



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

I ZR 108/17

Verkündet am:  
8. November 2018  
Führinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Deutschland-Kombi

UWG § 3a; RStV § 16a Abs. 1 Satz 3

Die Bestimmung des § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV ist eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG.

BGH, Urteil vom 8. November 2018 - I ZR 108/17 - OLG Hamburg

LG Hamburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richter Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Löffler sowie die Richterinnen Dr. Schwonke und Dr. Schmaltz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg - 3. Zivilsenat - vom 1. Juni 2017 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien sind Wettbewerber bei der Vermittlung von Hörfunkwerbezeiten an vorrangig im Inland tätige Werbekunden. Vergleichbare, ganz Deutschland abdeckende Angebote für Hörfunkwerbezeiten gibt es von anderen Anbietern nicht.
- 2 Die Klägerin vermarktet ausschließlich Werbezeiten privater Rundfunksender. Dabei ist sie als Kommissionsagentin im eigenen Namen, aber auf Rechnung der Sender tätig. Neben der Akquise übernimmt sie auch die Abwicklung der Aufträge.

3 Die Beklagte ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der ARD-Werbung S. GmbH, deren Gesellschafter die Werbetochtergesellschaften der neun ARD-Landesrundfunkanstalten sind. Sie vermarktet hauptsächlich die Hörfunkwerbezeiten öffentlich-rechtlicher Sender, daneben jedoch auch Werbung in privaten Hörfunksendern. Die Beklagte wird ebenfalls regelmäßig im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung tätig.

4 Beide Parteien bieten Werbezeiten der jeweiligen Sender einzeln an (Einzelbelegung). Daneben fassen sie die Werbezeiten mehrerer Sender aber auch zu länderübergreifenden oder nationalen Kombinationen zusammen. Für derartige Kombinationen wird ein Kombirabatt auf die Summe der Preise der Einzelbelegungen gewährt.

5 Bis einschließlich 2008 bot die Beklagte eine national flächendeckende Kombination unter dem Namen A. -Kombi No. 2 an. Im Jahr 2009 konnte sie 15 Sender für ihr Angebot hinzugewinnen und änderte den Namen der nunmehr 53 Radioprogramme erfassenden Kombination in "A. Radio Deutschland-Kombi" (nachfolgend "Deutschland-Kombi").

6 Der Preis für Radiowerbung bestimmt sich nach der Anzahl der erreichten Hörer und variiert nach Sender und Uhrzeit. Berechnungsgröße für das Preis-Leistungs-Verhältnis von Werbezeiten ist der sogenannte Tausend-Kontakt-Preis (TKP), der die Kosten bezeichnet, um 1.000 Hörer zu erreichen. Im Regelfall wird der auf eine bestimmte Zielgruppe bezogene TKP ermittelt, beispielsweise derjenige für 14 bis 49-jährige Hörer.

7 Die Klägerin hat geltend gemacht, die Beklagte vermarkte die "Deutschland-Kombi" seit 2009 zu Preisen unterhalb der Marktpreise. Die "TKP Gesamt" und "TKP 50+" der Beklagten berücksichtigten nicht die bedeutende Reichweitensteigerung der "Deutschland-Kombi" im Alterssegment 50+ infolge der Auf-

nahme weiterer Sender ab 2009. Die Klägerin hat Unterlassungsklage erhoben, für die sie sich auf § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV in Verbindung mit §§ 3, 4 Nr. 11, § 8 Abs. 1, 3 Nr. 1 UWG aF bzw. § 3 Abs. 1, §§ 3a, 8 Abs. 1, 3 Nr. 1 UWG stützt.

8 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (LG Hamburg, MMR 2013, 719).

9 In der Berufungsinstanz hat die Klägerin beantragt, der Beklagten zu verbieten,

Hörfunkwerbezeiten in der Hörfunkwerbezeitenkombination "A. Radio Deutschland-Kombi" zu einem Preis unterhalb des marktgerechten Preises anzubieten oder zu verkaufen oder anbieten oder verkaufen zu lassen, wenn dies erfolgt, wie in den Jahren 2012 bis 2017 durch die nachfolgenden Preise geschehen:

- im Jahr 2012 durch einen Preis absolut von € 21.525,00, einen Tausend-Kontakt-Preis (TKP) Gesamt von € 1,84 und einen TKP 50+ von € 3,76;
- im Jahr 2013 durch einen Preis absolut von € 18.825,00, einen Tausend-Kontakt-Preis (TKP) Gesamt von € 1,80 und einen TKP 50+ von € 3,41;
- im Jahr 2014 durch einen Preis absolut von € 19.590,00, einen Tausend-Kontakt-Preis (TKP) Gesamt von € 1,85 und einen TKP 50+ von € 3,42;
- im Jahr 2015 durch einen Preis absolut von € 20.490,00, einen Tausend-Kontakt-Preis (TKP) Gesamt von € 1,93 und einen TKP 50+ von € 3,56;
- im Jahr 2016 durch einen Preis absolut von € 19.980,00, einen Tausend-Kontakt-Preis (TKP) Gesamt von € 1,96 und einen TKP 50+ von € 3,56;
- im Jahr 2017 durch einen Preis absolut von € 21.570,00, einen Tausend-Kontakt-Preis (TKP) Gesamt von € 2,22 und einen TKP 50+ von € 4,18.

