



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 29/17

Verkündet am:
3. Dezember 2019
Zöller
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

NetCologne II

GWB § 19 Abs. 2 Nr. 2

Die Prüfung, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, erfordert nicht zwingend eine Vergleichsmarktbetrachtung. Der Tatrichter kann vielmehr auch andere Umstände heranziehen, die Schlüsse auf gegebene oder fehlende Abweichungen von hypothetischen Wettbewerbsbedingungen zulassen. Gibt es einen geeigneten Vergleichsmarkt, darf die Prüfung, ob ein missbräuchliches Verhalten vorliegt, nur dann auf solche anderen Umstände beschränkt werden, wenn sie bereits für sich genommen eine erschöpfende Beurteilung ermöglichen.

BGH, Urteil vom 3. Dezember 2019 - KZR 29/17 - OLG Düsseldorf
LG Köln

ECLI:DE:BGH:2019:031219UKZR29.17.0

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 der Klägerin wird das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 8. März 2017 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte ein Entgelt für die Einspeisung von Fernsehprogrammsignalen zu zahlen hat.
- 2 Die Klägerin bietet Telefonie- und Internetdienste an und betreibt seit 1998 ein Breitbandkabelnetz im Raum Köln/Bonn, in das Fernsehprogrammsignale eingespeist werden. Über das Breitbandkabelnetz der Klägerin werden derzeit etwa 227.000 Kunden (TV-Haushalte) versorgt. Zum Teil sind diese auf der Netzebene 4 Kunden der Klägerin, zum Teil ist ein Betreiber einer Hausverteilanlage zwischengeschaltet. Derzeit speist die Klägerin die Signale von 401 Fernsehprogrammen in ihr Kabelnetz ein, darunter die Programme der Beklagten.
- 3 Die Beklagte ist die Veranstalterin des Zweiten Deutschen Fernsehens (ZDF) sowie der Programme ZDF-Infokanal, ZDF-Kulturkanal und ZDF-Familienkanal. Sie stellt die Signale dieser Programme der Klägerin und anderen Kabelnetzbetreibern in Deutschland zur Verfügung. Die Kabelnetzbetreiber speisen die Signale in die jeweilige Netzinfrastruktur ein und stellen sie ihren eigenen Kabelanschlusskunden oder dritten Betreibern der Netzebene 4 zur Verfügung.
- 4 Die Klägerin traf am 22. Dezember 1998 mit der Beklagten und den öffentlich-rechtlichen Landesrundfunkanstalten eine Vereinbarung, die unter anderem vorsieht, dass der Klägerin die Einspeisung bestimmter Programme, zu denen das ZDF gehört, gegen Zahlung einer Urheberrechtsvergütung gestattet wird. Eine Regelung darüber, ob der Signaltransport unentgeltlich oder entgeltlich erfolgt, enthält die Vereinbarung nicht. Lediglich in Bezug auf bestimmte Programme, zu denen die hier in Rede stehenden, von der Beklagten veranstalteten Programme nicht gehören, ist geregelt, dass sie von

den Rundfunkanstalten unentgeltlich überlassen und von der Klägerin unentgeltlich eingespeist werden.

5 Die Klägerin schloss ferner im Juni 2009 einen Vertrag mit der GEMA, den die Parteien als ANGA-Vertrag bezeichnen. Dieser Vertrag basiert auf einem Gesamtvertrag, der im März 2009 zwischen der GEMA und der VFF Verwertungsgesellschaft der Film- und Fernsehproduzenten mbH einerseits und dem ANGA Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e.V. andererseits geschlossen worden ist. Der ANGA-Vertrag regelt die Vergütungsansprüche für die Einräumung des Rechts auf Kabelweitersendung und sieht einen Rabatt von 20 % für den Zeitraum vor, in welchem die Klägerin Mitglied des Verbands ANGA ist. Nach § 5 Abs. 3 des ANGA-Vertrags wird ein weiterer Abzug in Höhe von 6 % gewährt, wenn und solange der Lizenznehmer gegenüber den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten keine Einspeiseentgelte erhebt.

