

In Kooperation mit:
BITKOM e.V.
davit im DAV
eco e.V.
VPRT e.V.

MMR

MultiMedia und Recht

Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht

Herausgeber: Dorothee Belz · Prof. Dr. Oliver Castendyk · Prof. Dr. Reto M. Hilty · Prof. Dr. Thomas Hoeren · Prof. Dr. Bernd Holzner · Wolfgang Kopf · Prof. Dr. Peter Raue · Prof. Dr. Alexander Roßnagel · Prof. Dr. Joachim Scherer · Dr. Raimund Schütz · Prof. Dr. Ulrich Sieber · Dr. Axel Spies · Prof. Dr. Gerald Spindler

AUS DEM INHALT

- Editorial 697** FREDERIC UFER Die digitale Strategie darf kein Selbstzweck sein
- eCommerce 699** ISABEL GLÄSER Anwendbares Recht auf Plattformverträge
- Wettbewerbs- und Kennzeichenrecht 704** TIMO HANDEL Werbung für Prostitution und indizierte Angebote in Rundfunk und Telemedien
- 721** BGH: Kopfhörer-Kennzeichnung m. Anm. DIMITROVA
- 726** BGH: Hotelbewertungsportal m. Anm. MILSTEIN
- 732** OLG Koblenz: Keine Antwortpflicht für im Impressum hinterlegte E-Mail-Adressen m. Anm. WETTIG
- Immaterialgüterrecht 740** OLG Hamburg: Keine Erschöpfung bei E-Books und Hörbüchern m. Anm. HANSEN / STRUWE
- 746** LG Frankfurt/M.: Verjährung des Schadensersatzanspruchs bei Filesharing-Fällen m. Anm. ISSA
- Telekommunikations- und Medienrecht 710** SABINE HIMMELS / DAVID WEIGLIN Die Verpflichtung zur Datenübermittlung im manuellen Auskunftsverfahren
- 716** CHRISTIAN DJEFFAL Neue Sicherungspflicht für Telemediendiensteanbieter
- 753** EuGH: Safe Harbor-Abkommen ist ungültig m. Anm. BERGT
- 762** BGH: Einspeiseentgelte für öffentlich-rechtliche Rundfunkprogramme m. Anm. WEISSER

www.mmr.de

11/2015

Seiten 697–776

18. Jahrgang · 12. November 2015

Verlag C.H.BECK München



1850201511

BGH: Einspeiseentgelte für öffentlich-rechtliche Rundfunkprogramme

GWB §§ 1, 19; RStV §§ 2 Abs. 2 Nr. 13, 52b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, Nr. 1, 52d Satz 1; Art. 31 UDRL; Art. 14 Abs. 1 GG
Urteil vom 16.6.2015 – KZR 83/13 (OLG Stuttgart, LG Stuttgart)

Leitsätze

- 1. Den Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags lässt sich keine Aussage darüber entnehmen, ob der Betreiber einer Plattform, der der Pflicht zur Übertragung der beitragsfinanzierten Programme der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nachkommt, von diesen hierfür ein Entgelt verlangen kann.**
- 2. Die Kündigung eines Vertrags ist grundsätzlich unwirksam, wenn sie in Ausführung einer Vereinbarung oder Abstimmung erfolgt, die vom Verbot des § 1 GWB erfasst wird.**

Anm. d. Red.: Die Entscheidung wurde mitgeteilt von RA Dr. Ralf Weisser, McDermott Will & Emery LLP, München. Vgl. hierzu auch die Entscheidungen der Vorinstanzen: *LG Stuttgart* MMR 2013, 548 (Ls.) und *OLG Stuttgart* MMR 2014, 568 (Ls.); ferner *OLG München* MMR 2014, 201; *EuGH* MMR 2009, 433 (Ls.) – Kabel Deutschland/NLM; *BGH* MMR 2004, 470 m. Anm. Schuster – Verbindung von Telefonnetzen.

Sachverhalt

Die Kl. betreibt insb. in Rheinland-Pfalz Breitbandkabelnetze. Sie überträgt insb. die vom Bekl., der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt der Länder Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz, veranstalteten Fernseh- und Hörfunkprogramme. In Rheinland-Pfalz wurden 2011 knapp 40% der Haushalte über das Kabelnetz der Kl. mit Hörfunk- und Fernsehsignalen versorgt. Die Fernsehprogramme des Bekl. werden den Zuschauern daneben über Satellit und terrestrische Sendernetze (DVB-T), ferner über kleinere Kabelnetzbetreiber und das Internet zur Verfügung gestellt. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Länder einschließlich des Bekl., das *Zweite Deutsche Fernsehen*, *Deutschlandradio* und *ARTE G.E.I.E./ARTE Deutschland TV GmbH* zahlten der Kl. bisher auf der Grundlage eines zwischen ihnen und der Kl. am 27.2.2008 geschlossenen Vertrags „über die Einspeisung und Verbreitung von öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogrammen und -angeboten in Breitbandkabelnetze“ (im Folgenden: Einspeisevertrag) ein jährliches Entgelt i.H.v. € 27 Mio. für die – im Vertrag vereinbarte – digitale und analoge Einspeisung in die Kabelnetze der Kl. In Nr. 6 der Präambel hielten die Vertragsparteien ihre unterschiedlichen Auffassungen darüber fest, ob die Kl. ihre digitalen Verbreitungsleistungen auch künftig nicht nur durch Zahlungen der Endnutzer, sondern auch durch Einspeiseentgelte der Rundfunkveranstalter finanzieren könne. Seit dem 30.4.2012 strahlen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihre Fernsehprogramme nur noch digital aus. Mit Schreiben v. 19.6.2012 erklärte der Bekl., ebenso wie die anderen am Einspeisevertrag beteiligten Rundfunkveranstalter, dessen Kündigung zum 31.12.2012. Die Kl. speist die Rundfunksignale, die der Bekl. nach wie vor zur Verfügung stellt, weiterhin in ihre Netze ein. Der Bekl. leistet dafür kein Entgelt mehr. Die Kl. hält die Kündigung für unwirksam. Sie begehrt in erster Linie die Feststellung, dass der Einspeisevertrag auch nach dem 31.12.2012 für die Verbreitung in Rheinland-Pfalz fortbestehe. Mit gestaffelten Hilfsanträgen begehrt sie die Verurteilung des Bekl. zur Annahme eines von ihr vorgelegten Angebots zum Abschluss eines neuen Einspeisevertrags bzw. die Verurteilung des Bekl. zum Abschluss eines Einspeisevertrags zu angemessenen und marktüblichen Bedingungen. Das *LG Stuttgart* (MMR 2013, 548 (Ls.)) hat die Klage abgewiesen. Das *Berufungsgericht* hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen (*OLG Stuttgart* MMR 2014, 568 (Ls.)). Mit ihrer vom *Berufungsgericht* zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihre zuletzt gestellten Anträge weiter.

