



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 11/19

Verkündet am:
24. November 2020
Anderer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Radio Cottbus

GWB § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1

- a) Einem marktbeherrschenden Unternehmen, das auf einem mehrseitigen Markt Produkte oder Dienstleistungen verschiedener Anbieter an die Unternehmen der Marktgegenseite vermittelt, steht es grundsätzlich frei, für eine Aufnahme in sein Vertriebssystem sachlich angemessene Anforderungen zu stellen, sofern es diese einheitlich und diskriminierungsfrei anwendet.

- b) Wählt der Intermediär dabei die der zweiten Marktseite angebotenen Leistungen selbst aus und bündelt sie nach bestimmten Kriterien, ist bereits bei der Prüfung der Sachgerechtigkeit der Kriterien für diese Auswahl und Bündelung zu berücksichtigen, dass sie die Leistungsanbieter der ersten Marktseite nicht diskriminieren oder unbillig behindern dürfen. Hierauf ist besonders Bedacht zu nehmen, wenn der Intermediär selbst als Leistungsanbieter tätig ist oder eine vertikale Integration vorliegt.

BGH, Urteil vom 24. November 2020 - KZR 11/19 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 2020 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 Klägerinnen wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts - 3. Zivilsenat - vom 28. Februar 2019 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage gegen die Beklagte zu 1 mit den Anträgen zu 3 bis 5 in der in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gestellten Fassung abgewiesen worden ist.

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

Soweit die Nichtzulassungsbeschwerde ohne Erfolg geblieben ist, werden die Kosten den Klägerinnen auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerinnen betreiben Lokalradiosender in Brandenburg, und zwar die Klägerin zu 1 den Sender "Radio Cottbus" und die Klägerin zu 2 das "Radio Potsdam 89.2", deren Verbreitungsgebiet jeweils Stadt und Umland erfasst. Die Klägerinnen sind verbundene Unternehmen der The Radio Group GmbH (fortan: Radio Group). Sie haben sich zur Vermarktung ihrer Hörfunkwerbezeiten zur Städtekombi Brandenburg GbR zusammengeschlossen, der seit 2014 als weiterer Sender "Power Radio" angehört.
- 2 Die Beklagte zu 1 (fortan: Beklagte) vermarktet bundesweit Radiowerbezeiten von Sendern, die von ihren Gesellschaftern betrieben werden, sowie von weiteren privaten Hörfunksendern. Sie handelt dabei auf der Grundlage mit den Sendern abgeschlossener Geschäftsbesorgungsverträge als Kommissionärin im eigenen Namen, allerdings für Rechnung der Auftraggeber. Aus den von ihr vermarkteten Werbezeiten der Sender bildet die Beklagte Kombinationen, die als Senderpakete von den Werbekunden gebucht werden können. Zu diesen Senderpaketen zählen die aus den Sendern der Gesellschafter der Beklagten zu 2, einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zusammengesetzte RMS Berlin Kombi für das Sendegebiet Berlin und Brandenburg sowie die RMS Super Kombi, die nahezu das gesamte Bundesgebiet abdeckt. Nachfrager der vermarkteten Werbezeiten sind primär nationale Werbekunden, die flächendeckend in mindestens vier Bundesländern werben. Die RMS Super Kombi ist das reichweitenstärkste Hörfunkwerbeangebot Deutschlands und umfasst neben der RMS Berlin Kombi die Kombinationen RMS West Kombi, RMS Ost Kombi sowie die Sender "Jam FM Kabel" und "RTL Radio".
- 3 Neben der Beklagten bietet die AS & S Radio GmbH (AS & S), die nahezu ausschließlich öffentlich-rechtliche Sender vermarktet, bundesweit Hörfunk-

werbezeiten an. Der Marktanteil der AS & S bei Hörfunkwerbung beträgt ca. 30 %, derjenige der Beklagten ca. 60 %.

4 Im August 2010 beehrte die Radio Group erstmals die Vermarktung der Städtekombi Brandenburg in der RMS Berlin Kombi und der RMS Super Kombi. Die Beklagte lehnte dies ab, weil sie nur Sender vermarkte, die mindestens ein Bundesland abdeckten und über eine für nationale Kunden relevante Reichweite verfügten. Einen entsprechenden Antrag der Radio Group vom 28. April 2011 für das Jahr 2012 lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 26. Mai 2011 ab. Auf Antrag der Klägerinnen erließ das Landgericht Hamburg am 12. Juli 2011 eine einstweilige Verfügung, durch die der Beklagten bis zur Entscheidung in der Hauptsache geboten wurde, die Städtekombi Brandenburg für das Jahr 2012 in die RMS Berlin Kombi und die RMS Super Kombi aufzunehmen. Nach Widerspruch der Beklagten schlossen die Parteien am 29. August 2011 vor dem Landgericht einen Vergleich, in dem die Klägerinnen den Verfügungsantrag zurücknahmen. Einen erneuten Aufnahmeantrag der Radio Group wies die Beklagte mit Schreiben vom 6. September 2013 zurück.