10 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage in der Fassung des zuletzt gestellten Antrags als unzulässig abgewiesen wird (OLG Hamburg, WRP 2017, 1254). Im Übrigen sei die Klage auch unbegründet.

11 Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin,  
deren Zurückweisung die Beklagte beantragt.

Entscheidungsgründe:

12 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klage sei unzulässig, weil  
der Klageantrag nicht hinreichend bestimmt sei. Dazu hat es ausgeführt:

13 Der Klageantrag richte sich auf ein Verbot der Unterschreitung des  
marktgerechten Preises. Da die Klägerin den marktgerechten Preis jedoch in  
keiner Weise definiere, fehle es an einer hinreichenden Beschreibung der  
Grenze des Verbots. Die Nennung der Preise für die Jahre 2012 bis 2016 führe  
nicht zu einer hinreichenden Konkretisierung. Die Parteien stritten darüber, ob  
und wie sich ein bestimmter marktüblicher Preis bestimmen lasse. Auch die  
Feststellung, dass die im Antrag genannten früheren Preise nicht marktgerecht  
gewesen seien, würde dem Vollstreckungsorgan nicht die Beurteilung ermögli-  
chen, ob ein künftig für die "Deutschland-Kombi" verlangter Preis marktgerecht  
sei. Das Begehrte lasse sich nicht durch Auslegung des Antrags unter Heran-  
ziehung des Vortrags der Klägerin eindeutig ermitteln. Bei ihrer Argumentation,  
der von der Beklagten verlangte Preis liege unterhalb des marktgerechten Prei-  
ses, nenne und bewerte die Klägerin eine Vielzahl durch Zeitablauf veränderli-  
cher Umstände. Dabei mache sie weder hinreichend deutlich, ob diese nur in  
der Gesamtschau oder auch je für sich genommen für eine Verletzungshand-  
lung genügten, noch lasse sich ihrem Vortrag entnehmen, wo aus Sicht der  
Klägerin jeweils die Grenze zwischen einem noch marktgerechten und einem  
nicht mehr marktgerechten Verhalten liege. Eine hinreichende Bestimmtheit des  
Antrags ergebe sich auch nicht aus dem Vortrag der Klägerin, die Beklagte  
preise die Hörer des Alterssegments 50+ nicht bzw. nicht hinreichend in die

"Deutschland-Kombi" ein. Die Frage, welchen Vermarktungswert diese Zielgruppe habe und wie dieser Wert bei einer nationalen Hörfunkwerbezeitenkombination marktüblich zu berücksichtigen sei, könne auf Basis des Klägervortrags bereits für die im Antrag aufgeführten Jahre nicht beantwortet werden, erst recht aber nicht für die Zukunft. Die Antwort auf diese Frage hänge von veränderlichen Marktumständen ab, insbesondere der Einschätzung und Nachfrage durch die Werbekunden, zu der die Klägerin keine konkreten Angaben mache, sowie weitergehend auch von der Bewertung dieser Umstände.

14           II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hat Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Anforderungen an die Bestimmtheit des Unterlassungsantrags der Klägerin überspannt. Die Klage ist zulässig.

15           1. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Unterlassungsantrag - und nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende Verurteilung - nicht derart undeutlich gefasst sein, dass der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, letztlich dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 2017 - I ZR 184/16, GRUR 2018, 203 Rn. 10 = WRP 2018, 190 - Betriebspsychologe; Urteil vom 22. März 2018 - I ZR 118/16, GRUR 2018, 1161 Rn. 16 = WRP 2018, 1329 - Hohlfasermembranspinnanlage II). Eine hinreichende Bestimmtheit ist für gewöhnlich gegeben, wenn eine Bezugnahme auf die konkrete Verletzungshandlung erfolgt oder die konkret angegriffene Verletzungsform antragsgegenständlich ist (vgl. nur BGH, Urteil vom 4. September 2003 - I ZR 23/01, BGHZ 156, 126, 131 [juris Rn. 19] - Farbmarkenverletzung I; Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12, GRUR 2013, 1052 Rn. 12 = WRP 2013, 1339 - Einkaufswagen III) und der Klageantrag zumindest unter Heranziehung

des Klagevortrags unzweideutig erkennen lässt, in welchen Merkmalen des angegriffenen Verhaltens die Grundlage und der Anknüpfungspunkt für den Wettbewerbsverstoß und damit das Unterlassungsgebot liegen soll (vgl. zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz BGH, Urteil vom 12. Juli 2001 - I ZR 40/99, GRUR 2002, 86, 88 [juris Rn. 54] = WRP 2001, 1294 - Laubheffer; BGH, GRUR 2013, 1052 Rn. 12 - Einkaufswagen III; GRUR 2018, 1161 Rn. 16 - Hohlfasermembranspinnanlage II).