Aus den Gründen

7 Die zulässige Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das *Berufungsgericht*, ...

15 B. ... Die Versagung der von der Kl. mit dem Hauptantrag begehrten Feststellung, dass der Einspeisevertrag zwischen den Parteien auch nach Ablauf des 31.12.2012 fortbestehe, hat mit der vom *Berufungsgericht* gegebenen Begründung keinen Bestand. Die Kl. hat zwar keinen Anspruch auf Fortsetzung des Einspeisevertrags oder den Neuabschluss eines solchen Vertrags zu unveränderten Bedingungen (dazu I. [= Rdnr. 16]). Die Feststellungen des *Berufungsgerichts* tragen jedoch nicht seine Beurteilung, § 1 GWB stehe der Wirksamkeit der Kündigung nicht entgegen (dazu II. [= Rdnr. 53]).

16 I. Nach der Rspr. des *BGH* beendet eine an sich zulässige Kündigung den Vertrag nicht, wenn der Kündigende dem Vertragspartner ggü. verpflichtet ist, einen Vertrag gleichen Inhalts neu abzuschließen, der sich an den gekündigten Vertrag unmittelbar anschließen würde (*BGH*, U. v. 30.9.1981 – IVa ZR 187/80, unter 12 der Gründe; *BGHZ* 107, 273, 279 – Lotterie-Bezirksstelle). Die Kündigung wäre in einem solchen Fall mit Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht zu vereinbaren.

17 ... Nicht entscheidend für die rechtliche Beurteilung des Hauptantrags ist danach die von der *Revision* in den Vordergrund gestellte Frage, ob die Kl. zur *unentgeltlichen* Übertragung der Programmsignale des Bekl. verpflichtet ist. Maßgeblich ist vielmehr, ob den Bekl. die *Pflicht* trifft, mit der Kl. einen Vertrag zu schließen, nach welchem er ihr weiterhin ein Entgelt für die Übertragung der Programmsignale in der bisherigen Höhe und zu den bisherigen Konditionen zu zahlen hat. Dies hat das *Berufungsgericht* i.E. zutreffend verneint.

18 1. Eine solche Kontrahierungspflicht lässt sich, wie das *Berufungsgericht* zu Recht angenommen hat, den Regelungen des Rundfunkrechts nicht entnehmen.

19 a) Die Kl. ist als privatrechtlich tätige Betreiberin eines digitalen Kabelnetzes, über das auch Fernseh- und Hörfunkprogramme verbreitet werden, Betreiberin einer Plattform i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV. Nach § 52b Abs. 1 Nr. 1 RStV hat sie daher im Umfang von höchstens einem Drittel der für die digitale Verbreitung von Rundfunk zur Verfügung stehenden Gesamtkapazität sicherzustellen, dass die erforderlichen Kapazitäten für die bundesweite Verbreitung der gesetzlich bestimmten beitragsfinanzierten Programme sowie für die Dritten Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, einschließlich programmbegleitender Dienste, zur Verfügung stehen. Eine entsprechende Verpflichtung trifft die Kl. nach § 52b Abs. 2 Nr. 1 RStV hinsichtlich der beitragsfinanzierten Hörfunkprogramme. Hierzu rechnen auch die vom Bekl. bereitgestellten Fernseh- und Hörfunkprogramme.

20 Die Kl. hat danach nicht nur entsprechende Kapazitäten für die Übertragung näher bezeichneter Programme bereitzustellen und ggf. den Veranstaltern der gesetzlich bezeichneten Programme deren Einspeisung und Verbreitung anzubieten. § 52b RStV verpflichtet den Plattformbetreiber vielmehr dazu, die betreffenden Programme einzuspeisen und zu übertragen. ... Eine vertragliche Regelung über die Einspeisung und Übertragung ist dadurch zwar nicht ausgeschlossen, doch wird die Übertragungspflicht des Betreibers der Plattform nicht erst durch einen solchen Vertrag begründet, sondern besteht kraft Gesetzes.

21 b) § 52b RStV richtet sich nur an den Betreiber der Plattform, nicht an Programmanbieter wie den Bekl. (*Wagner*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 52b RStV Rdnr. 2). Mit der gesetzlichen Pflicht der Kabelnetzbetreiber zur Einspeisung und Übertragung der gebührenfinanzierten Programme korrespondiert jedoch eine Pflicht der Anbieter dieser Programme, den Kabelnetzbetreibern das Programmsignal zur Verfügung zu stellen. Die Verpflichtung der beitragsfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, für die umfassende Verbreitung ihrer Programme zu sorgen, ergibt sich aus dem Grundversorgungsauftrag, wie er einfachgesetzlich in §§ 11, 19 RStV geregelt ist. ...

22 c) Nach § 52d Satz 1 RStV dürfen Anbieter von Programmen durch die Ausgestaltung der Entgelte und Tarife der Betreiber von Plattformen nicht unbillig behindert oder ggü. gleichartigen Anbietern ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt werden. Satz 2 bestimmt, dass die Verbreitung von Angeboten nach § 52b Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 RStV zu angemessenen Bedingungen zu erfolgen hat. Auch diese Norm richtet sich nur an den Betreiber der Plattform. Sie begründet keine Verpflichtung des Programmanbieters, ein Entgelt für die Übertragung von Programmsignalen zu versprechen. Die Norm legt allefalls vertragliche Beziehungen zwischen dem Programmanbieter und dem Plattformbetreiber zu Grunde und stellt für den Fall, dass eine Entgeltvereinbarung getroffen worden ist, bestimmte Anforderungen an deren Ausgestaltung oder Durchführung. Aus den Bestimmungen des Landesmediengesetzes

über die Kabelbelegung in analoger Technik (§ 33 LMG Rheinland-Pfalz) ergibt sich nichts anderes.

23 d) Den Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags zur Übertragungspflicht lässt sich mithin schon keine Aussage darüber entnehmen, ob der Betreiber einer Plattform, der dieser Pflicht nachkommt, vom Programmveranstalter hierfür ein Entgelt verlangen kann, und erst recht nicht über dessen Höhe. Zu einer Regelung dieser Frage hat sich der Gesetzgeber in Kenntnis der unterschiedlichen Auffassungen, die hierzu spätestens seit 2008 vertreten wurden, auch bei den zeitlich nachfolgenden Änderungen des Rundfunkstaatsvertrags, insb. bei der letzten Änderung von § 52b RStV durch Art. 3 Nr. 8 des 15. Rundfunkänderungsstaatsvertrags v. 15.12.2010, die zum 1.1.2013 in Kraft getreten ist, nicht veranlasst gesehen.