5 Mit der Klage haben die Klägerinnen insbesondere die Aufnahme der Städtekombi Brandenburg GbR in die RMS Berlin Kombi und die RMS Super Kombi ab dem Jahr 2016 zu marktüblichen Konditionen sowie die Feststellung begehrt, dass der Städtekombi Brandenburg GbR für die Jahre 2012 bis 2015 ein Anspruch auf Aufnahme in diese Vermarktungskombinationen zu marktüblichen Konditionen und unter Anwendung der kombinationsüblichen Verteilungsschlüssel für die Werbeeinnahmen zugestanden habe. Das Landgericht hat diese Klageansprüche zuerkannt.

6 Seit dem Jahr 2019 wird die Städtekombi Brandenburg von der AS & S vermarktet. Im Berufungsverfahren haben die Klägerinnen mit Rücksicht hierauf

die Feststellung begehrt, dass das Aufnahmebegehren in der Hauptsache erledigt ist. Im Übrigen haben sie, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, beantragt, einen Anspruch der Städtekombi Brandenburg GbR auf Aufnahme in die RMS Super Kombi zu marktüblichen Konditionen und unter Anwendung kombinationsüblicher Verteilungsschlüssel der Werbeeinnahmen für die Jahre 2012 bis 2018 festzustellen (Antrag zu 3), der Städtekombi Brandenburg GbR Auskunft über den ihr infolge der Nichtvermarktung in der RMS Berlin Kombi und der RMS Super Kombi ab dem 1. Januar 2012 entgangenen Betrag zu erteilen (Antrag zu 4), sowie die Verpflichtung der Beklagten festzustellen, diesen Betrag der Städtekombi Brandenburg GbR auszuzahlen (Antrag zu 5). Das Berufungsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen.

7 Dagegen wenden sich die Klägerinnen mit der vom Senat insoweit zugelassenen Revision, mit der sie ihre vor dem Berufungsgericht gestellten Anträge zu 3 bis 5 gegen die Beklagte weiterverfolgen. Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision hat Erfolg und führt im Umfang der Zulassung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann weder ein Aufnahmeanspruch der Städtekombi Brandenburg GbR in die Vermarktung durch die Beklagte ausgeschlossen werden, noch dürfen die auf Auskunft und Feststellung der Verpflichtung der Beklagten, jene Gesellschaft so zu stellen, wie sie bei Aufnahme in die Vermarktung gestanden hätte, gerichteten Anträge auf dieser Grundlage abgewiesen werden.

9 I. Das Berufungsgericht hat die Klageanträge als unzulässig angesehen, weil die darin verwendeten Wendungen "marktübliche Konditionen"

und "kombinationsübliche Verteilungsschlüssel der Werbeeinnahmen" zu unbestimmt seien.

10 Die Anträge seien auch unbegründet. Der Städtekombi Brandenburg GbR stehe kein Anspruch aus § 33 Abs. 1, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB auf Aufnahme in die Vermarktung durch die Beklagte zu. Die Beklagte sei zwar Normadressatin, weil sie bei der Vermittlung von Hörfunkwerbezeit an nationale Werbekunden über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Soweit die Städtekombi Brandenburg GbR jedoch gegenüber den in der RMS Berlin Kombi zusammengeschlossenen Radiosendern unterschiedlich behandelt werde, sei dies sachlich gerechtfertigt. Der erforderliche Aufnahmeantrag sei für die Städtekombi Brandenburg GbR allein in den Jahren 2012 und ab 2016 ordnungsgemäß gestellt worden. Von diesen Jahren habe die Städtekombi Brandenburg GbR zwar (allein) 2012 und 2018 das von der Beklagten für eine Aufnahme in die RMS Berlin Kombi geforderte Hörerzahlkriterium erfüllt, nicht aber die von der Beklagten für eine Vermarktung rechtmäßig aufgestellte weitere Voraussetzung einer landesweiten Rundfunklizenz. Im Übrigen könnten die Klägerinnen nach § 33 Abs. 1 GWB wegen eines Verstoßes gegen § 19 GWB keine Aufnahme der Städtekombi Brandenburg GbR in die Vermarktung durch die RMS Berlin Kombi verlangen, sondern allenfalls einen Zugang im Wege der von der Beklagten angebotenen "Plus-Vermarktung", bei der der RMS Super Kombi die Städtekombi Brandenburg zur Vermarktung unter der Bezeichnung "RMS Super Kombi PLUS" hinzugefügt würde.

11 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

12 1. Die Klage ist mit den in die Revisionsinstanz gelangten Anträgen zulässig.

