrschende oder marktstarke Stellung der Beklagten auf dem Markt für Signaleinspeisedienstleistungen sei nicht festzustellen. Als Nachfrager auf dem relevanten Markt kämen die Sender in Betracht, die derzeit über das Netz der Klägerin verbreitet würden, aber auch alle Sender, deren Signal bei freien Kapazitäten in das Netz der Klägerin einge-

speist werden könnten. Eine Marktbeherrschung oder Marktstärke bestehe weder im Hinblick auf den Anteil der beklagten Rundfunkanstalten an der Zahl der insgesamt eingespeisten Sender noch nach dem Verhältnis der von ihnen erstellten zur Gesamtheit der eingespeisten Programmsignale. Demgegenüber sei es unerheblich, dass die Klägerin nach den Bestimmungen des Rundfunkrechts bestimmte Kapazitäten vorrangig den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten anzubieten habe. Gerade weil diese Kapazitäten von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auch ohne ihre Teilnahme am Nachfragemarkt erlangt werden könnten, könne die rundfunkrechtliche Einspeiseverpflichtung der Kabelnetzbetreiber nicht zur Begründung einer marktbeherrschenden oder marktstarken Stellung der öffentlich-rechtlichen Anstalten auf dem Nachfragemarkt herangezogen werden. Seien die Rundfunkanstalten danach in der Entscheidung frei gewesen, ob sie die Signaleinspeisung bei den Kabelnetzbetreibern nachfragen und vergüten, könne ihr Vorgehen, entsprechend ihrer bereits in der Präambel des Einspeisevertrags bekanntgegebenen Rechtsauffassung die Vergütung der Einspeisung zu beenden, nicht als missbräuchlich angesehen werden.

14 Die Kündigungen des Einspeisevertrags seien auch nicht wegen Verstoßes gegen § 1 GWB nichtig. Den Rundfunkanstalten falle im Zusammenhang mit der Willensbildung zur Kündigung des Einspeisevertrags kein Kartellrechtsverstoß zur Last. Ein Verstoß der Rundfunkanstalten gegen § 1 GWB scheidet von vornherein aus, soweit es um die Koordination über die Beendigung der Gemeinschaftsprogramme gehe, denn insoweit treffe die beklagten Anstalten auch die gemeinsame Verbreitungslast. Aber auch die Absprache der beklagten Rundfunkanstalten mit dem ZDF sei nicht verbotswidrig. Allerdings könne ein Nachfragewettbewerb nicht verneint werden, weil den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten unbeschadet des gesetzlichen Kabelbelegungsregimes der Einkauf von Einspeisedienstleistungen nicht verboten gewesen sei. Jedoch

könne eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung zwischen den beklagten Rundfunkanstalten und dem ZDF über die Kündigung des Einspeisevertrags nicht festgestellt werden. In der Besprechung vom 22. März 2011 hätten diese zwar ihr Einvernehmen über die Beendigung des Einspeisevertrags und eine künftige Nachfrage von Einspeisedienstleistungen festgestellt, doch lasse sich daraus nicht auf den Willen schließen, wechselseitig Verpflichtungen einzugehen. Auch ein abgestimmtes Verhalten liege nicht vor. Bei der genannten Besprechung hätten die Beteiligten sich gegenseitig darüber unterrichtet, wie sie künftig vorzugehen beabsichtigten. Es könne jedoch nicht festgestellt werden, dass mit diesem Informationsaustausch bestehende wettbewerbliche Risiken beseitigt worden seien. Soweit es um Programme gehe, zu deren Einspeisung die Klägerin gesetzlich verpflichtet sei, sei die Kündigung von vornherein nicht mit einem wettbewerblichen Risiko verbunden gewesen. Soweit die Klägerin nach dem 31. Dezember 2012 die weitere Verbreitung einiger regionaler Varianten der Programme eingeschränkt und bestimmte Zusatzleistungen nicht mehr erbracht habe, sei dies für die Rundfunkanstalten ohne maßgebliches Gewicht, was sich daraus ergebe, dass sie diese Leistungen weder nachgefragt noch mit der Klägerin hierüber in Verhandlungen eingetreten seien. Zudem fehle es an einem durch den gegenseitigen Informationsaustausch verursachten Marktverhalten. Bei verständiger Würdigung der Umstände seien die im Juni 2012 ausgesprochenen Kündigungen das Ergebnis einer jeweils autonomen Entscheidung der Rundfunkanstalten. Nachdem das Bundeskartellamt die Rundfunkanstalten Anfang 2012 auf kartellrechtliche Bedenken hingewiesen habe, sei anzunehmen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten diesen die gebührende Beachtung geschenkt und fortan die Frage, ob eine Kündigung erfolgen und die Nachfrage nach weiteren Einspeiseleistungen erfolgen solle, autonom geprüft und entschieden hätten. Ohne Aussagekraft sei in diesem Zusammenhang der Umstand, dass die Rundfunkanstalten ihren im März