- 16 Demgegenüber sind Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen. Abweichendes kann gelten, wenn entweder bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst entsprechend eindeutig und konkret gefasst oder der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm durch eine gefestigte Auslegung geklärt ist sowie auch dann, wenn der Kläger hinreichend deutlich macht, dass er nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert (BGH, Urteil vom 16. November 2006 - I ZR 191/03, GRUR 2007, 607 Rn. 16 = WRP 2007, 775 - Telefonwerbung für "Individualverträge"; Urteil vom 10. Februar 2011 - I ZR 164/09, GRUR 2011, 936 Rn. 16 = WRP 2011, 1153 - Double-opt-in-Verfahren). Die Bestimmtheit des Unterlassungsantrags setzt in solchen Fällen allerdings grundsätzlich voraus, dass sich das mit dem selbst nicht hinreichend klaren Antrag Begehrte im Tatsächlichen durch Auslegung und Heranziehung des Sachvortrags des Klägers eindeutig ergibt und die betreffende tatsächliche Gestaltung zwischen den Parteien nicht in Frage gestellt ist, sondern sich der Streit der Parteien ausschließlich auf die rechtliche Qualifizierung der angegriffenen Verhaltensweise beschränkt (BGH, Urteil vom 30. April 2015 - I ZR 196/13, GRUR 2015, 1235 Rn. 10 = WRP 2015, 1461 - Rückkehrpflicht V). Eine auslegungsbedürftige Antragsformulierung kann im Übrigen hinzunehmen sein, wenn eine weitergehende Konkretisierung nicht

möglich und die gewählte Antragsformulierung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes erforderlich ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2017 - I ZR 207/14, GRUR 2017, 422 Rn. 18 = WRP 2017, 426 - ARD-Buffer, mwN).

17                   2. Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht ausgegangen. Es ist indes zu Unrecht zu dem Ergebnis gekommen, die Klage sei unzulässig.

18                   a) Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass in dem Unterlassungsantrag die an den Wortlaut des § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV angelehnte Formulierung "Hörfunkwerbezeiten ... zu einem Preis unterhalb des marktgerechten Preises anzubieten oder zu verkaufen" als solche unbestimmt ist. Aus dieser Formulierung ist nicht erkennbar, nach welchen Kriterien der marktgerechte Preis zu bestimmen ist und wo die Grenze zwischen erlaubtem und verbotennem Verhalten verlaufen soll.

19                   b) Durch die Wendung "wenn dies erfolgt, wie in den Jahren 2012 bis 2017 durch die nachfolgenden Preise geschehen" hat die Klägerin ihren Unterlassungsantrag aber beispielhaft auf die konkrete Verletzungsform der von der Beklagten für bestimmte Jahre festgesetzten Preise bezogen. Dieser Antrag erfasst über die beschriebene konkrete Verletzungsform hinaus alle kerngleichen Verletzungshandlungen, in denen das Charakteristische der beanstandeten Verletzungshandlung zum Ausdruck kommt (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juni 2001 - I ZR 115/99, GRUR 2002, 177 [juris Rn. 29] = WRP 2001, 1182 - Jubiläumsschnäppchen).

20                   Unter Berücksichtigung des Vortrags der Klägerin erweist sich der Unterlassungsantrag danach als hinreichend bestimmt.

21                   aa) Die als konkrete Verletzungsform herangezogenen Preise sind als solche ausreichend bestimmt. Der Terminus "Preis absolut" bezeichnet den durchschnittlich verlangten Bruttopreis für 30 Sekunden Hörfunkwerbezeit im

Zeitraum Montag bis Freitag, 6.00 bis 18.00 Uhr. Die Abkürzung TKP wird im Antrag als Tausend-Kontakt-Preis erläutert, wobei TKP 50+ ohne weiteres als TKP für die Hörer im Alter ab 50 Jahre und TKP Gesamt als TKP für die Gesamtheit aller Rundfunkhörer (ab 14 Jahre) zu verstehen ist. Dabei handelt es sich um einen als Berechnungsgröße für das Preis-Leistungs-Verhältnis von Werbezeiten ermittelten Wert.

22           bb) Zwar lässt der Antrag in der Beschreibung der konkreten Verletzungsformen nicht aus sich heraus erkennen, worin das Charakteristische der beanstandeten Verletzungshandlung besteht, also woraus sich ergibt, dass die angegebenen Preise die marktgerechten Preise unterschreiten. Das Charakteristische des von der Klägerin geltend gemachten Wettbewerbsverstoßes ergibt sich jedoch mit hinreichender Deutlichkeit aus ihrem Vortrag. Die Klägerin hat zur Beschreibung der mit den in den Antrag aufgenommenen konkreten Verletzungsformen kerngleichen Verletzungshandlungen ausgeführt, der beanstandete Wettbewerbsverstoß sei dadurch charakterisiert, dass die Beklagte bei der Bildung des absoluten Preises für ihren Tarif "Deutschland-Kombi" Hörer der Altersgruppe 50+, also mehr als die Hälfte ihrer Hörer, nicht berücksichtige. Im Einklang damit hatte die Klägerin schon in erster Instanz deutlich gemacht, dass Kern der Auseinandersetzung die Nichtberücksichtigung der Hörer 50+ bei der Preisbemessung durch die Beklagte sei.