24 e) Ein anderes Verständnis der angeführten rundfunkrechtlichen Regelungen ist auch durch das Unionsrecht nicht geboten.

25 aa) Eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine Übertragungspflicht des Kabelnetzbetreibers nur unter der Voraussetzung zu begründen, dass der begünstigte Programmanbieter im Gegenzug zur Zahlung eines Entgelts verpflichtet wird, findet in Art. 31 UDRL [Universaldienst-RL v. 7.3.2002 (ABl. L 108 v. 24.4.2002, S. 51)] keine Grundlage. ... Art. 31 Abs. 2 Satz 1 UDRL sieht lediglich vor, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, in Bezug auf die nach diesem Artikel auferlegten Verpflichtungen ggf. ein angemessenes Entgelt festzulegen. Von dieser Möglichkeit wurde bei der Umsetzung der RL durch den Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien kein Gebrauch gemacht.

26 bb) Die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Auferlegung von Übertragungspflichten findet nach Art. 31 Abs. 1 Satz 1 UDRL dort ihre Grenze, wo die Erfüllung dieser Pflicht den Unternehmen, die für die öffentliche Verbreitung von Hörfunk- oder Fernsehrundfunkkanälen genutzte elektronische Kommunikationsnetze betreiben, nicht zumutbar wäre. Nach der Rspr. des *EuGH* ist es Sache der nationalen Gerichte zu prüfen, ob die wirtschaftlichen Folgen der Pflichten, die dem Kabelnetzbetreiber auferlegt werden, solcher Art sind, dass der Betreiber sie – im Hinblick auf die Gesamtheit seiner Tätigkeiten – nicht unter wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen erfüllen kann (*EuGH*, U. v. 22.12.2008 – C-336/07 [= MMR 2009, 433 (Ls.)], Rdnr. 46 ff. – Kabel Deutschland/NLM). Ein Anspruch der Kl. gegen den Bekl. auf Abschluss eines entgeltlichen Einspeisevertrags zu unveränderten Bedingungen käme danach unter dem Gesichtspunkt einer unionsrechtskonformen Auslegung der nationalen rundfunkrechtlichen Regelungen in Betracht, wenn nach den konkreten Umständen des Einzelfalls anzunehmen wäre, dass die Kl. unzumutbar belastet würde, wenn sie die Pflicht zur Übertragung der Programme des Bekl. erfüllen müsste, ohne dafür von diesem das bisher gezahlte Entgelt verlangen zu können.

27 Dafür ist jedoch nichts ersichtlich. ...

28 f) Auch aus verfassungsrechtlichen Bestimmungen ergibt sich nicht, dass der Kl. ein Anspruch gegen den Bekl. auf erneuten Abschluss des bisherigen Einspeisevertrags zusteht.

29 aa) Die rundfunkrechtlichen Normen, die die Pflicht zur Übertragung der Programme des Bekl. begründen, greifen in das Eigentum der Kl. an ihrem Kabelnetz ein. Es handelt sich um eine Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums, die anhand von Art. 14 Abs. 1 GG und nicht nach Art. 14 Abs. 3 GG zu beurteilen ist, denn die Regelung entzieht keine konkreten Eigentumspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben, sondern beschränkt die Kl. in ihrer freien Disposition über das Kabelnetz. ...

31 Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die gesetzliche Pflicht zur Übertragung der Programme des Bekl. zu einer unzumutbaren Belastung der Kl. führt, wenn sie hierfür nicht weiterhin das bislang gezahlte Entgelt erhält. Die Übertragungspflicht dient der Erhaltung und Sicherstellung eines vielfältigen Programmangebots und verfolgt damit ein Ziel, das im allgemeinen Interesse liegt. Der Kl. wird durch das Gesetz lediglich die Pflicht auferlegt, bestimmte Kapazitäten des von ihr betriebenen Kabelnetzes für die Übertragung im einzelnen bestimmter Fernseh- und Rundfunkprogramme, insb. der beitragsfinanzierten Programme der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Verfügung zu stellen. Das Gesetz bestimmt dabei zwar nicht, dass hierfür ein Entgelt zu zahlen ist, erst recht legt es die Höhe eines Entgelts nicht fest. Es bestimmt aber auch nicht, dass die Kabelnetzbetreiber die Programmsignale unentgeltlich übertragen müssen. Nach der gesetzlichen Regelung bleibt es vielmehr – weiterhin – den Beteiligten überlassen, die angemessenen Bedingungen der Einspeisung der Programmsignale, mit der die Programmanbieter ihre Verbreitungspflicht und die Kabelnetzbetreiber ihre Übertragungspflicht erfüllen, vertraglich festzulegen. Dabei können sie auch berücksichtigen, dass die Programmanbieter die Programmsignale unentgeltlich bereitstellen und der Kl. die Möglichkeit eröffnen, sie kommerziell zu bewerten. ...

32 bb) Eine andere Beurteilung ist auch im Hinblick auf Art. 12 GG nicht geboten. ... Die gleichen Erwägungen, auf Grund deren ein Verstoß gegen Art. 14 GG zu verneinen ist, stehen der Annahme eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit entgegen. ...

34 2. Eine Pflicht des Bekl. zum Wiederabschluss des bisherigen Einspeisevertrags mit der Kl. ergibt sich auch nicht aus kartellrechtlichen Bestimmungen.

35 a) Eine Anwendung der Regelungen des Kartellrechts scheidet nicht deshalb aus, weil der Bekl. nicht als Unternehmen i.S.d. Kartellrechts anzusehen wäre. ...

37 ... Die Erstellung und Verbreitung der Hörfunk- und Fernsehprogramme des Bekl., einer Anstalt des öffentlichen Rechts, dient zwar als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung (§ 11 RStV), der Bekl. verfolgt damit aber auch wirtschaftliche Ziele. So hängt die Höhe der Vergütung, die von den Kabelnetzbetreibern nach dem einschlägigen Tarif für das Recht der Kabelweitersendung zu zahlen ist, von den mit der Weitersendung erwirtschafteten Umsätzen ab. Der Bekl. finanziert sich ferner nicht allein durch Beiträge. Einnahmen kann er vielmehr unter bestimmten Voraussetzungen auch durch Sponsoring (§ 8 RStV) und Produktplatzierung (§ 15 RStV) erzielen, ferner durch Werbung, die ihm – zeitlich begrenzt – im Hörfunk gestattet ist (§ 16 Abs. 5 RStV). Der Bekl. hat damit auch ein wirtschaftliches Interesse an einer weiten Verbreitung seiner Programme. ... Danach handelt der Bekl. auch nach Maßgabe der Kriterien der Unionsgerichte als Unternehmen i.S.d. Kartellrechts.