2011 geäußerten Standpunkt beibehalten und den Einspeisevertrag im Juni 2012 so wie seinerzeit in Aussicht gestellt gekündigt hätten, denn diese Kündigung sei die einzig in Betracht kommende Handlungsalternative gewesen. Bei Beachtung des Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebots nach § 19 Satz 2 RStV wäre es ein eklatanter Rechtsverstoß gewesen, wenn die Rundfunkanstalten von einer Kündigung des Einspeisevertrags abgesehen und bei der Klägerin weiterhin die Einspeisung ihrer Programmsignale eingekauft hätten. Dem weiteren Vorbringen der Klägerin hierzu sei nicht nachzugehen, auch bleibe ihr Begehren nach einer gerichtlichen Anordnung, durch die die Beklagten zur Vorlage näher bezeichneter Urkunden verpflichtet würden, erfolglos.

15 Mit den Hilfsanträgen könne die Klägerin gleichfalls nicht durchdringen. Die Rundfunkanstalten seien weder zum Abschluss des von der Klägerin angebotenen Vertrags noch überhaupt zum Abschluss eines entgeltlichen Einspeisevertrags verpflichtet. Nachdem die Kündigungen wirksam seien, bestehe auch keine Schadensersatzpflicht der Beklagten. Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz oder Bereicherungsausgleich bestehe nicht, weil die Klägerin bei der Einspeisung der Gemeinschaftsprogramme ausschließlich in Erfüllung ihrer rundfunkrechtlichen Pflichten und im eigenen wirtschaftlichen Interesse handle.

16 B. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nur zum Teil stand. Die Revision der Klägerin bleibt hinsichtlich der Beklagten zu 2 erfolglos. Hinsichtlich der Beklagten zu 1 und 3 bis 10 führt die Revision dagegen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

17 I. Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, dass das Berufungsgericht die gegen die Beklagte zu 2 gerichtete Klage abgewiesen hat. Die Klage ist insoweit allerdings bereits unzulässig, weil die Beklagte zu 2 nicht parteifähig ist.

18 1. Die Parteifähigkeit, also die Fähigkeit, in einem Rechtsstreit klagen oder verklagt werden zu können, zählt zu den Prozessvoraussetzungen, deren Mangel das Gericht gemäß § 56 Abs. 1 ZPO grundsätzlich in jeder Verfahrenslage, auch noch im Revisionsrechtszug, von Amts wegen zu berücksichtigen hat. Fehlt die Parteifähigkeit zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, ist die Klage wegen Fehlens einer Sachurteilsvoraussetzung als unzulässig abzuweisen.

19 2. So verhält es sich hier. Bei der Beklagten zu 2 handelt es sich, jedenfalls soweit sie den Rundfunkanstalten zugewiesene öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllt, nicht um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sondern um eine öffentlich-rechtliche Gemeinschaftsform ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Gegenstand des Rechtsstreits ist die Frage, ob die Beklagten für die Einspeisung und Verbreitung der Gemeinschaftsprogramme an die Klägerin eine Vergütung zu leisten haben. Die Herstellung und Verbreitung der Gemeinschaftsprogramme ist den in der Beklagten zu 2 zusammengeschlossenen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gemäß §§ 11, 11b Abs. 1 RStV als öffentlich-rechtliche Aufgabe zugewiesen (BGH, Urteil vom 30. April 2015 - I ZR 13/14, BGHZ 205, 195 Rn. 18 ff. mwN - Tagesschau-App; BVerwG, NVwZ 2015, 991 Rn. 15; s. auch BVerfG, NVwZ 2014, 867 Rn. 44). Die Beklagte zu 2 handelt mithin insoweit als öffentlich-rechtliche Gemeinschaftsform ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Sie ist nicht rechtsfähig und damit auch nicht parteifähig.