23           Dem Vortrag der Klägerin war damit deutlich zu entnehmen, dass nach ihrer Auffassung die Beklagte die "Deutschland-Kombi" nicht zu einem marktgerechten Preis anbietet, solange sie die Altersgruppe 50+ bei der Preisfindung nicht berücksichtigt. Darin liegt eine ausreichende Bestimmung des nicht marktgerechten Preises anhand der konkret beanstandeten Verletzungsformen der Jahre 2012 bis 2017.

24 cc) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hatte die Klägerin für die Bestimmtheit des Antrags nicht konkret anzugeben, welchen Vermarktungswert die Zielgruppe 50+ hat und in welcher Weise dieser Wert bei einer nationalen Hörfunkwerbezeitenkombination marktüblich zu berücksichtigen ist. Vielmehr führt schon der von der Klägerin vorgetragene Umstand, dass die Beklagte die Hörergruppe 50+ bei der Preisbildung überhaupt nicht berücksichtigt, zu hinreichender Bestimmtheit. Durch Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform und ihren Vortrag hat die Klägerin deutlich gemacht, dass sie nicht allgemein der Beklagten die Berechnung nicht marktgerechter Preise verbieten will, sondern lediglich mit den beanstandeten konkreten Verletzungsformen kerngleiche Preisgestaltungen. Das für die Kerngleichheit maßgebliche Charakteristische der Verletzungsform war danach die Nichtberücksichtigung der Altersgruppe 50+ bei der Preisfestsetzung.

25 dd) Anders als das Berufungsgericht meint, kommt es für die Frage, ob die Klägerin durch Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform und ihren Vortrag ihren Unterlassungsantrag ausreichend bestimmt hat, ferner nicht darauf an, ob zwischen den Parteien Einigkeit darüber besteht, ob sich im Streitfall überhaupt ein bestimmter marktüblicher Preis feststellen lässt und falls ja, auf welche Weise dies zu geschehen hat. Diese Fragen hat das Gericht, soweit erforderlich, im Rahmen der Begründetheit, nicht aber schon bei der Zulässigkeit der Klage zu prüfen. Bei der Prüfung der Bestimmtheit eines Klageantrags kommt es auf ein einheitliches Begriffsverständnis der Parteien zwar etwa für die Frage an, ob die Verwendung an sich unbestimmter gesetzlicher Tatbestandsmerkmale ausreichen kann. Darum geht es bei der Bezugnahme auf eine konkrete Verletzungsform aber nicht. Es reicht aus, wenn der Beklagte erkennen kann, was der Kläger beanstandet.

26 ee) Die Bestimmtheit des Antrags wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass sich die Klägerin für dessen Begründung auch auf die Größenordnung des von der Beklagten gewährten Kombi-Rabatts und die wirtschaftliche Situation insbesondere der kleineren und mittleren privaten Radiosender bezogen hat.

27 (1) Die Klägerin hat die Größenordnung der von der Beklagten auf die Hörfunkwerbezeitenkombination "Deutschland-Kombi" gewährten Rabatte unter zwei Aspekten beanstandet.

28 Sie hat zum einen geltend gemacht, nicht marktüblich sei, dass die Beklagte in den Jahren 2012 bis 2016 auf ihre "Deutschland-Kombi" um ein Vielfaches höhere Rabatte gewährt habe als auf ihr 13 Sender weniger umfassendes Angebot "Deutschland-Kombi Kompakt". Nach diesem Vortrag kann das begehrte Unterlassungsgebot allerdings nur genau die von der Beklagten in den Jahren 2012 bis 2016 für ihre beiden Kombi-Angebote jeweils konkret gewährten Rabatte und den sich daraus jeweils zwischen ihnen ergebenden Abstand erfassen. Aus diesem Vortrag der Klägerin ergeben sich keine für die Bestimmung künftiger kerngleicher Verletzungshandlungen brauchbaren Kriterien dafür, wo die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Rabatten verlaufen soll.

29 Soweit die Klägerin zum anderen die für die "Deutschland-Kombi" gewährten Rabatte unter Berücksichtigung der Einzelpreise für Werbung bei den dort eingeschlossenen 13 zusätzlichen Sendern als nicht marktüblich beanstandet, macht sie geltend, der von ihr ermittelte sehr große Unterschied zwischen diesen Einzelpreisen und dem bei Buchung der "Deutschland-Kombi" gewährten Kombi-Rabatt sei nur durch den Umstand zu erklären, dass die Hörer der Zusatzsender ganz überwiegend der Zielgruppe 50+ angehörten und daher von der Beklagten in der "Deutschland-Kombi" nicht gesondert berechnet

würden. Danach stellen die durch den Vergleich der Einzelpreise für die zusätzlichen Sender mit den Preisen der "Deutschland-Kombi" ermittelten Rabatte nur ein zusätzliches Indiz für die von der Klägerin beanstandete fehlende Berücksichtigung der Altersgruppe 50+ bei der Preisgestaltung dar, dem für die Bestimmung vom Unterlassungsantrag erfasster kerngleicher Verletzungsformen keine eigenständige Bedeutung zukommt.