- 13 a) Der Feststellungsantrag zu 5, der seinem Wortlaut nach darauf gerichtet ist, die Verpflichtung der Beklagten festzustellen, der Städtekombi Brandenburg GbR den Betrag "auszuzahlen", der dieser zustünde, wenn sie ab dem Jahr 2012 in die RMS Berlin Kombi sowie die RMS Super Kombi aufgenommen worden wäre, ist der Sache nach auf die Feststellung gerichtet, dass die Beklagte der Städtekombi Brandenburg GbR den durch die verweigerte Aufnahme in die Vermarktungskombinationen und die hierdurch entgangenen Erlöse entstandenen Schaden zu ersetzen hat. Seiner Bezifferung dient der Auskunftsantrag zu 4, der (Zwischen-)Feststellungsantrag zu 3 ist demgegenüber ohne eigenständige Bedeutung.
- 14 b) Gegen die Bestimmtheit dieser Anträge bestehen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Bedenken.
- 15 aa) Der Begriff "kombinationsüblich" bezieht sich nach dem Sinnzusammenhang der Klageanträge ohne Weiteres auf die beiden konkret in Rede stehenden Hörfunkwerbe-Kombinationen RMS Berlin Kombi und RMS Super Kombi. Es geht dabei um die Erlösbeteiligung, wie sie die Beklagte ihren nicht zum Gesellschafterkreis gehörenden Geschäftsbesorgungskunden üblicherweise einräumt (vgl. BKartA, Beschluss vom 15. August 2001, B6-92202-TX-127/99, S. 43, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de, Entscheidungsdatenbank - "Aachener Sender") und von der die Klägerinnen geltend machen, dass sie der Städtekombi Brandenburg GbR ebenfalls hätten eingeräumt werden müssen.
- 16 Soweit die Revisionserwiderung geltend macht, es kämen unterschiedliche Modelle zur Erlösverteilung in Betracht, beispielsweise eine Verteilung nach Reichweite, nach den Preisen der eingebrachten Werbezeiten in der Einzelvermarktung, nach der Zusammensetzung der Zielgruppen oder nach einer Kombi-

nation dieser - oder auch weiterer - Kriterien, mögen im Einzelfall mehrere Verteilungsschlüssel als kombinationsüblich gelten können. Für die auf die Vergangenheit bezogenen Anträge wird sich indes ein kombinationsüblicher Verteilungsschlüssel für die Radiosender der RMS Berlin Kombi bestimmen lassen, dessen Anwendung auch im Verhältnis zur Städtekombi Brandenburg GbR mit der Klage begehrt wird. Hinzu kommt, dass die Klägerinnen keine Kenntnis von den hier maßgeblichen konkreten Konditionen haben können, die von den Beklagten bei der Vermarktung von Sendern außerhalb ihres Gesellschafterkreises angewandt werden, so dass ihnen eine nähere Beschreibung anstelle des Begriffs "kombinationsüblich" nicht möglich ist.

- 17 bb) Die zusätzliche Bezugnahme auf die Vermarktung zu "marktüblichen" Konditionen führt ebenfalls nicht zur Unbestimmtheit der Anträge. Es handelt sich um eine unschädliche Überbestimmung, die entfallen kann, ohne den Sinngehalt der Anträge zu verändern. Denn nach dem Vortrag der Klägerinnen prägen die Beklagten mit ihren üblichen Konditionen im Hinblick auf ihre marktbeherrschende Stellung zugleich die marktüblichen Geschäftsbedingungen. Ihr jeweils kombinationsüblicher Verteilungsschlüssel ist danach zwangsläufig jeweils mit üblichen sonstigen Konditionen verbunden, die ihm zugrunde liegen.
- 18 2. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Städtekombi Brandenburg GbR der geltend gemachte Schadensersatzanspruch zusteht.
- 19 a) Die Klägerinnen machen Ansprüche für die Zeit ab dem 1. Januar 2012 geltend. Seitdem ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen insbesondere durch die achte und neunte GWB-Novelle verändert worden. Für die zur Streitentscheidung maßgeblichen Vorschriften haben diese Änderungen keine inhaltliche Bedeutung. Nachfolgend werden daher allein die Vorschriften

der zum Entscheidungszeitpunkt des Senats geltenden Fassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen angeführt.

20 b) Gemäß § 33 Abs. 1 GWB ist gegenüber dem Betroffenen zur Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet, wer gegen § 19 GWB verstößt. Bei schuldhafter Begehung gewährt § 33a Abs. 1 GWB dem Betroffenen einen Anspruch auf Schadensersatz. Nach § 19 Abs. 1 GWB ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten. Ein Missbrauch liegt nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter von gewerblichen Leistungen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen.

21 aa) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte sei Normadressatin des § 19 GWB. Sachlich relevanter Markt sei das an Hörfunksender gerichtete Angebot der Vermarktung von Hörfunkwerbezeiten an nationale Werbekunden. Aus der Sicht der Werbekunden seien Hörfunkwerbezeiten, die in ganz Deutschland oder überregional in mehreren Bundesländern verbreitet würden, in der Regel nicht mit Hörfunkwerbezeiten mit regionaler oder lokaler Verbreitung austauschbar. Daraus folge auch auf der Marktstufe, auf der Hörfunkwerbezeitenvermarkter als Dienstleister aufträten, ein gesonderter Produktmarkt. Dieser Markt sei bundesweit abzugrenzen, weil die Beklagte die Hörfunkwerbezeiten der Sender und Kombinationen bundesweit nachfrage und ihre Vermarktungsangebote an nationale Werbekunden richte. Auf dem so abzugrenzenden Dienstleistungsmarkt sei die Beklagte mit einem Marktanteil von rund 60 % marktbeherrschend.