20 II. Soweit die Berufung der Klägerin hinsichtlich des gegen die Beklagten zu 1 und 3 bis 10 gerichteten Klagebegehrens erfolglos geblieben ist, hält das Berufungsurteil 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 hinsichtlich der Gemeinschaftsprogramme 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. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen jedoch nicht seine Beurteilung, § 1 GWB stehe der Wirksamkeit der Kündigung nicht entgegen.

21 1. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die beklagten Rundfunkanstalten grundsätzlich berechtigt waren, das Vertragsverhältnis mit der Klägerin zu kündigen. Eine gesetzliche Verpflichtung der Beklagten zur Fortsetzung des Vertrages zu unveränderten Bedingungen bestand nicht.

22 a) 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; 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.

23 Die Klägerin stützt die von ihr geltend gemachte Unwirksamkeit der Kündigung in erster Linie darauf, dass die Beklagten die Pflicht zur Zahlung eines Entgelts für die Übertragung der Gemeinschaftsprogramme generell in Abrede stellen. Ihrem Vorbringen ist jedoch hinreichend deutlich zu entnehmen, dass sie der Auffassung ist, die Beklagten müssten den Einspeisevertrag zu den bisherigen Bedingungen fortführen. Nicht entscheidend für die rechtliche Beurteilung des Hauptantrags ist danach die Frage, ob die Klägerin zur unentgeltlichen Übertragung der Gemeinschaftsprogramme verpflichtet ist. Maßgeblich ist viel-

mehr, ob die Beklagten die Pflicht trifft, mit der Klägerin einen Vertrag zu schließen, nach welchem sie ihr weiterhin ein Entgelt für die Übertragung der Programmsignale in der bisherigen Höhe und zu den bisherigen Konditionen zu zahlen haben. Dies hat das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend verneint.

24 b) Wie der Senat bereits entschieden und näher begründet hat, lässt sich eine solche Kontrahierungspflicht den Regelungen des Rundfunkrechts nicht entnehmen (BGH, Urteil vom 16. Juni 2015 - KZR 83/13, BGHZ 205, 355 Rn. 18 ff. - Einspeiseentgelt).

25 aa) 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 zur Verfügung stehen. Hierzu rechnen auch die Gemeinschaftsprogramme der beklagten Rundfunkanstalten. § 52b RStV verpflichtet die Klägerin, diese Programme einzuspeisen und zu übertragen (s. auch BVerwG, NVwZ 2015, 991 Rn. 13). Den Regelungen in §§ 52b, 52d Satz 1 RStV lässt sich keine Aussage darüber entnehmen, ob der Betreiber einer Plattform, der seiner gesetzlichen Pflicht zur Verbreitung dieser Programme nachkommt, hierfür ein Entgelt verlangen kann, erst recht nicht über dessen Höhe. Zu einer Regelung dieser Frage hat sich der Gesetzgeber in Kenntnis der unterschiedlichen Auffassungen, die hierzu spätestens seit 2008 vertreten wurden, auch bei den zeitlich nachfolgenden Änderungen des Rundfunkstaatsvertrags, insbesondere bei der letzten Veränderung von § 52b RStV durch Art. 3 Nr. 8 des 15. Rundfunkände-

rungsstaatsvertrags vom 15. Dezember 2010, die zum 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist, nicht veranlasst gesehen.

26 bb) Ein anderes Verständnis dieser rundfunkrechtlichen Normen ist, wie der Senat bereits ausgeführt hat (BGHZ 205, 355 Rn. 24 ff. - Einspeiseentgelt), weder durch das Unionsrecht noch verfassungsrechtlich geboten. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Klägerin unzumutbar belastet würde, wenn sie die gesetzliche Pflicht zur Übertragung der Gemeinschaftsprogramme der Beklagten erfüllen müsste, ohne dafür von diesen das bisher gezahlte Entgelt verlangen zu können.