38 b) Der Anwendung der Bestimmungen des Kartellrechts steht ferner nicht entgegen, dass sich die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dazu entschlossen haben, den Einspeisevertrag nicht fortzuführen. Dies führt nicht dazu, dass es an einem Marktgeschehen fehlt.

39 Eine Überprüfung dieses Verhaltens nach den Regeln des Kartellrechts scheidet aus, wenn dem Bekl. die Fortführung dieses Vertrags oder der Abschluss eines neuen, gleichartigen Vertrags rechtlich untersagt wäre (*BGH*, Urt. v. 10.2.2004 – KZR 7/02 [= MMR 2004, 470 m. Anm. Schuster] – Verbindung von Telefonnetzen). Es ist dem Bekl. ebenso wie den anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten jedoch aus Rechtsgründen

nicht verwehrt, erneut einen entgeltlichen Einspeisevertrag abzuschließen.

40 Ein entsprechendes Verbot ergibt sich, anders als der Bekl. meint, nicht aus § 19 RStV. Nach dieser Norm können die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihrem gesetzlichen Auftrag durch die Nutzung geeigneter Übertragungswege nachkommen. ... Bei dieser Wahl haben die Rundfunkanstalten zwar nach § 19 Satz 2 RStV die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass die Rundfunkanstalten bei der Auswahl der Verbreitungswege allein die hierfür anfallenden Kosten in den Blick zu nehmen haben. Sie dürfen und müssen vielmehr auch weitere Kriterien, insb. die technischen Möglichkeiten und das tatsächliche Rezeptionsverhalten der Zuschauer sowie deren Bereitschaft und Möglichkeit zum Wechsel des Übertragungswegs, aber auch die insb. für die Einkünfte aus Werbung bedeutsame Reichweite, die sie jeweils erzielen können, in ihre Überlegungen einbeziehen. ...

41 c) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Weigerung des Bekl., den Einspeisevertrag mit der Kl. fortzusetzen, sei als Missbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem durch die Nachfrage des Bekl. nach Übertragungsleistungen bestimmten Markt zu qualifizieren.

42 aa) In Fällen der Diskriminierung oder unbilligen Behinderung eines Unternehmens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kommt nach der Rspr. des *BGH* ein Kontrahierungszwang in Betracht, wenn der Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen nur auf diese Weise beseitigt oder vermieden werden kann (st. Rspr., etwa BGHZ 36, 91, 100 – Gummistrümpfe; BGHZ 49, 90, 98 f. – Jägermeister; *BGH*, U. v. 26.10.1972 – KZR 54/71 – Registrierkassen; *BGH*, U. v. 12.5.1998 – KZR 23/96 – Depotkosmetik).

43 bb) Die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch liegen hier, entgegen der Ansicht der Revision, nicht vor.

44 (1) Nachdem die Kündigung ... bereits 2012 erklärt worden ist, sind der Beurteilung grds. die Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der damals geltenden Fassung zu Grunde zu legen. Da sich jedoch inhaltlich keine Änderungen ergeben haben, wird im Folgenden auf die seit dem 30.6.2013 geltenden Normen abgestellt.

45 (2) Für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts kommt es auf die Sicht der Marktgegenseite an (BGHZ 152, 347, 356 – Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge). Geht es – wie hier – darum, dass eine marktbeherrschende Stellung des Bekl. als Nachfrager behauptet wird, sind mithin die Ausweichmöglichkeiten der Kl. als Anbieterin maßgeblich. Danach kommt es allein auf die Nachfrage nach der Übertragung von Programmsignalen über Breitbandkabel an. Die Übertragung von Programmsignalen via Satellit oder über terrestrische Sendeanlagen hat außer Betracht zu bleiben, weil die Kl. sie nicht anbietet.

46 Eine marktbeherrschende Stellung des Bekl. als Nachfrager auf dem regulierten Markt für Einspeisekapazitäten ergibt sich aus den rundfunkrechtlichen Regelungen, die die Kl. gesetzlich verpflichten, einen Teil der Kapazität ihres Kabelnetzes ausschließlich für die Übertragung der gebührenfinanzierten Programme – auch derjenigen des Bekl. – freizuhalten. Durch diese gesetzliche Regelung ist die Kl. daran gehindert, die für den Bekl. und die anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten reservierten Kapazitäten an andere Programmanbieter zu vergeben. Der Bekl. muss sich deshalb bei der Nachfrage nach Übertragungsleistungen hinsichtlich dieses Teils der Kapazitäten nicht dem Wettbewerb solcher Unternehmen stellen, deren Pro-

gramme nicht unter die gesetzliche Übertragungspflicht fallen. Hinzu kommt, dass der Bekl. insoweit auch keinem Wettbewerb der anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ausgesetzt ist, weil die nach § 52b RStV vorzuhaltenden Kapazitäten ausreichen, um sämtliche gebührenfinanzierten Programme zu übertragen.

47 (3) Die Weigerung des Bekl., mit der Kl. einen Vertrag zu ggü. dem bisherigen Einspeisevertrag unveränderten Konditionen abzuschließen, stellt keinen Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung i.S.v. § 19 GWB dar.

48 (a) Nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB liegt ein Missbrauch insb. dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager ein anderes Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen. Der Bekl. behandelt die Kl. nicht anders als andere Kabelnetzbetreiber. Er zahlt auch anderen Betreibern solcher Netze kein Entgelt für die Übertragung von Programmsignalen.

49 (b) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, ein missbräuchliches Verhalten des Bekl. i.S.v. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB a.F.) ergebe sich daraus, dass er die Zahlung eines Entgelts für die Übertragungsleistung der Kl. verweigere, während private Fernsehsender, unabhängig davon, ob die von ihnen erstellten Programme unter die Übertragungspflicht nach § 52b Abs. 1 RStV fielen oder nicht, weiterhin ein angemessenes Entgelt zahlten.

50 Das Regelbeispiel nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB knüpft daran an, dass die Konditionen auf dem betroffenen Markt von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Ein solcher Schluss wird insb. dann naheliegen, wenn sich auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb andere Konditionen herausbilden. Die Behauptung der Kl., private Sender zahlten ihr ein angemessenes Entgelt, ist unzureichend, insb. fehlen nähere Angaben dazu, wofür und in welcher Höhe ein Entgelt gezahlt wird. Damit fehlt es an einer Grundlage für einen Vergleich mit den Verhältnissen zwischen der Kl. und dem Bekl., der die Schlussfolgerung tragen könnte, der Bekl. müsse weiterhin das bisherige Entgelt entrichten.