6 Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten schlossen im Jahr 2008 mit den damals bestehenden vier großen Betreibern von Breitbandkabelnetzen, der Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH (Kabel Deutschland), die im gesamten Bundesgebiet mit Ausnahme der Länder Nordrhein-Westfalen, Hessen und Baden-Württemberg Breitbandkabelnetze betreibt, der Unitymedia NRW GmbH, der Unitymedia Hessen GmbH & Co. KG und der Kabel Baden-Württemberg GmbH, die alle drei inzwischen in der Unitymedia GmbH aufgegangen sind, Verträge, aufgrund deren sie Entgelte für die Einspeisung der Programmsignale in die Breitbandkabelnetze bezahlt haben. In den Präambeln dieser Verträge haben die Vertragsparteien ihre unterschiedlichen Auffassungen darüber festgehalten, ob diese sogenannten Regionalgesellschaften auch künftig Einspeiseentgelte bekommen sollten. Im Juni 2012 erklärten die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Kündigung der Einspeiseverträge zum 31. Dezember 2012. Seit Anfang 2013 zahlten sie den Regionalgesellschaften kein Einspeiseentgelt mehr.

- 7 Die Klägerin hat bislang weder von der Beklagten noch von anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ein Einspeiseentgelt erhalten. Bemühungen der Deutschen Netzmarketing GmbH (DNMG), zu deren Mitgliedern auch die Klägerin gehört, mit den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Verträge zu schließen, die eine Einspeisevergütung vorsehen, sind erfolglos geblieben.
- 8 Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte sei verpflichtet, ihr ebenso wie den Regionalgesellschaften ein Einspeiseentgelt zu zahlen. Die Beklagte hätte dies nach Ansicht der Klägerin schon in den Jahren 2008 bis 2012 tun müssen. Für die Zukunft begehrt die Klägerin in erster Linie die Feststellung, dass die Beklagte ihr für die Einspeisung der Programme ZDF, ZDF-Infokanal, ZDF-Kulturkanal und ZDF-Familienkanal in ihr Kabelnetz pro Wohneinheit ein Entgelt von 0,09915 € zuzüglich Umsatzsteuer pro Quartal im Voraus zu zahlen habe (Klageantrag zu I 1). Mit gestaffelten Hilfsanträgen begehrt sie die Feststellung, dass die Beklagte der Klägerin ein Entgelt, das demjenigen entspricht, das die Beklagte in den Jahren 2008 bis 2012 an die drei Vorgängergesellschaften der Unitymedia GmbH bezahlt habe (Klageantrag zu I 2), jedenfalls ein angemessenes Einspeiseentgelt (Klageantrag zu I 3) zu zahlen habe. Weitere Hilfsanträge sind darauf gerichtet, eine entsprechende Zahlungspflicht festzustellen, "wenn und solange diese [die Beklagte] Einspeiseentgelte an mindestens einen dritten Kabelnetzbetreiber zahlt" (Klageanträge zu I 4 bis I 6).
- 9 Für den Zeitraum 2008 bis 2012 begehrt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 368.973,14 € nebst Zinsen (Klageantrag zu II), hilfsweise hat sie zunächst im Wege der Stufenklage einen Anspruch auf Auskunft über die Höhe der von der Beklagten an die Regionalgesellschaften seit 2008 jährlich gezahlten Einspeiseentgelte geltend gemacht (Klageantrag zu III).

- 10 Das Landgericht hat durch Teilurteil gemäß Klageantrag zu I 6 festgestellt, dass die Beklagte an die Klägerin ein angemessenes Einspeiseentgelt für die Einspeisung und Verteilung der analogen Signale des Programms Zweites Deutsches Fernsehen zu zahlen hat, wenn und solange die Beklagte an mindestens einen dritten Kabelnetzbetreiber ein Entgelt bezahlt. Ferner hat es die Beklagte auf die hilfsweise erhobene Stufenklage zur Auskunft über die Höhe der an die Regionalgesellschaften pro Kalenderjahr seit 2008 gezahlten Einspeiseentgelte verurteilt. Zugleich hat es die Klage hinsichtlich aller vorrangig gestellten Anträge abgewiesen.
- 11 Gegen dieses Urteil haben beide Seiten Berufung eingelegt, mit der sie ihre erstinstanzlich gestellten Anträge weiterverfolgt haben. Das Berufungsgericht (OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. April 2014 - VI-U (Kart) 15/13, WuW/E DE-R 4425) hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat es die Klage insgesamt abgewiesen.
- 12 Der Senat hat auf die zugelassene Revision das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen (BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 30/14, juris - NetCologne).
- 13 Im wiedereröffneten Berufungsverfahren hat die Klägerin die oben angeführten Anträge weiterverfolgt. Mit einem weiteren Hilfsantrag (Klageantrag zu I 7) hat sie die Feststellung begehrt, dass die Beklagte dem Grunde nach verpflichtet ist, für die Einspeisung der Programmsignale der Beklagten ein Einspeiseentgelt zu zahlen, das sich als Folge des Wertesaldos des Überlassungsnutzens der Klägerin sowie des Verbreitungsnutzens der Beklagten als Überschuss zugunsten der Klägerin ergibt. Die zunächst hilfsweise verfolgte Stufenklage (ursprünglicher Klageantrag zu III) haben die Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt. Mit neuem Klageantrag zu III hat die Klägerin zuletzt beantragt festzustellen, dass die Beklagte dem Grunde