27 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 ihres Angebots ist maßgeblich, welche Fernseh- und Hörfunkprogramme sie dem Endkunden über den Kabelanschluss zur Verfügung stellt. Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass ein Kabelnetzbetreiber auf den Netzebenen 3 und 4 ohne die Durchleitung von Programmsignalen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht wettbewerbsfähig ist. 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, davon beeinflusst wird, ob sie die Programme der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten empfangen kön-

nen. Diese stellen der Klägerin die Programmsignale unentgeltlich zur Verfügung. Bei wirtschaftlicher Betrachtung stehen also der Leistung der Klägerin, die in der Verbreitung der Programmsignale an die an das Kabelnetz angeschlossenen Zuschauerhaushalte besteht, Leistungen der Beklagten gegenüber, die der Klägerin diese Programmsignale kostenlos überlassen und ihr damit die Möglichkeit zu deren kommerzieller Verwertung eröffnen. Angesichts dessen ist nichts dafür ersichtlich, dass der Klägerin die Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflicht zur Übertragung der Gemeinschaftsprogramme nur dann zuzumuten sein sollte, wenn ein Einspeisevertrag geschlossen wird, der vorsieht, dass ihr weiterhin das bislang vereinbarte Entgelt gezahlt wird. Die Revision zeigt insoweit keine Gesichtspunkte auf, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten.

28 c) Eine Pflicht der Beklagten zum Wiederabschluss des bisherigen Einspeisevertrags mit der Klägerin ergibt sich auch nicht aus kartellrechtlichen Bestimmungen.

29 aa) Die Beklagten zu 1 und 3 bis 10 sind als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts anzusehen (BGHZ 205, 355 Rn. 35 ff. - Einspeiseentgelt).

30 bb) Der Anwendung der Bestimmungen des Kartellrechts steht 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.

31 Eine Überprüfung dieses Verhaltens nach den Regeln des Kartellrechts scheidet aus, wenn den Beklagten die Fortführung des Einspeisevertrags oder der Abschluss eines neuen, gleichartigen Vertrags rechtlich untersagt wäre. Dies kann jedoch - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht angenommen werden.

32 Im Rahmen seiner Ausführungen dazu, ob das Verhalten der Beklagten gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen verstößt, hat das Berufungsgericht zwar zunächst ausgeführt, den beklagten Rundfunkanstalten sei unbeschadet des gesetzlichen Kabelbelegungsregimes der Einkauf von Einspeisedienstleistungen nicht verboten gewesen. Dagegen heißt es in den Entscheidungsgründen etwas später, im Hinblick auf das in § 19 Satz 2 RStV normierte Gebot zur Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit wäre es ein "eklatanter Rechtsverstoß" gewesen, wenn die beklagten Rundfunkanstalten und das ZDF von einer Kündigung des Einspeisevertrags abgesehen hätten und bei der Klägerin weiterhin die Einspeisung ihrer Programmsignale einkauften.

33 Letzteres trifft nicht zu. Nach § 19 RStV können die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihrem gesetzlichen Auftrag durch die Nutzung geeigneter Übertragungswege nachkommen. Ihre verfassungsrechtlich gewährleistete Autonomie erstreckt sich auch auf die Wahl der Verbreitungswege und -modalitäten für die von ihnen erstellten Programme (BVerfGE 87, 181, 203; BVerfGE 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 Verbreitungswege 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 (BGHZ 205, 355 Rn. 40 - Einspeiseentgelt).

34 cc) Die Revision rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht eine marktbeherrschende Stellung der Beklagten verneint hat.

35 (1) Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht als sachlich relevanten Markt denjenigen für die Nachfrage nach der Übertragung von Programmsignalen über Breitbandkabel angesehen. Die Übertragung von Programmsignalen via Satellit oder über terrestrische Sendeanlagen hat außer Betracht zu bleiben, weil die Klägerin sie nicht anbietet. Räumlich ist der Markt zumindest bundesweit abzugrenzen.