51 (c) Nach § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB (§ 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB a.F.) handelt ein marktbeherrschendes Unternehmen missbräuchlich, wenn es als Nachfrager ungünstigere Konditionen fordert, als es selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Anbietern verlangt, es sei denn, dass der Unterschied sachlich gerechtfertigt ist. Ob für unterschiedliche Konditionen eine sachliche Rechtfertigung besteht, ist auf Grund einer Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu beantworten (*BGH*, U. v. 7.12.2010 – KZR 5/10, Rdnr. 23 – Entega II).

52 Der Bekl. nimmt die Leistungen von Anbietern anderer Übertragungstechniken – per Satellit und über terrestrische Sendeanlagen – weiterhin gegen Entgelt in Anspruch. Diese unterschiedliche Behandlung ist jedoch grds. sachlich gerechtfertigt, da die Betreiber von Satelliten und terrestrischen Sendeanlagen, anders als die Betreiber von Kabelnetzen, nicht in vertraglicher Beziehung mit den Endkunden stehen und von diesen kein Entgelt dafür erhalten, dass sie die tatsächlichen Voraussetzungen für den Empfang von Hörfunk- und Fernsehprogrammsignalen schaffen, sondern sich auf die Übertragungsleistung beschränken. Angesichts dessen kann aus dem bloßen Umstand, dass der Bekl. solchen Anbietern ein Entgelt zahlt, nicht geschlossen werden, er fordere mit der Weigerung, den bisherigen Einspeisevertrag fortzusetzen, von der Kl. ungünstigere Konditionen als er

sie auf vergleichbaren Märkten mit gleichartigen Anbietern vereinbart hat.

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

54 1. Nach § 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten.

55 a) Nach dem Vortrag der Kl. hat der Bekl. mit den anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vereinbart, den Einspeisevertrag v. 27.2.2008 zu kündigen und keinen neuen Einspeisevertrag abzuschließen. Die Kl. hat weiter vorgetragen, der Bekl. habe die Kündigung des Einspeisevertrags in Vollzug dieser Absprache erklärt. Die Richtigkeit dieses Vorbringens ist revisionsrechtlich zu unterstellen, nachdem das *Berufungsgericht* hierzu keine Feststellungen getroffen hat.

56 b) Diese Vereinbarung ist auf eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs gerichtet. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten stehen insb. hinsichtlich der Finanzierung ihres Programmangebots sowohl untereinander als auch mit den privaten Rundfunkanbietern in Wettbewerb. Danach war es ihnen kartellrechtlich verboten, ihr Verhalten ggü. der Kl. und anderen Kabelnetzbetreibern zu koordinieren, um sich finanzielle Vorteile zu verschaffen. Ob dies auch gilt, soweit es um die Übertragung der Gemeinschaftsprogramme der in der *ARD* zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten geht, kann offenbleiben, weil die Übertragung solcher Programme nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist.

57 c) Ein Verstoß gegen § 1 GWB scheidet – entgegen der Auffassung des *Berufungsgerichts* – nicht deshalb aus, weil der Bekl. berechtigt war, den Einspeisevertrag zu kündigen. § 1 GWB schützt die wirtschaftliche Handlungs- und Betätigungsfreiheit des Unternehmens und damit auch die Freiheit der Entscheidung, ob und unter welchen Voraussetzungen es die Geschäftsbeziehung mit einem Dritten aufrechterhalten will. Die Unwirksamkeit ergreift damit Vereinbarungen darüber, bestimmte Geschäftsbeziehungen zu beenden oder nicht aufzunehmen, auch dann, wenn dem daran beteiligten Unternehmen an sich – bei autonomer Entscheidung – die Befugnis zur Kündigung und zur Verweigerung eines Vertragsschlusses zustünde (BGHZ 86, 324, 327 – Familienzeitschrift).

58 Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Vertrag gemeinsam abgeschlossen haben. Der Bekl. hat nicht geltend gemacht, dass der Vertrag nur gemeinsam gekündigt werden konnte. Lag die Entscheidung über eine Kündigung oder Fortsetzung des Vertrags – jedenfalls soweit es nicht um die Übertragung von gemeinschaftlich veranstalteten Programmen geht – mithin bei den einzelnen Rundfunkanstalten, war es diesen durch § 1 GWB untersagt, ihr Verhalten zu koordinieren.

59 2. Die vom Bekl. ausgesprochene Kündigung des Einspeisevertrags war unwirksam, wenn er den Entschluss hierzu nicht auf Grund einer autonomen Entscheidung gefasst, sondern in Vollziehung der kartellrechtswidrigen Absprache gehandelt hat.

60 Eine Abrede, die gegen § 1 GWB verstößt, ist nach § 134 BGB nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Im Streitfall geht es jedoch nicht um die Wirksamkeit der – revisionsrechtlich zu unterstellenden – Absprache zwischen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, sondern um die Wirksamkeit der Kündigung, die – wie ebenfalls revisionsrechtlich zu unterstellen ist – in Umsetzung dieser Absprache erklärt

worden ist. Die in Rspr. und Lit. bislang nicht erörterte Frage, ob eine Kündigung, die in Umsetzung einer kartellrechtswidrigen Absprache erfolgt, als unwirksam anzusehen ist, ist unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen danach zu beantworten, wie die Freiheit des Wettbewerbs effektiv gewährleistet werden kann.

61 Haben die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihr Verhalten ggü. der Kl. hinsichtlich der Kündigung des bisherigen und der Verweigerung des Abschlusses eines neuen Einspeisevertrags gemeinsam festgelegt, erfolgte die Kündigung nicht – wie vom Kartellrecht gefordert – auf Grund einer selbständigen unternehmerischen Entscheidung. In einem ähnlich gelagerten Fall, in dem die beteiligten Unternehmen vereinbart hatten, bestimmte Vertragsangebote nicht anzunehmen, hat der *BGH* eine Verfügung der Kartellbehörde gebilligt, mit welcher den an der verbotenen Absprache beteiligten Unternehmen deren weitere Umsetzung untersagt worden ist (*BGH*, B. v. 14.8.2008 – KVR 54/07, Rdnr. 57 ff. – Lottoblock). Diese Verfügung bedeutete, wie der *Senat* ausgeführt hat, nicht, dass die betroffenen Unternehmen Vertragsangebote dieser Art bedingungslos anzunehmen hätten. Sie verpflichtete sie jedoch zu einer autonomen, d.h. nicht durch die kartellrechtswidrige Absprache bestimmten, sondern auf Grund selbständiger unternehmerischer Überlegungen getroffenen Entscheidung über solche Angebote.

62 Geht es – wie hier – um die Durchsetzung des Kartellrechts mit den Mitteln des Privatrechts, entspricht dem die Folgerung, dass die Kündigung eines Vertrags, die in Umsetzung einer kartellrechtswidrigen Absprache ausgesprochen worden ist, grds. als unwirksam anzusehen ist. Der Vertrag bleibt damit zunächst bestehen. Eine wirksame Kündigung ist nicht auf Dauer ausgeschlossen, sie setzt jedoch voraus, dass das Unternehmen eine autonome Entscheidung darüber trifft, ob es den Vertrag beenden will.