nach verpflichtet ist, für die Einspeisung der Programmsignale der Beklagten in den Jahren 2008 bis 2012 ein Einspeiseentgelt zu bezahlen, das sich als Folge des Wertesaldos des eigenen Überlassungsnutzens und des Verbreitungsnutzens der Beklagten als Überschuss zu ihren Gunsten ergibt.

14 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin wiederum zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Klage insgesamt abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision, mit der die Klägerin ihre zuletzt gestellten Berufungsanträge weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

15 Die Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur erneuten Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

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

17 Der Klägerin stünden unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Ansprüche auf Zahlung von Einspeiseentgelt gegen die Beklagte zu, weder für vergangene noch für zukünftige Zeiträume. Die Hilfsanträge zu I 4 bis I 6 seien bereits unzulässig, da es an einem Feststellungsinteresse fehle.

18 Soweit es um die Vergütung zukünftiger Signaltransporte gehe, sei der Vorwurf einer Diskriminierung der Klägerin schon deshalb unbegründet, weil die Beklagte gegenwärtig keinem Kabelnetzbetreiber ein Einspeiseentgelt zahle. Der Klägerin stehe ein Zahlungsanspruch aber auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Ausbeutungsmissbrauchs zu. Eine Bewertung der beiderseitigen Leistungen der Parteien ergebe keinen Saldo zugunsten der

Klägerin. Für die Bestimmung des Nutzens, den die Beklagte aus der Verbreitung ihres Programmsignals über das Kabelnetz der Klägerin ziehe (Verbreitungsnutzen), seien die Zahl der über das Kabelnetz der Klägerin zu erreichenden Zuschauer und der Wert insbesondere der von der Beklagten verkauften Werbezeit maßgeblich. Auf diese Weise ergebe sich ein jährlicher Verbreitungsnutzen von nicht mehr als € für die Beklagte. Dagegen sei die Ersparnis der Kosten für eine hypothetische eigene Versorgung der Kabelanschlusskunden der Klägerin durch die Beklagte selbst kein tauglicher Maßstab. Gleiches gelte für die bis 2012 aufgrund der Einspeiseverträge mit den Regionalgesellschaften gezahlten Einspeisevergütungen. Demgegenüber belaufe sich der Vorteil, den die Klägerin aus der Überlassung der Programmsignale der Beklagten an ihre Fernsehkunden ziehe (Überlassungsnutzen), auf jährlich mindestens €, jedenfalls aber auf

€. Maßgeblich sei insoweit, welcher Anteil an den Umsätzen der Klägerin mit ihren Fernsehkunden auf die Programme der Beklagten entfalle. Nach dem Vortrag der Beklagten, dem die Klägerin nicht erheblich entgegengetreten sei, verlöre die Klägerin mindestens ein Viertel ihrer Fernsehkunden, wenn sie die Programme der Beklagten nicht einspeisen könnte. Angesichts von Gesamtjahresumsätzen der Klägerin mit Fernsehkunden in Höhe von € sei der Überlassungsnutzen daher mit € zu bemessen. Selbst wenn man nur auf den Anteil der Programme der Beklagten am Zuschauermarkt abstelle, ergebe sich ein Überlassungsnutzen von €. Der Marktanteil allein des ZDF-Hauptprogramms am Gesamtmarkt aller Zuschauerhaushalte in Deutschland habe im Jahr 2015 12,6 % betragen. Unter Berücksichtigung der Gesamtumsätze der Klägerin mit ihren TV-Kunden ergebe sich der berechnete Überlassungsnutzen als Untergrenze, da in diese Berechnung die weiteren Programme der Beklagten nicht eingeflossen seien.