22 Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revisionserwiderung rügelos hingenommen.

23 bb) Da die Beklagte es ablehnt, die Städtekombi Brandenburg oder die ihr angeschlossenen Radiosender in ihre Vermarktung aufzunehmen, werden diese Radiosender, wie das Berufungsgericht ebenfalls rechtsfehlerfrei angenommen hat, anders behandelt als gleichartige private Hörfunksender, deren Hörfunkwerbezeiten durch die Beklagte vermarktet werden.

24 cc) Die Begründung, mit der das Berufungsgericht einen sachlich gerechtfertigten Grund für diese Ungleichbehandlung angenommen hat, hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

25 (1) Ob für eine unterschiedliche Behandlung eine sachliche Rechtfertigung besteht, ist aufgrund einer Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Kartellrechts zu beantworten (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 5. Mai 2020 - KZR 36/17, WuW 2020, 478 Rn. 102 - FRAND-Einwand).

26 (2) Insbesondere für Vertriebssysteme ist als Ausgangspunkt der Interessenabwägung der aus der unternehmerischen Handlungsfreiheit abzuleitende Grundsatz anerkannt, dass das Behinderungsverbot den Normadressaten im Grundsatz nicht daran hindert, seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie er dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig erachtet. Entsprechendes gilt für einen Normadressaten, der wie die Beklagte als Intermediär Produkte oder Dienstleistungen von auf der einen Marktseite tätigen Unternehmen nicht nur an Unternehmen der anderen Marktseite vermittelt, sondern auch den Vertrieb der Unternehmen der ersten Marktseite, etwa durch eine besondere Zusammenstellung ihrer Angebote, organisiert und strukturiert.

- 27 Die Freiheit des Normadressaten zur Gestaltung seines Geschäftsmodells und seines Vertriebssystems besteht aber nur innerhalb der durch das Kartellrecht gezogenen Grenzen. Sie ist ausgeschlossen, wo sie missbraucht wird oder zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führt, die mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes unvereinbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 2015 - KZR 87/13, NZKart 2015, 535 Rn. 59 - Porsche-Tuning mWN).
- 28 Danach steht es dem Normadressaten frei, für eine Aufnahme in sein Vertriebssystem sachlich angemessene Anforderungen zu stellen, sofern er diese auch einheitlich und diskriminierungsfrei anwendet. Dieser für den selektiven Vertrieb entwickelte Maßstab (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 1986 - KZR 25/85, WuW BGH 2351, juris Rn. 50 - Belieferungsunwürdige Verkaufsstätten II; EuGH, Slg. 1977, 1875 Rn. 20 - Metro I; Slg. 2011, I-9419 Rn. 41 - Pierre Fabre) gilt im Hinblick auf die ähnliche Interessenlage der Beteiligten grundsätzlich in gleicher Weise, wenn ein Anspruch auf Aufnahme in das Vertriebssystem gegen einen Normadressaten geltend gemacht wird, der auf einem mehrseitigen Markt Produkte oder Dienstleistungen verschiedener Anbieter an die Unternehmen der Marktgegenseite vermittelt. Wenn der Intermediär dabei die der zweiten Marktseite angebotenen Leistungen selbst auswählt und nach bestimmten Kriterien bündelt, ist allerdings bereits bei der Prüfung der Sachgerechtigkeit der Kriterien für die Auswahl und die Bündelung zu berücksichtigen, dass sie die Leistungsanbieter der ersten Marktseite nicht diskriminieren oder unbillig behindern dürfen. Hierauf ist besonders Bedacht zu nehmen, wenn der Intermediär auch als Leistungsanbieter tätig ist oder eine vertikale Integration vorliegt, wie sie sich im Streitfall aus dem Umstand ergibt, dass die Beklagte sowohl Werbezeiten ihrer Gesellschafter als auch mit ihr nicht verbundener Radiosender vermarktet.

29 (3) Im Hinblick auf die jährlich erforderliche aktuelle Meldung an die Arbeitsgemeinschaft Media-Analyse e.V. (ag.ma) verlangt die Beklagte von Hörfunksendern für die Aufnahme in eine der angebotenen Vermarktungskombinationen einen für das folgende Kalenderjahr zu stellenden Aufnahmeantrag. Sachlich setzt sie, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, insbesondere eine Mindestreichweite von mehr als 20.000 Hörern in der Alterszielgruppe 14 bis 49 und außerdem grundsätzlich eine landes- oder bundesweite Rundfunklizenz voraus.