63 Aus der Rspr. des *BGH* zur Wirksamkeit von Folgeverträgen (*BGH*, U. v. 4.5.1956 – I ZR 194/54 – Spediteurbedingungen; *BGH*, B. v. 9.7.1984 – KRB 1/84 – Schlussrechnung; vgl. *Karsten Schmidt*, in: FS Möschel, 2011, S. 559, 575) ergibt sich nichts anderes. Im Streitfall geht es nicht um eine vertragliche Vereinbarung, die mit Dritten getroffen worden ist, sondern um deren Kündigung und damit um eine einseitige Maßnahme. Zudem liegt ein besonderes Schutzbedürfnis der Marktgegenseite nicht vor. Die behauptete Absprache betrifft nur einige wenige Einspeiseverträge, die die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit den großen Kabelnetzbetreibern, darunter der Kl., geschlossen haben. Ein Interesse der Kl. daran, die Kündigung gegen sich gelten zu lassen, liegt fern. Soweit der Einspeisevertrag Pflichten der Kl. begründet, stellen diese sich im Wesentlichen nur als Konkretisierung der ihr ohnehin gesetzlich auferlegten Übertragungspflicht dar. Ihr Interesse ist mithin vor allem darauf gerichtet, dass die Pflicht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Zahlung des vereinbarten Entgelts bestehen bleibt. I.Ü. wäre es dem Bekl. im Verhältnis zur Kl. nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf eine solche Unwirksamkeit der Kündigung zu berufen.

64 3. Auf die Revision der Kl. ist das angefochtene Urteil daher aufzuheben. Die Sache ist zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das *Berufungsgericht* zurückzuverweisen. Dieses wird zu klären haben, ob der Bekl., wie von der Kl. behauptet, mit den anderen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vereinbart oder sich mit ihnen dahin abgestimmt hat, den Einspeisevertrag zu kündigen und keinen neuen Einspeisevertrag abzuschließen, und ob die von ihm ausgesprochene Kündigung auf einer solchen Absprache beruht. Nach der Lebenserfahrung

wird ein solcher Ursachenzusammenhang im Allgemeinen bejaht werden können, wenn die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung auf das beanstandete Verhalten gerichtet war und die entsprechende Handlung mit der Abrede in einem unmittelbaren Zusammenhang steht (BGHZ 86, 324, 328 – Familienzeitschrift; BGH, a.a.O., Rdnr. 43 – Lottoblock). Wäre solches im Streitfall festzustellen, hätte sich der Bekl. mit seinem Verhalten über die Unwirksamkeit dieser Vereinbarung hinweggesetzt.

65 Ein solcher ursächlicher Zusammenhang bedarf jedoch gesonderter Feststellung. Ein Unternehmen, das sich an einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung beteiligt hat, die auf eine bestimmte, für sich genommen nicht kartellrechtswidrige Verhaltensweise gerichtet war, ist nicht auf alle Zeiten an der betreffenden Handlung gehindert. Diese ist vielmehr dann nicht zu beanstanden, wenn es sich hierzu auf Grund autonomer Entscheidung – erneut – entschließt. Ob die Voraussetzungen hierfür, wie der Bekl. behauptet, erfüllt sind, bedarf einer sorgfältigen Prüfung unter Würdigung der Umstände des Streitfalls.

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

67 I. Aus den Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags kann – wie ausgeführt – nicht abgeleitet werden, dass eine Verpflichtung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die Einspeisung und Übertragung ihrer Programme durch die Kl. zu vergüten, von vornherein ausscheidet. Der Gesetzgeber hat diese Regelungen zu einer Zeit geschaffen, zu der zwischen den großen Kabelnetzbetreibern und den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Einspeiseverträge bestanden. Er hat sich in dieser Situation darauf beschränkt, einerseits im öffentlichen Interesse die Pflicht der Kabelnetzbetreiber zur Übertragung der gebührenfinanzierten Programme gesetzlich abzusichern (§ 52b RStV) und andererseits festzuschreiben, dass die Programmanbieter durch ein für die Verbreitung des Programmsignals zu zahlendes Entgelt nicht unbillig behindert oder diskriminiert werden dürfen (§ 52d RStV). Aus diesen Regelungen kann, wie oben ausgeführt, keine Verpflichtung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten hergeleitet werden, die Einspeiseverträge zu den bisherigen Konditionen fortzuführen. Ihnen kann aber auch nicht entnommen werden, dass eine Verpflichtung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – und damit auch des Bekl. – der Kl. ein Entgelt für die Einspeisung und Übertragung des Programmsignals zu zahlen, von vornherein ausscheidet. Die gesetzliche Pflicht zur Einspeisung und Übertragung bestimmter gebührenfinanzierter Programme wurde im öffentlichen Interesse geschaffen. Sie soll sicherstellen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihrem Grundversorgungsauftrag nachkommen können, dient jedoch nicht dazu, diese wirtschaftlich zu begünstigen. Die Einspeisung hat daher zu angemessenen Bedingungen zu erfolgen, deren Festlegung den Beteiligten obliegt. Verhandlungen hierüber könnten auf Seiten der Programmanbieter – nicht nur hinsichtlich der Gemeinschaftsprogramme, sondern insgesamt – von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gemeinsam geführt werden, ohne dass darin bereits ein Verstoß gegen § 1 GWB läge. Die Entscheidung darüber, ob das Ergebnis solcher Verhandlungen in eine rechtlich bindende Regelung umgesetzt wird, hätte allerdings jede Rundfunkanstalt in eigener Verantwortung zu treffen.

68 Die Einspeisung und Übertragung seines Programmsignals verschafft dem Bekl. erhebliche Vorteile. Der Bekl. stellt nicht in Abrede, dass er seinem Grundversorgungsauftrag nur dann umfassend nachkommen kann, wenn das Signal auch in das Breitbandkabelnetz eingespeist wird. Dies gilt jedenfalls so lange, wie eine erhebliche Zahl von Zuschauerhaushalten an das Kabel-

netz angeschlossen ist und die Programme des Bekl. aus rechtlichen, tatsächlichen oder wirtschaftlichen Gründen nicht ohne weiteres auf andere Weise empfangen kann. Die Zahl der Zuschauer und Zuhörer, die das Programmsignal des Bekl. empfangen können, ist zudem für die wirtschaftlichen Aktivitäten des Bekl., insb. den Wert der von ihm verkauften Werbezeit, von erheblicher Bedeutung. Der Bekl. kann der Forderung der Kl. nach einer Vergütung der Übertragung daher nicht erfolgreich mit dem Hinweis begegnen, er habe an der Einspeisung und Übertragung seines Programmsignals durch die Kl. kein eigenes Interesse.