30           (2) Soweit die Klägerin vorgetragen hat, bei den Preisen der Beklagten könnten kleinere und mittlere private Radiosender nicht wirtschaftlich betrieben werden, handelt es sich dabei um einen für die Bestimmung der Reichweite des Unterlassungsantrags ungeeigneten Umstand.

31           Schon die Feststellung, ob ein bestimmter Preis für ein Unternehmen kostendeckend ist, erfordert komplexe Berechnungen unter Verwendung vertraulicher Unternehmensdaten. Außerdem lässt die Kostendeckung keine ausreichenden Schlüsse auf die Marktüblichkeit zu. Für die Kostenstruktur eines Unternehmens kann es vielfältige Ursachen geben. Was für das eine Unternehmen noch ohne weiteres auskömmlich ist, mag für ein anderes bereits existenzbedrohend sein. Insbesondere sind strukturelle Wettbewerbsvorteile von Großunternehmen grundsätzlich marktüblich. Unter diesen Umständen lassen sich Zuwiderhandlungen gegen ein Verbot, marktübliche Preise nicht zu unterschreiten, nicht mit der für die Durchsetzung eines Unterlassungsgebots erforderlichen Sicherheit ohne weiteres am Maßstab der Kostendeckung für bestimmte Wettbewerber feststellen.

32           ff) Damit ergibt sich aus Antrag und Vortrag der Klägerin, dass sie als nicht marktgerecht Preise für die Hörfunkwerbezeitenkombination "Deutschland-Kombi" beanstandet, die wie die konkret für die Jahre 2012 bis 2017 im Antrag aufgeführten Preise die Hörergruppe 50+ nicht berücksichtigen. Die fehlende Berücksichtigung der Hörergruppe 50+ soll nach dem Antrag stets unzu-

lässig sein, ohne dass es auf die vom Berufungsgericht grundsätzlich zu Recht als veränderlich angesehenen Marktbedingungen ankommt. Mit diesem Inhalt ist der Antrag ausreichend bestimmt.

33 Genügt der Klageantrag somit dem Bestimmtheitserfordernis, kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin - wie es das Berufungsgericht angenommen hat - ihren Antrag möglicherweise noch weiter hätte konkretisieren können.

34 III. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit es über die Begründetheit der Klage befinden kann. Für das wiedereröffnete Berufungsverfahren gibt der Senat folgende Hinweise:

35 1. Die vom Berufungsgericht - hilfsweise - angestellten Überlegungen zur Begründetheit der Klage gelten als nicht geschrieben und sind vom Revisionsgericht nicht zu beachten (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 2. Dezember 2015 - IV ZR 28/15, NJW 2016, 708 Rn. 12; Urteil vom 21. November 2017 - II ZR 180/15, NJW 2018, 1259 Rn. 28). Auf die Begründetheit der Klage darf das Revisionsgericht in derartigen Fällen nur eingehen, wenn das Berufungsurteil im Übrigen einen Sachverhalt enthält, der für die rechtliche Beurteilung eine verwertbare tatsächliche Grundlage bietet, und bei Zurückverweisung ein anderes Ergebnis nicht möglich erscheint. Diese Voraussetzung ist etwa erfüllt, wenn der Klagevortrag in jeder Richtung unschlüssig ist und auch durch weiteres Parteivorbringen nicht schlüssig gemacht werden kann (BGH, NJW 2016, 708 Rn. 12 mwN).

36           2. Ein derartiger Fall liegt hier nicht vor. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts scheidet ein gegen die Beklagten gerichteter Unterlassungsanspruch nicht daran, dass es sich bei § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV nicht um eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 aF bzw. § 3a UWG handelt.

37           a) Gemäß § 3a UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, sofern der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Daran fehlt es, wenn eine Vorschrift lediglich bestimmte Unternehmen von bestimmten Märkten fernhalten oder die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs festlegen soll (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 2. Dezember 2009

- I ZR 152/07, GRUR 2010, 654 Rn. 23 = WRP 2010, 876 - Zweckbetrieb, mwN).

38           b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist § 11a Abs. 1 Satz 2 RStV, wonach der öffentlich-rechtliche Rundfunk programmbegleitend Druckwerke mit programmbezogenem Inhalt anbieten darf, eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG (BGH, GRUR 2017, 422 Rn. 32 - ARD-Buffer). Ebenso wurde § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 RStV, der die Betätigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf dem Markt der Telemedien zum Schutz der Presseverlage begrenzt, als Marktverhaltensregelung angesehen (BGH, Urteil vom 30. April 2015 - I ZR 13/14, BGHZ 205, 195 Rn. 55 bis 59 - Tagesschau-App). Ob dies auch für § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV gilt, hat der Bundesgerichtshof bislang noch nicht entschieden.