30 (4) Das berechtigte Interesse eines regionalen oder lokalen Senders oder einer Sendergruppe wie der Städtekombi Brandenburg GbR ist darauf gerichtet, für Hörfunkwerbung im eigenen Sendebereich zu angemessenen Bedingungen Zugang nicht nur zu regionalen oder lokalen, sondern auch zu nationalen Werbekunden zu erhalten, dadurch Einkünfte zu erzielen und so den Fortbestand und die Entwicklung der eigenen Sender zu sichern.

31 Das Interesse der Beklagten ist es demgegenüber, ihr - im Rahmen geltenden Rechts - selbstbestimmtes Geschäftsmodell durch die Gestaltung des vermittelten Leistungsangebots und seines Vertriebs mit möglichst großem wirtschaftlichen Erfolg umsetzen zu können. Dieses Geschäftsmodell besteht darin, bundesweit Radiowerbezeiten an nationale Werbekunden zu vermarkten, worunter die Beklagte Werbetreibende versteht, die bundesweit, mindestens aber flächendeckend in vier Bundesländern, Werbung anbieten. Dagegen besteht das Geschäftsmodell der Beklagten nicht in der Vermarktung lokaler Sender an lokale Werbetreibende.

32 Aus diesem Geschäftsmodell ergibt sich das weitere Interesse der Beklagten, die von ihr zusammengefassten Senderkombinationen als für die nationalen Werbekunden klar definierte und unterscheidbare, werthaltige Leistungsangebote vermarkten zu können und vor einer Verwässerung durch Aufnahme den

Kundenerwartungen nicht entsprechender Sender zu schützen. Die Beklagte bedient damit auch das Interesse der nationalen Werbekunden als Nachfrager, aus einem Angebot auf ihre Interessen zugeschnittener Senderpakete für Hörfunkwerbung entsprechend ihren Bedürfnissen wählen zu können.

33 (5) Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen nicht seine Annahme, dass die von der Beklagten gestellten Anforderungen an die Aufnahme in eine Vermarktungskombination nach der gebotenen Abwägung dieser beiderseitigen Interessen im Hinblick auf die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der Beklagten sämtlich als sachgerecht und die Städtekombi Brandenburg GbR nicht unbillig hindernd angesehen werden können.

34 (a) Gegen das Erfordernis eines Aufnahmeantrags ist allerdings nichts zu erinnern und wird auch von der Revision nichts vorgebracht.

35 (b) Das Kriterium der Hörerzahl ist auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts unter Berücksichtigung der Gestaltungsfreiheit, die der Beklagten auch als Normadressatin für ihr Leistungsangebot und ihre Absatztätigkeit zukommt, ebenfalls grundsätzlich angemessen.

36 Die Hörerzahl, die insgesamt oder bezogen auf besonders werberelevante Altersgruppen ausgewiesen werden kann, ist als Kriterium für die Bedeutung eines Radiosenders aus Sicht der nationalen Werbekunden geeignet. Die grundsätzliche Eignung dieses Kriteriums wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen. Neben dem Interesse der Beklagten an der Geringhaltung von Verwaltungskosten und Organisationsaufwand spricht für das Kriterium der Hörerzahl insbesondere das Interesse der nationalen Werbekunden, ihre Werbung auf Kombinationsangebote mit Sendern einer gewissen Bedeutung konzentrieren zu können, deren Struktur überschaubar ist und bei denen sie sich jedenfalls einen

gewissen Überblick über das Programmumfeld und das Werbeumfeld verschaffen können, in dem ihre Werbung von den zur Kombination gehörenden Sendern gesendet wird.

37 (c) Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts kann dagegen nicht abschließend beurteilt werden, ob auch die außerdem verlangte landesweite Rundfunklizenz ein grundsätzlich sachlich geeignetes Aufnahmekriterium ist.

38 Die mit Blick auf die Interessen nationaler Werbekunden erwünschte Mindestgröße eines Senders kann bereits durch das Hörerzahlkriterium gewährleistet werden. Die Beklagte hat dementsprechend geltend gemacht, Zweck des Kriteriums der landesweiten Lizenz sei es, dass die von ihr vermarkteten Hörfunksender nicht nur eine bestimmte Größe aufwiesen, sondern auch die gesamte Fläche eines Bundeslands abdeckten, so dass in der Breite des Angebots keine Lücken entstünden; mit dem Hörerzahlkriterium lasse sich nicht zuverlässig eine Verteilung der Hörer über das Gesamtgebiet eines Bundeslands erreichen.

39 Das Berufungsgericht hat allerdings keine Feststellungen dazu getroffen, ob und inwieweit sich dieses Ziel mit dem Kriterium der landesweiten Hörfunklizenz erreichen lässt und inwiefern der Flächenabdeckung neben der Hörerzahl für das Geschäftsmodell der Beklagten und aus der Sicht ihrer nationalen Werbekunden objektiv Bedeutung zukommt.