69 Erbringt die Kl. danach für den Bekl. wirtschaftlich werthaltige Leistungen, hat der Bekl. diese grds. zu vergüten. Als marktbeherrschendes Unternehmen ist es ihm verwehrt, Geschäftsbedingungen zu fordern, die von denen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB). Es darf andererseits nicht aus dem Blick geraten, dass auch der Bekl. eine wirtschaftlich wertvolle Leistung bereitstellt, indem er der Kl. das Programmsignal kostenlos überlässt und ihr damit die Möglichkeit zu dessen kommerzieller Verwertung eröffnet. Für die Frage, ob und ggf. in welcher Höhe die Kl. von dem Bekl. für die Einspeisung und Übertragung des Programmsignals ein Entgelt verlangen kann, wird es mithin maßgeblich darauf ankommen, in welchem Verhältnis die Werte der beiderseitigen Leistungen nach der Beurteilung des Markts oder eines Vergleichsmarkts stehen. Der Kl. wird ggf. Gelegenheit zu geben sein, ihren Vortrag hierzu zu ergänzen und, soweit erforderlich, ihre Klageanträge anzupassen.

...

Anmerkung

RA Dr. jur. Ralf Weisser, LL.M., McDermott Will & Emery
Rechtsanwälte Steuerberater LLP, München

Die parallelen Entscheidungen des BGH in Sachen *Kabel Deutschland* gegen den *Südwestrundfunk* (KZR 83/13, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) und gegen den *Bayerischen Rundfunk* (KZR 3/14, im Wortlaut nahezu identisch) sind von erheblicher Bedeutung für die deutsche Kabelbranche. Die Frage, ob die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Zahlung von Einspeiseentgelten verpflichtet sind, ist seit vielen Jahren strittig. Zur gerichtlichen Klärung haben die im Jahr 2012 erklärten Kündigungen der im Jahr 2008 mit den großen Kabelnetzbetreibern geschlossenen Einspeiseverträge durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Anlass gegeben. Sämtliche neun erstinstanzliche Verfahren und die drei bisher entschiedenen Berufungsverfahren vor den OLG Stuttgart, München und Düsseldorf führten zur Abweisung der zivilrechtlichen Klagen (daneben wurden auch verwaltungsgerichtliche Verfahren initiiert) der beiden großen Regionalgesellschaften *Kabel Deutschland* und *Unitymedia* gegen die ARD, die in ihr zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten, das ZDF, das *Deutschlandradio* sowie ARTE. Auf Grund der Aufhebung der Urteile durch den BGH und Zurückverweisung an die OLG Stuttgart und München sind derzeit insgesamt vier OLG mit den Klagen befasst, da sich die von *Unitymedia* betriebenen Verfahren sowie die Klage der *Kabel Deutschland* gegen ARTE noch in der Berufungsinstanz bei den OLG Karlsruhe und Düsseldorf befinden. Für die Prognose, dass der Streit um die Einspeiseentgelte den BGH nochmals beschäftigen wird, bedarf es angesichts dieser Ausgangslage keiner hellseherischen Fähigkeiten, zumal die Argumentation des BGH nicht völlig überzeugt und einige wichtige Fragen offen geblieben sind.

1. Der BGH hat eine rundfunkrechtliche Anspruchsgrundlage für das von den großen Kabelnetzbetreibern im Gegenzug zu deren Einspeisepflicht nach der Formel „must-carry = must-pay“ geforderte Einspeiseentgelt mit überzeugenden Argu-

menten verneint. Die kartellrechtlichen Fragestellungen wurden jedoch nur z.T. beantwortet. Festzuhalten ist zunächst, dass sich ein Anspruch auf Zahlung unveränderter Einspeiseentgelte nur dann ergäbe, wenn der Vertrag auf Grund einer – vom *Berufungsgericht* noch festzustellenden – Unwirksamkeit der Kündigungen wegen Verstoßes gegen § 1 GWB fortbestehen sollte. Aus einem rundfunk- oder kartellrechtlichen Kontrahierungszwang folgt nach Auffassung des *BGH* jedenfalls kein Anspruch der Kabelnetzbetreiber auf Fortsetzung der Einspeiseverträge oder den Neuabschluss solcher Verträge zu unveränderten Bedingungen. Sollte die Klage der *Kabel Deutschland* mit dem Hauptantrag scheitern, käme bei Feststellung eines Ausbeutungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB allenfalls ein Anspruch auf Abschluss eines neuen Einspeisevertrags zu angemessenen Bedingungen in Betracht. Für die Bestimmung dieser angemessenen Bedingungen macht der *BGH* jedoch nur vage Vorgaben, die mehr Fragen aufwerfen als sie beantworten.

2. Mit seiner Auslegung der rundfunkrechtlichen Bestimmungen samt der von der Kl. ins Feld geführten unions- und verfassungsrechtlichen Normen lässt der *BGH* keinen Zweifel daran, dass sich aus diesen keine Anspruchsgrundlage für die Zahlung eines Einspeiseentgelts durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (und damit auch kein Anlass für die Annahme eines Kontrahierungszwangs) ergibt. § 52b RStV begründet keine Verpflichtung der Rundfunkanstalten, im Gegenzug zur dort auferlegten Einspeisung und Übertragung von öffentlich-rechtlichen Programmen eine Vergütung an den Kabelnetzbetreiber zu entrichten. Das gleiche gilt für § 52d RStV, da auch diese Norm lediglich an den Plattformbetreiber adressiert ist, nicht jedoch an die Rundfunkanstalten. Bei den Landesgesetzgebern hat sich die Ansicht, die Vergütungspflicht für die Must Carry-Einspeisung sei in einem zukünftigen Rundfunkänderungsstaatsvertrag festzuschreiben, bisher ebenfalls nicht durchgesetzt.

3. Der *BGH* stellt weiter klar, dass das Europarecht keinen Anspruch des Kabelnetzbetreibers auf Zahlung einer Einspeisevergütung gewährt. Art. 31 UDRL begründet selbst keine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Entschädigung der Unternehmen, denen Übertragungspflichten auferlegt werden. Von der in Art. 31 Abs. 2 Satz 1 UDRL eingeräumten Möglichkeit zur Festlegung eines angemessenen Entgelts wurde bei Umsetzung der RL durch den Rundfunkstaatsvertrag abgesehen. Der *BGH* vermag auch nicht zu erkennen, dass die Kabelnetzbetreiber die Must Carry-Verpflichtungen nicht unter wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen erfüllen könnten, selbst wenn keine Entgeltzahlung erfolgt. Der Kabelnetzbetreiber erhalte durch die (mit Ausnahme der von ihm zu entrichtenden Kabelweitersendungsvergütung) kostenlose Zurverfügungstellung der Programmsignale eine wirtschaftlich wertvolle Gegenleistung von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die ihm die Vermarktung verschiedener Kabelanschlussprodukte an Endkunden und die Wohnungswirtschaft ermögliche.