19 Unbegründet sei die Klage auch, soweit die Klägerin eine Vergütung für zurückliegende Zeiträume fordere. Zwar sei zugrunde zu legen, dass die Beklagte in der Vergangenheit an die Regionalgesellschaften eine Einspeisevergütung gezahlt habe, die etwa dem von der Klägerin geforderten Entgelt von 0,09915 € pro Wohneinheit und Quartal entspreche. Darin liege jedoch keine durch Zahlung von Schadensersatz auszugleichende Diskriminierung im Sinne von § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB in der bis 29. Juni 2013 geltenden Fassung (im Folgenden: aF). Denn die in den Jahren 2008 bis 2012 unterbliebene Zahlung eines Einspeiseentgelts durch die Beklagte habe nicht zu einer spürbaren Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit der Klägerin gegenüber den Regionalgesellschaften geführt. Die danach ausgefallenen Beträge von fast € pro Jahr seien im Verhältnis zu den Umsätzen, die die Klägerin aus den von den Zuschauerhaushalten zu zahlenden Entgelten erziele, nämlich € im Jahr 2010, mit knapp % geringfügig. Lege man den Zuschauermarktanteil der Beklagten mit % zugrunde, betrage der Anteil ebenfalls nur rund % am Umsatz der Klägerin mit TV-Kunden. Zudem sei es der Klägerin gelungen, die Zahl der Kabelanschlusskunden in dem betreffenden Zeitraum erheblich zu steigern. Auch habe sie mit ihrem gesamten Angebotsportfolio (Telefonie, Internet und Kabelfernsehen) erhebliche Gewinne erzielt. Bei dieser Sachlage sei eine auf die Ungleichbehandlung zurückzuführende Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit der Klägerin ausgeschlossen. Auch für die Vergangenheit sei zudem ein Ausbeutungsmisbrauch zu verneinen.

20 B. Diese Beurteilung des Berufungsgerichts hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

21 I. Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Abweisung des Klageantrags zu I 1. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht den geltend gemachten Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Einspeiseentgelt für

Signaltransporte ab 2013 wegen Ausbeutungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB verneint, erweist sich in einem entscheidenden Punkt als rechtsfehlerhaft.

22 1. Nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB liegt ein Missbrauch vor, wenn ein Unternehmen Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen.

23 2. Wie der Senat bereits ausgeführt und näher begründet hat, hat es die Beklagte als marktbeherrschendes Unternehmen grundsätzlich zu vergüten, wenn die Klägerin eine für sie wirtschaftlich werthaltige Leistung erbringt (BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 30/14, juris Rn. 41 - NetCologne). Es darf zwar nicht aus dem Blick geraten, dass auch die Beklagte eine wirtschaftlich wertvolle Leistung bereitstellt, indem sie der Klägerin das Programmsignal kostenlos überlässt und ihr damit die Möglichkeit zu dessen kommerzieller Verwertung eröffnet (BGH, Urteil vom 16. Juni 2015 - KZR 83/13, BGHZ 205, 354 Rn. 69 - Einspeiseentgelt). Für die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Klägerin von der Beklagten für die Einspeisung und Übertragung des Programmsignals ein Entgelt verlangen kann, kommt es jedoch maßgeblich darauf an, in welchem Verhältnis die Werte der beiderseitigen Leistungen nach der Beurteilung des Marktes oder eines Vergleichsmarktes stehen (BGHZ 205, 354 Rn. 69 - Einspeiseentgelt).

24 3. Entgegen der Ansicht der Revision kann der Wert der Leistung der Klägerin für die Beklagte nicht anhand der Beiträge bemessen werden, mit denen der öffentlich-rechtliche Rundfunk zur Durchführung seines Grundversorgungsauftrags finanziert wird. Der Rundfunkbeitrag wird für die

Möglichkeit jedes Nutzers erhoben, das Programm des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu empfangen. Er dient der funktionsgerechten Finanzausstattung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (BVerfGE 149, 222 Rn. 59). Bei der Bemessung des Beitrags werden neben den Kosten für die Programmveranstaltung zwar auch die Kosten berücksichtigt, die den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten für die Programmverbreitung entstehen. Einen Maßstab für den wirtschaftlichen Wert der Leistung der Klägerin für die Beklagte stellt der Rundfunkbeitrag damit aber nicht dar.