40 Eine rundfunkrechtliche Sendelizenz hat als solche keine ohne weiteres erkennbare absatzwirtschaftliche Bedeutung. Das Kriterium der landesweiten Lizenz kann auch nicht im gesamten Bundesgebiet einheitlich angewendet werden und gewährleistet daher nicht notwendig eine zumindest annähernd vollständige Flächenabdeckung. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts müssen Angebote aus Bundesländern, in denen landesweite Lizenzen nicht vergeben werden, wie dies in Nordrhein-Westfalen, Bayern und Baden-Württemberg

der Fall ist, lediglich im gesamten Bundesland technisch erreichbar sein, was von der Beklagten dann angenommen wird, wenn 50 % der Wohnbevölkerung dieses Bundeslandes das Programm auf üblichen Verbreitungswegen empfangen können. Damit wird die Flächenabdeckung gerade in den drei großen Bundesländern, in denen mehr als 50 % der deutschen Wohnbevölkerung leben, durch ein auf die Bevölkerung bezogenes Kriterium ersetzt. Das Ersatzkriterium der technischen Erreichbarkeit von 50 % der Wohnbevölkerung kann damit in diesen Ländern insbesondere durch in Ballungsräumen starke, in der Flächenabdeckung aber schwache Sender erfüllt werden. In Brandenburg würde dementsprechend das 50 %-Kriterium, wäre es dort anwendbar, von der Städtekombi Brandenburg erfüllt, deren Sender nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von 60 % der Einwohner Brandenburgs zu empfangen sind.

41 (6) Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen auch nicht seine Annahme, die Beklagte habe die von ihr aufgestellten Aufnahmekriterien einheitlich und damit nichtdiskriminierend angewendet, insbesondere diese Anforderung bei dem Hörerzahlkriterium eingehalten.

42 (a) Hörerzahlkriterium

43 (aa) Insoweit beruft sich die Revision allerdings vergeblich auf die Hörerzahlen, die für den Radiosender "Flux FM" für 2014 ermittelt worden sind. Die Revisionserwiderung weist zutreffend darauf hin, dass die Beklagte vorgetragen hat, "Flux FM" habe das 2014 geltende Hörerzahlkriterium erfüllt, wonach mindestens 50 % der Hörer der Zielgruppe der 14- bis 49-jährigen angehören mussten. Die Revision zeigt nicht auf, dass die Klägerinnen dem entgegengetreten sind, so dass das Berufungsgericht auf diesen Punkt nicht eingehen musste.

44 (bb) Wie die Revision zu Recht rügt, haben die Klägerinnen für eine einheitliche Anwendung des Hörerzahlkriteriums jedoch weiter die von der Beklagten vermarkteten Sender "Harmony FM" und "Radio Top 40" angeführt. Für

"Harmony FM" seien für das Jahr 2014 durchschnittlich 16.000 Hörer angegeben, während für den Sender "Radio Top 40" in den Mediaanalysen überhaupt keine Hörerzahlen ausgewiesen seien. Dieser Vortrag ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht deshalb unerheblich, weil diese Sender allein in Hessen oder Thüringen zu empfangen sind, also weder im Tätigkeitsbereich der Beklagten zu 2 noch im Sendegebiet der Städtekombi Brandenburg.

45 Denn die Beklagte bietet nach den, wie ausgeführt, rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts ihre Dienstleistungen auf einem einheitlichen bundesweiten Markt an. Bundesweit ist dieser Markt - wie das Berufungsgericht bei der Marktabgrenzung auch zutreffend ausgeführt hat - nicht nur abzugrenzen, soweit die Beklagte als Intermediärin ihre Dienstleistungen ihren nationalen Werbekunden anbietet, sondern auch, soweit sie auf der ersten Marktseite Rundfunksendern anbietet, deren Werbezeiten zu vermarkten. Denn auch die Rundfunksender stehen bundesweit untereinander im Wettbewerb um die Erlöse aus der Vermarktung von Werbezeiten, die von Unternehmen gebucht werden, die ihre Produkte oder Dienstleistungen nicht lediglich lokal oder regional, sondern bundesweit bewerben wollen.

46 (cc) Dies schließt es zwar nicht schlechthin aus, dass die Beklagte für die Aufnahme von Hörfunksendern in ihre Vermarktungskombinationen je nach Sendegebiet unterschiedliche Anforderungen an die geforderte Hörerzahl festlegt. Sachlich gerechtfertigte Differenzierungen zwischen Sendegebieten dürfen jedoch, wie bereits das Landgericht zutreffend angenommen hat, nicht rückwirkend zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung gleichartiger Sender entwickelt werden, sondern müssen von der Beklagten vorab für das jeweils folgende Kalenderjahr festgelegt werden und müssen außer Betracht bleiben, wenn es hieran fehlt.

47 (b) Entsprechendes gilt für die Handhabung des Aufnahmekriteriums einer landesweiten Rundfunklizenz. Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts kann nicht ausgeschlossen werden, dass es an einer stringenter Anwendung dieses Kriteriums durch die Beklagte ebenfalls fehlt.