39           c) Die Vorschrift des § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV, nach der die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kommerzielle Tätigkeiten im Wettbewerb nur

unter Marktbedingungen erbringen dürfen, stellt eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG dar (Wilde/Fischer, MMR 2013, 721, 722; Ring, ZUM 2014, 82 f.; Lüdemann, ZUM 2014, 187, 192 ff.; Holznagel in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl., § 16a RStV Rn. 6 f.).

40           aa) Die Sätze 1 bis 4 des § 16a Abs. 1 RStV lauten:

- (1) Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio sind berechtigt, kommerzielle Tätigkeiten auszuüben.
- (2) Kommerzielle Tätigkeiten sind Betätigungen, bei denen Leistungen auch für Dritte im Wettbewerb angeboten werden, insbesondere Werbung und Sponsoring, Verwertungsaktivitäten, Merchandising, Produktion für Dritte und die Vermietung von Senderstandorten an Dritte.
- (3) Diese Tätigkeiten dürfen nur unter Marktbedingungen erbracht werden.
- (4) Die kommerziellen Tätigkeiten sind durch rechtlich selbständige Tochtergesellschaften zu erbringen.

41           Gemäß § 16a Abs. 1 Satz 6 RStV haben sich die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio bei den Beziehungen zu ihren kommerziell tätigen Tochterunternehmen marktkonform zu verhalten und die entsprechenden Bedingungen, wie bei einer kommerziellen Tätigkeit, auch ihnen gegenüber einzuhalten.

42           bb) Nach dem Wortlaut und Aufbau der Norm enthält § 16a Abs. 1 Satz 1 RStV eine Marktzutrittsregelung zugunsten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, kommerzielle Tätigkeiten auszuüben. § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV regelt demgegenüber das Marktverhalten dieser Sender durch die Vorgabe, kommerzielle Tätigkeiten nur unter Marktbedingungen erbringen zu dürfen. Nach dieser Regelung dürfen Rundfunkanstalten bei von ihnen im Wettbewerb angebotenen Leistungen marktübliche Preise weder unterbieten noch überschreiten.

43

cc) Die Entstehungsgeschichte und der daraus folgende Zweck der Norm sprechen ebenfalls dafür, § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV als Marktverhaltensregelung anzusehen.

44 (1) Die Vorschrift geht zurück auf die Zusagen der Bundesrepublik gegenüber der Europäischen Kommission im Beihilfeverfahren E3/2005 über die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland. Das Beihilfeprüfverfahren der Kommission war aufgrund von Beschwerden unter anderem privater Rundfunkanstalten wegen Wettbewerbsverzerrungen bei kommerziellen Tätigkeiten der Rundfunkanstalten eingeleitet worden (vgl. Einstellungsentscheidung der Kommission zur staatlichen Beihilfe E3/2005 vom 24. April 2007, K (2007) 1771 endg.). Als Voraussetzung für die Einstellung des Beihilfeprüfverfahrens verlangte die Kommission von Deutschland den Erlass von Rechtsvorschriften, die sicherstellen, dass öffentliche Rundfunkanstalten gewerbliche Einnahmen nur nach marktkonformen Grundsätzen erwirtschaften. Dazu gehöre es insbesondere, ein nicht marktkonformes Unterbieten von Preisen (privater) Dritter beim Verkauf von Werbezeit auszuschließen (Rn. 315, 318 der Einstellungsentscheidung). Die Bundesregierung hat der Kommission den Erlass entsprechender Rechtsvorschriften zugesagt, so dass das Beihilfeprüfverfahren eingestellt werden konnte (Rn. 397 f. der Einstellungsentscheidung; vgl. auch Begründung zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, Landtag von Baden-Württemberg, LT-Drucks. 14/3859, S. 2).

45 Vor diesem Hintergrund bezweckt § 16a Abs. 1 Satz 6 RStV, wonach sich die Rundfunkanstalten bei den Beziehungen zu ihren kommerziell tätigen Tochterunternehmen marktkonform zu verhalten haben, in Verbindung mit der Vorgabe, dass sich die Tochtergesellschaft selbst am Markt marktkonform verhalten muss, sicherzustellen, dass eine Wettbewerbsverzerrung durch diese

kommerzielle Tätigkeit ausgeschlossen ist (Begründung zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, S. 25 f.).

46 Damit sollte § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV jedenfalls auch eine wettbewerbsbezogene Schutzfunktion im Interesse der Wettbewerber bei kommerziellen Tätigkeiten der Rundfunkanstalten zukommen.

47 (2) In der "Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk" (ABl. 2009 C 257/1), heißt es in Randnummer 94:

So könnte eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt versucht sein, die Preise für Werbung oder andere Tätigkeiten, die nicht unter den öffentlich-rechtlichen Auftrag fallen ..., unter ein Niveau zu drücken, das vernünftigerweise als marktüblich angesehen werden kann, um so die Einnahmen von Wettbewerbern zu schmälern, sofern der daraus resultierende Einnahmeverlust durch die öffentlichen Ausgleichszahlungen kompensiert wird.