25 4. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist es, dass das Berufungsgericht die von der Klägerin gezahlte urheberrechtliche Vergütung an eine Verwertungsgesellschaft für die Kabelweitersendung nach § 20b UrhG bei der Bewertung der beiderseitigen Leistungen betreffend die Einspeisung von Rundfunksignalen nicht berücksichtigt hat. Sie ist für die Frage eines Verstoßes gegen § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB auf dem sachlich relevanten Markt für die Nachfrage nach der Übertragung von Programmsignalen über Breitbandkabel (vgl. BGHZ 205, 354 Rn. 45 - Einspeiseentgelt; BGH vom 16. Juni 2015 - KZR 3/14, juris Rn. 44) nicht erheblich. Die Klägerin ist Anbieterin einer technischen Dienstleistung, der Einspeisung von Programmsignalen in ihr Kabelnetz (vgl. BKartA, Beschluss vom 15. Dezember 2011 - B7-66-11 Rn. 182). Die urheberrechtliche Vergütung entrichtet die Klägerin jedoch für die Einräumung des Rechts zur Kabelweitersendung urheberrechtlich geschützter Inhalte, also einer von der Einspeisung getrennt zu betrachtenden Leistung, die zu einem anderen Produktmarkt gehört (vgl. Kommission, Entscheidung vom 18. Juli 2019 - M.8864 - Vodafone/Liberty Global Rn. 318 ff.).

26 Zwar wurde über die Rabattregelung des § 5 Abs. 3 des ANGA-Vertrags eine gewisse Verknüpfung zwischen beiden Leistungen hergestellt, indem die Parteien des ANGA-Vertrags vereinbart haben, dass die Klägerin eine geringere urheberrechtliche Vergütung zu zahlen hat, wenn sie kein

Einspeiseentgelt erhält. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht festgestellt, dass der nach § 5 Abs. 3 des ANGA-Vertrags eingeräumte Rabatt von 6 % auf das von der Klägerin zu zahlende Entgelt für die Einräumung von Kabelweitersendungsrechten eine adäquate Gegenleistung der Beklagten für die Kabeleinspeisung darstellt oder zumindest nach der Vorstellung der Beteiligten darstellen sollte (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 30/14, juris Rn. 41 - NetCologne).

27 5. Für sich genommen ist es auch nicht rechtsfehlerhaft, dass es das Berufungsgericht abgelehnt hat, den Wert der beiderseitigen Leistungen anhand des Entgelts zu bemessen, das die Beklagte an die Regionalgesellschaften aufgrund des im Jahr 2008 geschlossenen Einspeisevertrags gezahlt hat. Zum einen haben die Parteien dieser Verträge bereits in den Präambeln ihre unterschiedlichen Auffassungen dazu festgehalten, ob die Regionalgesellschaften auch nach Ablauf der Vertragslaufzeit am 31. Dezember 2012 Einspeiseentgelte erhalten sollen; die Beklagte hat nach dem 31. Dezember 2012 ihre Zahlungen an die Regionalgesellschaften eingestellt und damit deutlich gemacht, dass sie die Entgelte nicht mehr als angemessen und damit gerade nicht als Ausgleich von Leistung und Gegenleistung ansieht. Zum anderen besteht entgegen der Ansicht der Revision jedenfalls keine Vermutung dafür, dass dieses Einspeiseentgelt eine marktübliche Vergütung wäre (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 30/14, juris Rn. 37 - NetCologne).

28 6. Das Berufungsgericht hat jedoch auch keine anderweitigen Feststellungen getroffen, die es erlaubten, die vom Senat bereits im ersten Revisionsurteil für maßgeblich erachtete Frage zu beantworten, in welchem Verhältnis die Werte der beiderseitigen Leistungen nach der Beurteilung des Marktes oder eines Vergleichsmarktes stehen (BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 30/14, juris Rn. 41 - NetCologne; BGHZ 205, 354 Rn. 69 -

Einspeiseentgelt). Die Erwägungen des Berufungsgerichts zum Wert der beiderseitigen Leistungen können eine Vergleichsmarktbetrachtung nicht ersetzen.