48 (aa) Die Klägerinnen haben vorgetragen, zahlreiche von der Beklagten vermarktete Sender erfüllten das Kriterium einer landesweiten Sendelizenz nicht. Zwar hat die Beklagte zu einer Reihe dieser Sender die landesweite Sendelizenz zur Überzeugung des Berufungsgerichts dargelegt. Das Berufungsgericht führt aber aus, zu weiteren Sendern habe die Beklagte nicht im Einzelnen Stellung genommen, sondern geltend gemacht, diese Sender aus dem übrigen Bundesgebiet ließen sich nicht mit den Klägerinnen vergleichen und seien für eine Aufnahme in die RMS Berlin Kombi nicht relevant. Das Berufungsgericht hat angenommen, es bedürfe keiner Klärung, ob das Kriterium der landesweiten Lizenz in anderen Bundesländern stringent angewendet werde oder ob es dort sachlich gerechtfertigte Gründe für eine Abweichung gebe. Denn sämtliche Sender, mit denen die Sender der Städtekombi Brandenburg in ihrem Verbreitungsgebiet um Hörer im Wettbewerb stünden, erfüllten die Voraussetzungen einer landesweiten Lizenz und deckten entweder das Gebiet des Bundeslandes Berlin oder Brandenburgs ab.

49 (bb) Diese Begründung verkennt, dass nicht der Wettbewerb der Rundfunksender um Hörer, sondern ihr bundesweiter Wettbewerb um die Buchung von Werbezeit in Rede steht, und trägt daher aus den ausgeführten Gründen (Rn. 21 f.) die vom Berufungsgericht angenommene Verneinung einer Diskriminierung nicht.

50 3. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen stellt sich die Entscheidung des Berufungsgerichts weder insgesamt noch teilweise aus anderen Gründen als im Ergebnis zutreffend dar.

- 51 a) Durfte die Beklagte, wie für die weitere revisionsrechtliche Prüfung zugunsten der Klägerinnen zu unterstellen, der Städtekombi Brandenburg GbR die Aufnahme in die RMS Berlin Kombi und die RMS Super Kombi nicht wegen einer zu geringen Hörerzahl oder wegen einer fehlenden landesweiten Sendelizenz verweigern, stand nach den Feststellungen kein weiteres sachliches Hindernis der Aufnahme entgegen.
- 52 b) In Fällen der Diskriminierung oder unbilligen Behinderung gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB kommt ein Kontrahierungszwang in Betracht, wenn der Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen nur auf diese Weise beseitigt werden kann (st. Rspr., etwa BGH, Urteil vom 8. November 2005 - KZR 21/04, WuW/E DE-R 1724, juris Rn. 15 - Hinweis auf konkurrierende Schilderpräger; Urteil vom 16. Juni 2015 - KZR 83/13, BGHZ 205, 354 Rn. 42 - Einspeiseentgelt). So verhält es sich nach den für das Revisionsverfahren maßgeblichen Feststellungen im Streitfall.
- 53 aa) Die Beklagte konnte auf der Grundlage der von ihr festgelegten Senderkombinationen ihrer Beseitigungsverpflichtung nach § 33 Abs. 1 GWB im Verhältnis zur Städtekombi Brandenburg nicht anders nachkommen als durch deren Aufnahme in die bundesweit Senderpakete zusammenfassende RMS Super Kombi. Die Beklagte hatte den Klägerinnen insoweit lediglich vorgeschlagen, zusätzlich eine "RMS Super Kombi Plus" anzubieten, die außer dem an die Werbetreibenden gerichteten Angebot der RMS Super Kombi auch die Städtekombi Brandenburg umfasst hätte. Damit wäre jedoch die Ungleichbehandlung der Städtekombi Brandenburg nicht beseitigt, sondern lediglich durch eine andere, die Klägerinnen möglicherweise weniger beeinträchtigende Form der Diskriminierung ersetzt worden.

54 Dass die Beklagten die Diskriminierung möglicherweise auch durch anders definierte allgemeine Aufnahmekriterien hätte abstellen können, ist im Streitfall angesichts des nicht in die Zukunft gerichteten, sondern auf Schadensersatzansprüche beschränkten Klagebegehrens unerheblich.

55 bb) Entsprechendes gilt für die verweigerte Aufnahme der Sender der Städtekombi Brandenburg in die - ihrerseits einen Bestandteil der RMS Super Kombi bildende - regionale Senderkombination RMS Berlin Kombi. Zu berücksichtigen ist dabei, dass das Sendegebiet der RMS Berlin Kombi nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Bundesländer Berlin und Brandenburg umfasst und die Sender der Städtekombi Brandenburg bei Klageeinreichung etwa 60 % der Einwohner Brandenburgs erreichten.

56 c) Der Aufnahme der Städtekombi Brandenburg GbR in die RMS Super Kombi stand nicht entgegen, dass die an dieser Vermarktungskombination beteiligten Sender eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden.