36 (2) Anders als das Berufungsgericht meint haben die Beklagten auf diesem Markt jedoch eine beherrschende Stellung. Diese 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 die Gemeinschaftsprogramme der Beklagten - freizuhalten. Durch diese gesetzliche Regelung ist die Klägerin daran gehindert, die für die Beklagten und die weiteren öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten reservierten Kapazitäten an andere Programmanbieter zu vergeben. Die Beklagten müssen 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 die Beklagten insoweit auch keinem Wettbewerb der anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ausgesetzt sind, weil die nach § 52b RStV vorzuhaltenden Kapazitäten ausreichen, um sämtliche gebührenfinanzierten Programme zu übertragen (BGHZ 205, 355 Rn. 46 - Einspeiseentgelt).

37 dd) Die Weigerung der Beklagten, mit der Klägerin einen Vertrag zu gegenüber dem bisherigen Einspeisevertrag unveränderten Konditionen abzuschließen, stellt jedoch keinen Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 19 GWB dar.

38 (1) 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. Die Beklagten behandeln die Klägerin nicht anders als andere Kabelnetzbetreiber. Sie zahlen auch anderen Betreibern solcher Netze kein Entgelt für die Übertragung von Programmsignalen.

39 (2) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, ein missbräuchliches Verhalten der Beklagten im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB ergebe sich daraus, dass sie der Klägerin die Zahlung eines Entgelts für die Übertragungsleistung verweigere, während private Fernsehsender weiterhin ein Entgelt zahlten.

40 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 lassen sich ihrem Vortrag keine näheren Angaben dazu entnehmen, wofür und in welcher Höhe ein Entgelt gezahlt wird. Damit fehlt es an einer hinreichenden Grundlage für einen Vergleich mit den Verhältnissen zwischen der Klägerin und den Beklagten, der die Schlussfolgerung tragen könnte, die Beklagten müssten weiterhin das bisherige Entgelt entrichten.

41 (3) Die Weigerung der Beklagten, den Einspeisevertrag zu den bisherigen Konditionen fortzusetzen, ist auch nicht mit Blick darauf als missbräuchlich anzusehen, dass sie sich in der Vergangenheit mit diesen Konditionen einverstanden erklärt haben. Zwar ist es nach dem zeitlichen Vergleichsmarktkonzept nicht ausgeschlossen, zur Feststellung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auch Preise heranzuziehen, die sich früher auf demselben Markt bei wirksamem Wettbewerb gebildet haben. Dabei ist jedoch darauf Bedacht zu nehmen, dass das Marktgeschehen naturgemäß dynamisch verläuft, und grundsätzlich auch ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht daran gehindert werden darf, sich um die Durchsetzung anderer, günstigerer Konditionen zu bemühen. Eine Änderung der Konditionen kann daher grundsätzlich nur bei Vorliegen weiterer Umstände auf ein missbräuchliches Verhalten hinweisen. Aus dem Vorbringen der Klägerin ergibt sich nicht, dass jede ihr nachteilige Abweichung von den bisherigen Konditionen als Verhalten anzusehen wäre, das gegen § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB verstieße.

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

43 a) Nach § 1 GWB sind aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten.

44 aa) Bei der abgestimmten Verhaltensweise handelt es sich um eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar nicht bis zum Abschluss eines Vertrags gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt und damit dem Grundgedanken des Wettbewerbsrechts zuwiderläuft, wonach jeder Unternehmer selbständig über sein Marktverhalten zu bestimmen hat.

Unzulässig ist danach jede unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme zwischen Unternehmen, die bezweckt oder bewirkt, das Marktverhalten eines Wettbewerbers zu beeinflussen oder einen Wettbewerber über das Marktverhalten zu informieren, zu dem man sich entschlossen hat oder das man in Erwägung zieht. Typisches Mittel einer verbotenen Verhaltensabstimmung ist der Austausch von Informationen über wettbewerbsrelevante Parameter mit dem Ziel, die Ungewissheit über das zukünftige Marktverhalten des Konkurrenten auszuräumen (OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 3889, 3892 - Silostellgebühren I). Erforderlich ist zudem, dass die Abstimmung ursächlich für ein entsprechendes Marktverhalten ist, doch gilt insoweit die Vermutung, dass die an der Abstimmung beteiligten Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigen (s. zu Art. 101 Abs. 1 AEUV EuGH, Slg. 1999 I-4125 Rn. 115 ff. - Kommission/Anic Partecipazione; Slg. 1999 I-4287 Rn. 158 ff. - Hüls/Kommission; Slg. 1999 I-4539 Rn. 125 ff. - Montecatini/Kommission; Slg. 2009 I-4529 Rn. 51 - T-Mobile Netherlands/NMa).