29 a) Zwar ist es Gerichten nicht verwehrt, bei der Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB neben der Betrachtung eines geeigneten Vergleichsmarkts auch andere, hierzu ebenfalls geeignete Umstände heranzuziehen. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB, wonach "insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen sind". Ein zwingender Vorrang kommt dem Vergleich mit den Preisen auf einem - zeitlich, räumlich oder sachlich - anderen, kartellfreien Markt gegenüber weiteren Schätzmethode daher nicht zu (BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2018 - KRB 51/16, juris Rn. 66 - Flüssiggas I; BGH, Beschluss vom 14. Juli 2015 - KVR 77/13, BGHZ 206, 229 Rn. 22 - Wasserpreise Calw II). Als zulässige weitere Kontrollmethode kommt etwa eine Überprüfung der Preisbildungsfaktoren unter Rückgriff auf einschlägige und gegebenenfalls weiterzuentwickelnde ökonomische Verfahren und Modelle in Betracht (BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012 - KVR 51/11, juris Rn. 14 f. - Wasserpreise Calw). Die vom Berufungsgericht ausschließlich vorgenommenen Betrachtung des wirtschaftlichen Werts der gegenseitigen Leistungen stellt jedoch gerade keine Betrachtung der Preisbildungsfaktoren dar.

30 b) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht zudem die Bemessung des Werts der Leistung der Klägerin für die Beklagte auf die Werbeeinnahmen beschränkt, die die Beklagte bezogen auf die über das Kabelnetz der Klägerin zu erreichenden Zuschauer erzielt. Es hat damit die Prüfung auf Umstände verengt, die keine erschöpfende Beurteilung erlauben, ob ein missbräuchliches Verhalten vorliegt.

31 Der Wert der Leistung eines Kabelnetzbetreibers für einen Rundfunkveranstalter, der einen Grundversorgungsauftrag zu erfüllen hat, bemisst sich auch und in erster Linie danach, inwieweit die Einspeisung in das Breitbandkabelnetz es dem Rundfunkveranstalter ermöglicht oder jedenfalls erleichtert, seinem Grundversorgungsauftrag umfassend nachzukommen. Denn ein öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter nutzt die Kabeleinspeisung nicht in erster Linie zur Erzielung höherer Werbeeinnahmen, sondern im Sinne des Grundversorgungsauftrags zur Erhöhung der Zuschauerreichweite. Dieser ist die Einspeisung in das Breitbandnetz jedenfalls dann dienlich, wenn eine erhebliche Zahl von Zuschauerhaushalten an das Kabelnetz angeschlossen ist und diese die Programme der Rundfunkanstalt aus rechtlichen, tatsächlichen oder wirtschaftlichen Gründen nicht ohne weiteres auf andere Weise empfangen können (BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 31/14, juris Rn. 58 - Gemeinschaftsprogramme; BGH, Urteil vom 16. Juni 2015 - KZR 3/14, juris Rn. 67). Der Senat hat dementsprechend im ersten Revisionsurteil lediglich ausgeführt, dass für die wirtschaftlichen Aktivitäten der Beklagten insbesondere der Wert der verkauften Werbezeit von erheblicher Bedeutung sei (BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 30/14, juris Rn. 40 - NetCologne). Der Wert der Leistung eines Kabelnetzbetreibers für einen öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter kann aber nicht auf die Erschließung höherer Werbeeinnahmen reduziert werden. Deren Wert ist damit nicht der einzige Umstand, der bei der Frage, in welchem Verhältnis die Werte der beiderseitigen Leistungen zueinander stehen, auf Seiten der Beklagten zu berücksichtigen ist.

32 II. Der revisionsrechtlichen Nachprüfung hält es auch nicht stand, dass das Berufungsgericht den Klageantrag zu II als unbegründet angesehen hat.

33 1. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es einen Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz wegen Verstoßes gegen das

Diskriminierungsverbot gemäß § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB aF verneint hat, sind nicht frei von Rechtsfehlern.

34 a) Die Beklagte hat die Klägerin im Zeitraum 2008 bis 2012 nach den Feststellungen des Berufungsgerichts anders behandelt als die Regionalgesellschaften, indem sie nur den Regionalgesellschaften Einspeiseentgelt bezahlt hat.

35 b) Im Ansatz zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass allein aus dem Umstand, dass es im Einzelfall zu unterschiedlichen Bedingungen kommt, nicht ohne Weiteres ein Verstoß gegen § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB aF hergeleitet werden kann.

36 Offen gelassen hat das Berufungsgericht allerdings, ob der der Klägerin nach § 5 Abs. 3 des ANGA-Vertrags gewährte Rabatt von 6 % auf das Entgelt für die Einräumung von Kabelweitersendungsrechten die Höhe des Entgelts erreicht, das sich ergeben hätte, wenn die Beklagte der Klägerin das gleiche Entgelt pro Zuschauerhaushalt bezahlt hätte wie den Regionalgesellschaften (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 30/14, juris Rn. 46 - NetCologne). Für das Revisionsverfahren ist daher davon auszugehen, dass der Rabatt diese Höhe nicht erreicht.