57 Für die Schadensersatzverpflichtung der Beklagten ist es ohne Belang, ob die Beklagte eine Aufnahme der Städtekombi Brandenburg GbR oder ihrer Gesellschafter in die Beklagte zu 2 erzwingen konnte. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann sich seinen besonderen kartellrechtlichen Pflichten nicht dadurch entziehen, dass es sich - von ihm selbst oder unter seiner Mitwirkung geschaffenen - gesellschafts- oder vertragsrechtlichen Zustimmungserfordernissen unterwirft.

58 d) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts scheitern die Ansprüche der Klägerinnen für die Jahre 2013 bis 2015 nicht daran, dass es an einem rechtzeitigen Aufnahmeantrag fehlt. Nach seinen Feststellungen wurde für das Jahr 2012 und damit das erste Jahr, für das Schadensersatz begehrt wird, rechtzeitig die Aufnahme der Städtekombi Brandenburg in die RMS Berlin Kombi und

die RMS Super Kombi begehrt. Dass ein solcher Antrag auch von bereits aufgenommenen Sendern jährlich erneut zu stellen war, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

59 4. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben. Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Städtekombi Brandenburg GbR gegen die Beklagte ein Anspruch auf Aufnahme in die RMS Super Kombi und die RMS Berlin Kombi aus § 33 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB zugestanden hat und jener Gesellschaft durch die verweigerte Aufnahme ein Schaden entstanden ist. Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1, Abs. 3 ZPO).

60 5. Für das wiedereröffnete Berufungsverfahren gibt der Senat folgende Hinweise:

61 a) Bei einer erneuten Prüfung der sachlichen Angemessenheit der Kriterien für die Aufnahme in eine Senderkombination wird das Berufungsgericht bei der gebotenen Interessenabwägung gegebenenfalls auch zu berücksichtigen haben, welche Bedeutung der Zugang zu bundesweiten Werbekunden für die wirtschaftliche Lebensfähigkeit von Sendern wie denjenigen der Städtekombi Brandenburg in den Jahren 2012 bis 2018 hatte, insbesondere ob derartige Privatsender auch dann wirtschaftlich arbeiten konnten, wenn sie Werbeaufträge allein von regionalen und lokalen Kunden erhielten.

62 b) Sollte sich ergeben, dass die Beklagte die Städtekombi Brandenburg für das Jahr 2012 in die von den Klägerinnen angestrebten Senderpakete hätte aufnehmen müssen, ein Aufnahmeantrag nach den von der Beklagten aufgestellten und diskriminierungsfrei angewandten Kriterien indessen auch von bereits vermarkteten Sendern für jedes Kalenderjahr neu zu stellen war, wird das Berufungsgericht zu beachten haben, dass aus dem Umstand, dass für die

Städtekombi Brandenburg nach seinen Feststellungen für das Jahr 2013 kein und für die Jahre 2014 sowie 2015 verspätete Aufnahmeanträge gestellt wurden, angesichts der den Klägerinnen unabhängig davon aus anderen Gründen beharrlich verwehrt Aufnahme nicht wird geschlossen werden können, dass sie solche Anträge auch dann nicht oder nicht rechtzeitig gestellt hätten, wenn sie der jeweiligen Kombination im Antragsjahr bereits angehört hätten.

63 c) Soweit es auf das Hörerzahlkriterium ankommen sollte, wird festzustellen sein, ob es lediglich für die erste Aufnahme in die Vermarktung der Beklagten erfüllt sein musste oder auch danach jährlich überprüft wurde.

64 Gegebenenfalls wird das Berufungsgericht ferner zu prüfen haben, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Änderung des Hörerzahlkriteriums, wie sie für die Vermarktungsjahre ab 2015 nach dem Vortrag der Beklagten nach Klageerhebung durch Gesellschafterbeschluss vom 12. August 2014 erfolgt ist, nach diskriminierungsfreier Übung für bereits an einer Senderkombination teilnehmende Unternehmen von Bedeutung war und ob geänderte Anforderungen der Sache nach keine unbillige Behinderung bedeuteten und nicht diskriminierend waren. Die Beklagte hat zu dem Kriterienwechsel ausgeführt, er erfolge angesichts der angestrebten Aufnahme weiterer Sender in die Vermarktung und mit Rücksicht auf die demographische Entwicklung. In Anbetracht dieser allgemeinen Aussage wird gegebenenfalls der Frage nachzugehen sein, ob die neuen Kriterien auf einem Interesse der Gesellschafter der RMS Berlin Kombi beruhten, die Städtekombi Brandenburg von einer Vermarktung in den Kombinationen der Beklagten fernzuhalten.

65 d) Hinsichtlich der für das Hörerzahlkriterium maßgeblichen Mediaanalysen ist bisher nicht festgestellt, ob es für die Aufnahme in die Senderkombinationen der Beklagten jeweils auf die ag.ma-Messung I oder II, beide Messungen oder eine von ihnen ankam.

Meier-Beck

Kirchhoff

Tolkmitt

Picker

Linder

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 07.09.2016 - 408 HKO 162/13 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 28.02.2019 - 3 U 232/16 Kart -