- 45 bb) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die beklagten Rundfunkanstalten in einer Besprechung mit dem ZDF am 22. März 2011 Einverständnis darüber festgestellt, fortan keinem Kabelnetzbetreiber mehr Entgelt für die Einspeisung von Programmsignalen zu zahlen und zur Umsetzung dieses Vorhabens die mit der Klägerin und den später in der Unitymedia GmbH zusammengeführten Betreibern der Kabelnetze in Nordrhein-Westfalen, Hessen und Baden-Württemberg geschlossenen Einspeiseverträge zum Ablauf des Jahres 2012 zu kündigen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist darin eine abgestimmte Verhaltensweise zu sehen, die dem Verbot des § 1 GWB unterfällt.

46 Bei dieser Besprechung haben die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sich wechselseitig über ihren Entschluss in Kenntnis gesetzt, künftig keinem Kabelnetzbetreiber mehr Entgelt für die Einspeisung von Programmsignalen zu zahlen. Hierdurch haben sie die Unsicherheit darüber ausgeräumt, ob es künftig eine der beteiligten Rundfunkanstalten unternehmen werde, sich dadurch, dass sie mit einem Kabelnetzbetreiber die Zahlung eines Entgelts über das Jahr 2012 hinaus vereinbart, einen Vorteil im Wettbewerb zu verschaffen. Trotz der gesetzlichen Regelung bestimmter Pflichten der Kabelnetzbetreiber in § 52b RStV bestehen insoweit, wie sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt, gewisse Spielräume, beispielsweise hinsichtlich des Umfangs der Verbreitung der regionalen Varianten Dritter Programme und hinsichtlich der technischen Qualität, etwa der Bandbreite für die digitale Übertragung. Der Umstand, dass nach Ablauf des Jahres 2012 keine der beteiligten Rundfunkanstalten den Versuch unternommen hat, die Klägerin durch das Versprechen eines Einspeiseentgelts davon abzuhalten, entsprechende Einschränkungen ihrer Leistungen vorzunehmen, rechtfertigt nicht den Schluss, diese seien wettbewerblich nicht relevant. Ursache hierfür kann vielmehr auch die Fortwirkung der Verhaltensabstimmung sein.

47 Der Informationsaustausch erfolgte unter Wettbewerbern. Zwar ist die Veranstaltung der Gemeinschaftsprogramme den in der Beklagten zu 2 zusammengeschlossenen Beklagten zu 1 und 3 bis 10 durch § 11b Abs. 1 RStV als gemeinsame Aufgabe zugewiesen. Anders als die Revision meint obliegt den beteiligten Rundfunkanstalten danach nicht nur die Entscheidung über die Programmgestaltung als Gemeinschaftsaufgabe, sie haben vielmehr in dem durch das Programmkonzept Digitale Fernsehprogramme der ARD (Anlage zu § 11b Abs. 1 Nr. 2 RStV, dort Abschnitt V) gezogenen Rahmen auch über die Modalitäten der Verbreitung der Gemeinschaftsprogramme und damit zugleich über die hierdurch entstehenden Kosten gemeinsam zu entscheiden. Eine ge-

meinsame Entscheidung über die Verbreitung der Gemeinschaftsprogramme ist zudem mit Rücksicht darauf geboten, dass sich mit der Ausstrahlung rundfunkrechtlich jede Landesrundfunkanstalt das Programm zu Eigen macht und im Außenverhältnis als verantwortlicher Veranstalter gilt (Binder in Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Auflage, § 11b RStV Rn. 63). Hinsichtlich der von ihnen veranstalteten Gemeinschaftsprogramme und deren Verbreitung stehen die beklagten Rundfunkanstalten mithin untereinander nicht in Wettbewerb. An der Besprechung vom 22. März 2011 hat jedoch auch das ZDF teilgenommen. Soweit es nicht um die von den Beklagten gemäß § 11b Abs. 4 RStV mit dem ZDF veranstalteten Gemeinschaftsprogramme geht, stehen die Beklagten mit dem ZDF, nicht anders als mit den privaten Programmveranstaltern, in Wettbewerb nicht nur um Zuschauer, sondern auch um Werbekunden.