37 c) § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB aF enthält keine allgemeine Meistbegünstigungsklausel, die das marktbeherrschende Unternehmen generell zwingt, allen die gleichen - günstigsten - Bedingungen einzuräumen. Auch dem marktbeherrschenden Unternehmen ist es nicht verwehrt, auf unterschiedliche Marktbedingungen differenziert zu reagieren (BGH, Urteil vom 13. Juli 2004 - KZR 40/02, BGHZ 160, 67, 78 f., juris Rn. 50 - Standard-Spundfass). Die Frage, ob für eine unterschiedliche Behandlung ein sachlich gerechtfertigter Grund besteht, ist aufgrund einer umfassenden Abwägung der beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs

gerichteten Zielsetzung des GWB zu beantworten (BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 30/14, juris Rn. 48 - NetCologne; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2010 - KZR 5/10, juris Rn. 23 - Entega II; BGHZ 160, 67, 77, juris Rn. 45 - Standard-Spundfass).

38 d) Für die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sind Art und Ausmaß der unterschiedlichen Behandlung entscheidend. Deren Zulässigkeit richtet sich insbesondere danach, ob die relative Schlechterstellung der betroffenen Unternehmen als wettbewerbskonformer, durch das jeweilige Angebot im Einzelfall bestimmter Interessenausgleich erscheint oder auf Willkür oder Überlegungen und Absichten beruht, die wirtschaftlich oder unternehmerisch vernünftigem Handeln fremd sind. Daneben ist im Auge zu behalten, dass die durch die Ungleichbehandlung betroffenen Unternehmen nicht durch die Ausübung der Macht des marktbeherrschenden Unternehmens in ihrer Wettbewerbsfähigkeit untereinander beeinträchtigt werden sollen (BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 30/14, juris Rn. 48 - NetCologne; BGHZ 160, 67, 78 f., juris Rn. 50 - Standard-Spundfass; BGH, Urteil vom 19. März 1996 - KZR 1/95, WuW/E 3058, 3065, juris Rn. 39 - Pay-TV-Durchleitung).

39 e) Zu Recht rügt die Revision, dass das Berufungsgericht die erforderliche umfassende Interessenabwägung nicht vorgenommen hat, sondern den geltend gemachten Schadensersatzanspruch ausschließlich mit der Begründung verneint hat, die in den Jahren 2008 bis 2012 unterbliebene Zahlung eines Einspeiseentgelts an die Klägerin habe nicht zu einer spürbaren Beeinträchtigung ihrer Wettbewerbsfähigkeit gegenüber der in ihrem Netzgebiet als Wettbewerberin auftretenden Regionalgesellschaft geführt.

40 aa) Das Berufungsgericht hat - trotz der Vorgaben im ersten Revisionsurteil (BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 30/14, juris Rn. 49 - NetCologne) - keine Feststellungen getroffen, die eine Abwägung der

beiderseitigen Interessen ermöglichte und eine Bewertung zuließen, ob die Ungleichbehandlung der Klägerin durch die Beklagte auf Willkür oder Überlegungen und Absichten beruhte, die wirtschaftlichem oder unternehmerischem Handeln fremd sind.

41 bb) Das Berufungsgericht hat weiter keine Feststellungen dazu getroffen, ob und inwieweit die Regionalgesellschaften sich gegenüber der Beklagten zu besonderen Leistungen verpflichtet hatten, die von anderen Kabelnetzbetreibern wie der Klägerin nicht angeboten wurden. Für das Revisionsverfahren ist daher davon auszugehen, dass es solche Unterschiede nicht gab.

42 cc) Nicht frei von Rechtsfehlern sind außerdem die Feststellungen des Berufungsgerichts, aufgrund deren das Berufungsgericht zu dem Schluss gekommen ist, die Ungleichbehandlung habe sich nicht erkennbar nachteilig auf die Wettbewerbsposition der Klägerin ausgewirkt.

43 Das Berufungsgericht hat die Umsatzerlöse der Klägerin mit Fernsehkunden in den Jahren 2008 bis 2012 und die Entwicklung ihrer Fernsehkundenzahlen betrachtet und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die unterbliebene Zahlung eines Einspeiseentgelts durch die Beklagte nicht zu einer spürbaren Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit der Klägerin gegenüber der in ihrem Netzgebiet als Wettbewerberin auftretenden Regionalgesellschaft geführt habe.