48 Nach Auffassung der Kommission haben die Mitgliedstaaten geeignete Mechanismen einzurichten, um etwaige Beschwerden wegen nicht marktkonformen Verhaltens öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten wirksam zu prüfen (Mitteilung der Kommission, Rn. 96). In Deutschland kommt dafür in erster Linie ein wettbewerbsrechtlicher Schutz der Konkurrenten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Betracht. § 3a UWG iVm § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV sind geeignet, diesen unionsrechtlich geforderten Schutz der Wettbewerber zu gewährleisten.

49 (3) Der Zusammenhang des § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV mit dem Beihilfeprüfverfahren der Kommission spricht danach für die Annahme einer Marktverhaltensregelung. Zwar ist das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV keine Marktverhaltensregelung. Grund dafür ist aber allein, dass diese Vorschrift nicht unmittelbar anwendbar ist, weil allein die Kommission im Einzelfall über die Un-

vereinbarkeit einer staatlichen Maßnahme mit Art. 107 AEUV gemäß Art. 108 Abs. 2 AEUV zu entscheiden hat. Demgegenüber hat der Senat das nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbare Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV als Marktverhaltensregelung angesehen (grundlegend BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - I ZR 136/09, BGHZ 188, 326 Rn. 50, 53 - Flughafen Frankfurt-Hahn).

50 Maßgeblich dafür war, dass Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV jedenfalls auch die Funktion hat, gleiche Voraussetzungen für die auf einem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen. Dieser Norm ist ferner eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion eigen, weil sie die im Binnenmarkt tätigen Unternehmen gerade vor Wettbewerbsverzerrungen schützen soll. Den ausreichenden Marktbezug erkannte der Senat im Fall "Flughafen Frankfurt-Hahn" darin, dass die (angebliche) Beihilfe über ein am Markt auftretendes öffentliches Unternehmen gewährt wurde. Diese Erwägungen gelten im Fall des § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV entsprechend. Insbesondere hat § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV zumindest auch die Funktion, gleiche Voraussetzungen für die auf einem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen. Die Wettbewerber der Rundfunkanstalten sollen vor Wettbewerbsverfälschungen geschützt werden, die sich durch die kommerzielle Tätigkeit der Rundfunkanstalten - hier auf dem Hörfunkwerbebereich - ergeben (vgl. BGHZ 188, 326 Rn. 53 - Flughafen Frankfurt-Hahn).

51 dd) Ist gesetzgeberische Absicht, Wettbewerbsverzerrungen auszuschließen, so liegt fern, einer Norm eine nur reflexartige Schutzwirkung zugunsten der Mitbewerber beizumessen (vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 2015 - I ZR 225/13, GRUR 2016, 513 Rn. 21 f. = WRP 2016, 586 - Eizellspende; Urteil vom 23. Juni 2016 - I ZR 71/15, GRUR 2017, 95 Rn. 23 = WRP 2017, 69 - Arbeitnehmerüberlassung).

52 ee) Gegen die Eigenschaft von § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV als Marktverhaltensregelung spricht nicht, dass sich der Norm unmittelbar keine Regelungen für ein konkret fassbares Verhalten auf dem Markt entnehmen lassen. Aus der Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Vorschrift folgt zweifelsfrei, dass nicht marktkonform jedenfalls eine durch Querfinanzierung aus dem Gebührenaufkommen ermöglichte Unterbietung privater Wettbewerber beim Angebot von Hörfunkwerbung sein soll. Marktkonform sind die Werbepreise der öffentlich-rechtlichen Sender dann jedenfalls nur, wenn eine nicht durch Leistungswettbewerb gerechtfertigte Verdrängung privater Wettbewerber vom Hörfunkwerbemarkt vermieden würde.

53 d) Die Beklagte ist selbst Adressat der Marktverhaltensregelung des § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV. Das folgt zwar nicht aus § 16a Abs. 1 Satz 6 RStV, der allein die Beziehungen zwischen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und ihren kommerziell tätigen Tochterunternehmen und damit deren Innenverhältnis betrifft. Es ergibt sich aber aus dem Zusammenhang der Sätze 1 und 3 bis 5 des § 16a Abs. 1 RStV. Danach dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kommerzielle Tätigkeiten nur unter Marktbedingungen und, soweit es sich nicht um eine Tätigkeit geringer Marktrelevanz handelt, nur durch rechtlich selbständige Tochtergesellschaften erbringen. Diese beiden Voraussetzungen stehen kumulativ nebeneinander. Daraus folgt, dass die Tochtergesellschaften der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten deren kommerzielle Tätigkeiten unter Marktbedingungen zu erbringen haben. Dieses Marktverhalten ist den Tochtergesellschaften durch § 16a Abs. 1 RStV im Außenverhältnis zu ihren Wettbewerbern als eigene Pflicht auferlegt worden. Dabei steht außer Frage, dass diese Bindung nach Wortlaut, Sinn und Zweck der Norm außer den unmittelbaren auch alle mittelbaren Tochtergesellschaften der Rundfunkanstalten sowie deren Gemeinschaftsunternehmen und gegebenenfalls wieder deren Tochtergesellschaften und Gemeinschaftsunternehmen erfasst. Die Rundfunk-

anstalten könnten sich ihren Bindungen im Wettbewerb sonst ohne weiteres durch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen entziehen.