48 cc) Die Annahme des Berufungsgerichts, der Informationsaustausch unter den Beklagten und dem ZDF sei für das spätere Marktverhalten nicht kausal geworden, ist nicht frei von Rechtsfehlern.

49 (1) Das Berufungsgericht hat hierzu darauf verwiesen, dass das Bundeskartellamt gegen die beklagten Rundfunkanstalten und das ZDF Ermittlungen wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen § 1 GWB aufgenommen und den Vertretern dieser Sender seine Bedenken in einer Besprechung vom 16. April 2012 verdeutlicht habe. Es entspreche vernünftigem Verhalten und sei mangels entgegenstehender Anhaltspunkte anzunehmen, dass die Vertreter der Beklagten und des ZDF sich im Hinblick auf ein sonst drohendes Einschreiten der Kartellbehörde entschlossen hätten, zukünftig jeweils autonom über die Nachfrage nach Einspeisedienstleistungen zu entscheiden. Der Tatsache, dass die Rundfunkanstalten bald darauf, im Juni 2012 mit inhaltlich gleichlautenden und einheitlich gestalteten Schreiben den Einspeisevertrag gekündigt hätten, sei insoweit ohne Aussagekraft.

50 (2) Der Tatrichter ist grundsätzlich darin frei, welche Beweiskraft er den Indizien im Einzelnen und in einer Gesamtschau für seine Überzeugungsbildung beimisst. Revisionsrechtlich ist seine Würdigung jedoch darauf zu überprüfen, ob er die rechtlich relevanten Umstände vollständig berücksichtigt und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen hat. Diesen Anforderungen hält die Beurteilung des Berufungsgerichts nicht stand.

51 Die Abstimmung des Verhaltens unter Wettbewerbern durch den Austausch von Informationen über ihr künftiges Marktverhalten hat nach der Lebenserfahrung auch ohne weiteres Zutun nachteiligen Einfluss auf den Wettbewerb. Dies begründet die Vermutung, dass die an der Abstimmung beteiligten Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigen (EuGH, Slg. 1999 I-4125 Rn. 121 - Kommission/Anic Partecipazioni; Slg. 2009 - I-4529 Rn. 51 ff. - T-Mobile Netherlands/NMa). Ein in der Folge von der Abstimmung unabhängiges Marktverhalten aufgrund einer selbständig getroffenen unternehmerischen Entscheidung kann daher nur dann angenommen werden, wenn greifbare Anhaltspunkte dafür feststellbar sind. An deren Nachweis dürfen keine zu geringen Anforderungen gestellt werden.

52 Solche Anhaltspunkte hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Vielmehr haben die beklagten Rundfunkanstalten und das ZDF im Juni 2012 und damit kurz nach der Besprechung vom 16. April 2012 zeitgleich und mit im Wesentlichen gleichlautenden Schreiben die Kündigung des Einspeisevertrags mit der Klägerin erklärt. Sie haben sich damit so verhalten, wie es ihrer Abstimmung vom März 2011 entsprach. Das Berufungsgericht hat den von der Klägerin angebotenen Beweis über ihre Behauptung, die Intendanten der Beklagten zu 3 und zu 6 hätten in separat geführten Gesprächen über die Zahlung von Einspeiseentgelt auf eine abgestimmte Haltung der beklagten Rundfunkanstal-

ten unter Koordination der Beklagten zu 5 verwiesen, nicht erhoben. Für die Revisionsinstanz ist deshalb zu unterstellen, dass dieser Vortrag zutrifft. Unter diesen Umständen bedurfte es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keiner weiteren Darlegung der Klägerin, dass das Verhalten der Beklagten nicht auf jeweils selbständig getroffenen Entscheidungen beruhte. Vielmehr war es Sache der Beklagten, etwa durch Vorlage von Entscheidungsvorlagen, Protokollen oder Beschlüssen der zuständigen Gremien Anhaltspunkte dafür darzutun, dass sie sich jeweils selbständig entschlossen haben, den Vertrag mit der Klägerin zu kündigen und künftig kein Einspeiseentgelt mehr zu zahlen.