44 Im Einzelnen hat das Berufungsgericht Feststellungen dazu getroffen, in welchem Verhältnis das geforderte Einspeiseentgelt zu den erzielten Erlösen aus den Zahlungen der Zuschauerhaushalte steht (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 2016 - KZR 30/14, juris Rn. 49 - NetCologne) und den so errechneten Anteil
von

% - oder % gemessen am Zuschauermarktanteil der Beklagten - als gering bewertet.

45 Die Überlegungen des Berufungsgerichts greifen zu kurz. Die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens hängt nicht nur wesentlich davon ab, wie sich seine Umsätze entwickeln, sondern davon, ob es mit diesen Umsätzen Gewinne erzielt. Nur wenn ein Unternehmen mit seinem Angebot Gewinne erzielt, ist die Überlebensfähigkeit und damit die längerfristige Wettbewerbsfähigkeit gesichert. Die Zahlung von Einspeiseentgelt durch die Beklagte hätte sich unmittelbar auf das Ergebnis der Klägerin ausgewirkt, das sie mit Fernsehkunden erzielt, da mit der Zahlung der Beklagten keine zusätzlichen Kosten für die Klägerin verbunden gewesen wären.

46 2. Einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Ausbeutungsmissbrauchs nach § 33 Abs. 1, Abs. 3, § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB aF hat das Berufungsgericht mit Verweis auf seine Ausführungen zu den Feststellungsanträgen der Klägerin abgelehnt. Dieses Vorgehen begegnet den unter I angeführten rechtlichen Bedenken.

47 III. Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben, und die Sache ist zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

48 1. Das Berufungsgericht wird in erster Linie zu prüfen haben, ob sich die Frage, in welchem Verhältnis die Werte der beiderseitigen Leistungen stehen, durch die Heranziehung der Entgelte näherungsweise ermitteln lässt, die auf einem oder mehreren Vergleichsmärkten für die Kabeleinspeisung oder eine zum Vergleich geeignete Dienstleistung gezahlt werden. Die Beurteilung des Wertes von Waren oder Dienstleistungen durch den Markt oder einen Vergleichsmarkt ist regelmäßig deshalb entscheidend, weil ein "objektiver" oder

"angemessener" Wert einer Ware oder Dienstleistung regelmäßig nicht existiert oder jedenfalls nicht ermittelbar ist, die Vertragsleistung vielmehr denjenigen Wert hat, der sich auf dem Markt für sie erzielen lässt.

49 Es wird daher in Betracht zu ziehen sein, die Einspeiseentgelte heranzuziehen, die private Rundfunkveranstalter an Kabelnetzbetreiber wie die Klägerin zahlen. Gegebenenfalls kommen auch Einspeiseentgelte in Betracht, die von der Beklagten oder anderen Rundfunkanstalten an andere Kabelnetzbetreiber vor oder nach der Kündigung der früheren Entgeltvereinbarungen gezahlt worden sind oder gezahlt werden; auch die Zahlungen, die die Beklagte an die Regionalgesellschaften aufgrund des im Jahr 2008 geschlossenen Einspeisevertrags erbracht hat, könnten in diesem Zusammenhang gegebenenfalls nochmals zu bewerten sein. Unterschieden insbesondere im Hinblick auf Marktanteile der Sender, Reichweite und Übertragungsart der Signale im Kabelnetz wäre gegebenenfalls durch entsprechende Korrekturfaktoren Rechnung zu tragen.

50 2. Das Berufungsgericht wird schließlich die fehlenden Feststellungen zur sachlichen Rechtfertigung der geltend gemachten Ungleichbehandlung der Klägerin gegenüber den Regionalgesellschaften und zur Interessenabwägung nachzuholen haben. Den Parteien wird Gelegenheit zu geben sein, ihren Vortrag hierzu zu ergänzen und erforderlichenfalls ihre Anträge anzupassen.

Meier-Beck

Kirchhoff

Tolkmitt

Richterin am Bundesgerichtshof Dr. Picker kann infolge Urlaubsabwesenheit nicht unterschreiben.

Meier-Beck

Linder

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 07.05.2013 - 88 O 81/11 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 08.03.2017 - VI-U (Kart) 15/13 -