54 Als 100%ige Tochtergesellschaft eines Gemeinschaftsunternehmens aller neun für den Vertrieb von Rundfunkwerbung gegründeter Tochtergesellschaften der ARD-Rundfunkanstalten ist die Beklagte danach selbst Normadressat des § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV. Soweit sie regelmäßig zwar im eigenen Namen, jedoch im Auftrag und auf Rechnung der Rundfunkanstalten handelt, hat sie ohnehin die für diese geltenden Marktverhaltensregelungen wie § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV zu beachten.

55 3. Ist § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV eine Marktverhaltensregelung, so ist der Anspruchsteller für das Vorliegen einer Verletzungshandlung, also eines nicht marktkonformen Verhaltens des Anspruchsgegners, darlegungs- und beweisbelastet. Ein Anlass für Beweiserleichterungen etwa in Form sekundärer Darlegungslasten der Beklagten im Streitfall besteht nicht, wenn die Beklagte hinsichtlich der für die Entscheidung maßgeblichen Umstände keine besseren Wahrnehmungsmöglichkeiten hat als die Klägerin.

56 a) Die Klägerin hat für die Hörergruppe 50+ konkret weder einen Marktpreis noch einen Werbewert darzulegen. Vielmehr reicht der Nachweis aus, dass diesem Alterssegment überhaupt ein Werbewert zukommt, so dass es nicht marktkonform ist, diesen bei der Preisgestaltung vollständig unberücksichtigt zu lassen. Das Berufungsgericht wird den von der Klägerin bereits gehalten und gegebenenfalls noch ergänzten Vortrag zum Werbe- und Marktwert der Hörergruppe 50+ zu würdigen haben. Für einen Marktwert der Altersgruppe 50+ könnte dabei auch sprechen, wenn mit der Einbindung dieser Personengruppe in ein Werbeangebot direkt oder indirekt geworben wird, was etwa auch durch die Herausstellung der großen Reichweite des Angebots geschehen kann, sofern diese in erheblichem Maß auf die Altersgruppe 50+ zurückzuführen

ren ist. Demgegenüber spräche gegen einen Marktwert der Altersgruppe 50+, wenn sie, wie die Beklagte behauptet, auch bei den Preisen der Klägerin unberücksichtigt bleibt.

57            b) Das Berufungsgericht wird sich auch mit dem Vortrag der Klägerin zum Vergleich der Preisentwicklung bei den Angeboten der Parteien in den Jahren 2001 bis 2008 (grundsätzlicher Gleichlauf mit tendenziell moderaten Steigerungen) und ab 2009 (entsprechende Entwicklung bei der Klägerin, jedoch deutliche Preisreduktion um fast 30% im Jahr 2009 bei der Beklagten, die sich in den Folgejahren kaum verringerte) beschäftigen müssen. Dabei wird der Werbewert für das Erreichen von 1.000 Hörern sich kaum infolge der im Jahr 2009 von der Beklagten für die "Deutschland-Kombi" hinzugewonnenen 15 Sender verringert haben. Ebenso wenig liegt grundsätzlich die Annahme nahe, es sei marktüblich, Kunden kostenlos einen deutlichen Gewinn an Werbereichweite zu gewähren. Von Bedeutung könnte in diesem Zusammenhang auch der Umstand sein, dass kein wettbewerblicher Anreiz zu einem solchen Verhalten bestehen dürfte, wenn der einzige maßgebliche Wettbewerber eine solche Preissetzung aus wirtschaftlichen Gründen voraussichtlich nicht vornehmen wird. Vor diesem Hintergrund könnte unter Umständen auch die Annahme einer Verdrängungsabsicht nicht fernliegen.

58            c) Die Klägerin hat sich ferner auf die Verrechnungspreisrichtlinie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Deutschlands (abgedruckt bei Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Rundfunkstaatsvertrag, B 5, § 16a RStV, Anh. II) bezogen, aus der sich keine Beschränkung der für die Preisfindung im Bereich Hörfunkwerbung erheblichen TKP auf das Alterssegment 14 bis 49 Jahre ergibt. Da die Verrechnungspreisrichtlinie ausdrücklich dem "Nachweis der Marktconformität kommerzieller Tätigkeiten" der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dient,

ist es grundsätzlich naheliegend, dass die darin niedergelegten Grundsätze auch für die marktkonforme Preisfestsetzung im Verhältnis zu Dritten gelten sollten.

Koch

Kirchhoff

Löffler

Schwonke

Schmaltz

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 16.07.2013 - 312 O 202/12 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 01.06.2017 - 3 U 124/13 -