53 3. Die Sache ist danach an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Den Parteien wird insbesondere Gelegenheit zu geben sein, zu der Frage der Ursächlichkeit der abgestimmten Verhaltensweise für das spätere Marktverhalten der Beklagten weiter vorzutragen.

54 C. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

55 I. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Kündigungen unwirksam wären, wenn die Beklagten sich hierzu nicht selbständig entschlossen, sondern in Vollziehung einer kartellrechtswidrigen Abstimmung ihres Verhaltens gehandelt hätten (BGHZ 205, 355 Rn. 59 ff. - Einspeiseentgelt).

56 II. Die Beklagten sind nicht daran gehindert, hinsichtlich der Frage, ob sie bereit sind, für die Einspeisung der von ihnen veranstalteten Gemeinschaftsprogramme an die Klägerin weiterhin ein Entgelt zu zahlen, eine gemeinsame Entscheidung zu treffen. Kartellrechtlich unzulässig ist dagegen die Abstimmung mit Rundfunkanstalten, die nicht an der Erstellung und Verbreitung dieser Gemeinschaftsprogramme beteiligt sind.

57

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

58 Die Einspeisung und Übertragung ihres Programmsignals verschafft den Beklagten erhebliche Vorteile. Die Beklagten können ihrem Grundversorgungsauftrag nur dann umfassend nachkommen, 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 der Beklagten aus rechtlichen, tatsächlichen oder wirtschaftlichen Gründen nicht ohne weiteres auf andere Weise empfangen kann. Für die digitalen Gemeinschaftsprogramme ergibt sich dies ferner aus Abschnitt V des Programmkonzepts Digitale Fernsehprogramme der ARD (Anlage zu § 11b Abs. 1 Nr. 2 RStV). Die Zahl der Zuschauer, die das Programmsignal der Beklagten empfangen können, ist zudem für die wirtschaftlichen Aktivitäten der Beklagten, insbesondere den Wert der verkauften Werbezeit, unabhängig davon, ob diese von den Beklagten selbst oder von Tochtergesellschaften vergeben werden, von erheblicher Bedeutung. Die Beklagten können der Forderung der Klägerin nach einer Vergütung der Übertragung daher nicht erfolgreich mit dem Hinweis begegnen, sie hätten an der Einspeisung und Übertragung des Programmsignals durch die Klägerin kein eigenes Interesse.

59 Erbringt die Klägerin danach für die Beklagten wirtschaftlich werthaltige Leistungen, haben die Beklagten diese grundsätzlich zu vergüten. Als marktbeherrschendes Unternehmen ist es ihnen 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 die Beklagten eine wirtschaft-

lich wertvolle Leistung bereitstellen, indem sie der Klägerin das Programmsignal kostenlos überlassen und ihr damit die Möglichkeit zu dessen kommerzieller Verwertung eröffnen. Die Auffassung der Klägerin, mit der von ihr für die Einräumung des Kabelweitersenderechts zu zahlenden Vergütung seien sämtliche in Betracht kommenden Ansprüche der Beklagten abgegolten, trifft nicht zu. Wenn die Klägerin geltend macht, sie könne für die Einspeisung und den Transport der Programmsignale - und damit für Handlungen, durch die sie das ihr eingeräumte Recht zur Kabelweiterleitung ausübt - von den Beklagten eine Vergütung verlangen, kann es diesen grundsätzlich nicht verwehrt sein, gegenüber einer solchen Forderung auf den wirtschaftlichen Wert zu verweisen, den die Überlassung dieser Programmsignale für die Klägerin darstellt. Für die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Klägerin von den Beklagten für die Einspeisung und Übertragung des Programmsignals 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.

Limperg

Meier-Beck

Strohn

Bacher

Deichfuß

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 14.03.2013 - 31 O (Kart) 466/12 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 21.05.2014 - VI-U (Kart) 16/13 -