4. Die verfassungsrechtlich einschlägigen Bestimmungen der Art. 14 und 12 GG tragen aus Sicht des *BGH* ebenfalls nicht einen Anspruch des klagenden Kabelnetzbetreibers auf erneuten Abschluss des bisherigen Einspeisevertrags. Der Gesetzgeber habe bei der nach Art. 14 Abs. 1 GG (und nicht nach Abs. 3) zu beurteilenden Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums die schutzwürdigen Interessen des Kabelnetzbetreibers und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis gebracht. Die Übertragungspflicht diene im Allgemeininteresse der Erhaltung und Sicherstellung eines vielfältigen Programmangebots. Der Kabelnetzbetreiber habe lediglich bestimmte Kapazitäten zur Verfügung zu stellen, ohne dass dies unentgeltlich erfolgen müsse.

Die Beteiligten könnten vielmehr die angemessenen Bedingungen der Einspeisung der Programmsignale vertraglich festlegen. Aus denselben Erwägungen ergebe sich auch aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht, dass die Begründung von Übertragungspflichten ohne Festlegung einer gesetzlichen Entschädigungsregelung einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Kabelnetzbetreibers darstelle.

5. Der *BGH* räumt mit seiner Begründung für die Ablehnung eines kartellrechtlichen Anspruchs auf Weiterführung oder Neuabschluss des Einspeisevertrags zu den bisherigen Konditionen zunächst zwei Verteidigungslinien der beklagten Rundfunkanstalten beiseite. Zum einen nimmt er an, dass diese als Unternehmen i.S.d. Kartellrechts anzusehen seien, da sie mit der Erstellung und Verbreitung der Hörfunk- und Fernsehprogramme auch wirtschaftliche Ziele verfolgten. Zum anderen fehle es nicht an einem Marktgeschehen. Es sei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten insb. nicht durch das in § 19 Satz 2 RStV festgelegte Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus Rechtsgründen von vornherein verwehrt, einen neuen entgeltlichen Einspeisevertrag abzuschließen.

Zur Bejahung beider Vorfragen für eine kartellrechtliche Überprüfung des Verhaltens der beklagten Rundfunkanstalten stellt der *BGH* insb. auf deren Interesse an der Erzielung von Einnahmen aus der (Hörfunk-)Werbung, dem Sponsoring und der Produktplatzierung ab, deren Höhe auch von der mittels Kabelverbreitung erzielbaren Reichweite abhinge. Das trifft jedoch nicht auf alle öffentlich-rechtlichen Programme zu, da sowohl in den bundesweit verbreiteten Zusatzangeboten von ARD und ZDF als auch in den Dritten Fernsehprogrammen keine Werbung stattfindet (§ 16 Abs. 2 RStV). Ferner sind die vom *Deutschlandradio* veranstalteten Programme frei von Werbung und Sponsoring (§ 2 Abs. 2 und 3 DLR-StV) und das Programm von ARTE ist unter Verzicht auf Werbeeinblendungen und/oder Werbeunterbrechungen zu gestalten (Art. 19.1 des Gründungsvertrags der ARTE G.E.I.E.).

Darüber hinaus kann eine Nachfrage nach Einspeiseleistungen aus anderen Gründen entfallen als lediglich aus den Rechtsgründen des § 19 Satz 2 RStV. Insb. greift das Must Carry-Regime auch ohne Abschluss eines entsprechenden Einspeisevertrags. Die dadurch begünstigten Rundfunkanstalten sind daher nicht gezwungen, sich am Markt durch eine entsprechende – kostenpflichtige – Nachfrage zu betätigen (so auch *Hain*, K&R 2015, 563, 564 f. m.w.Nw. sowie *OLG Düsseldorf* NZKart 2014, 285, 288, mit dessen Entscheidung der *BGH* sich nicht auseinandergesetzt hat), da die Kabelnetzbetreiber deren Programme ohnehin einspeisen müssen. Es muss den Rundfunkanstalten daher freistehen, sich – ggf. unter Hinweis auf die gesetzliche Einspeiseverpflichtung des Kabelnetzbetreibers – einer privatwirtschaftlichen Marktnachfrage zu enthalten. Insofern kann für privatwirtschaftliche Kabelnetzbetreiber nichts anderes gelten als für privatwirtschaftliche Betreiber neuerer Plattformen wie IPTV über DSL, bei denen sich die Rundfunkanstalten ebenfalls einer kostenpflichtigen Nachfrage enthalten.

6. Der *BGH* beantwortet die weiteren Vorfragen nach dem sachlich relevanten Markt und der marktbeherrschenden Stellung der Rundfunkanstalten knapp und präzise. Dass es für ersteren allein auf die Nachfrage nach der Übertragung von Programmsignalen über Breitbandkabel (und nicht via Satellit oder terrestrische Sendeanlagen) ankommen kann, ist nicht unumstritten, aber in der Sache richtig. Denn bei Kabelnetzbetreibern besteht ein direktes vertragliches Verhältnis mit den Endkunden oder der Wohnungswirtschaft. Den Betreibern von Satelliten oder terrestrischen Sendeanlagen ist vergleichbares jedenfalls dann nicht möglich, wenn die Ausstrahlung wie bei öffentlich-rechtlichen Sendern unverschlüsselt erfolgt. Es ist daher nicht von Be-

lang, dass Satellitenbetreiber zunehmend mit verschlüsselten Plattformen wie HD+ (bzw. in Zukunft bei DVB-T2 auch terrestrisch) auf direkten Kundenkontakt setzen; denn gerade auf Grund dieses Kundenkontakts sind diese grundverschlüsselten Plattformen mit der unverschlüsselten Übertragung über Satellit und Terrestrik ebenfalls nicht vergleichbar.

Ob allerdings allein die durch das Must Carry-Privileg vermittelte (rundfunk-)rechtliche Stellung der Rundfunkanstalten für die Begründung von deren marktbeherrschenden Stellung ausreichen kann, wie der *BGH* meint, darf bezweifelt werden. Zum einen kann argumentiert werden, dass die „must-carry“-Kapazitäten vollständig dem Wettbewerb um die Einspeisung in Kabelnetze entzogen sind (so *Holznagel/Salwitzek*, K&R 2013, 454, 456); zum anderen stehen die Rundfunkanstalten grds. miteinander und mit Veranstaltern von privaten Programmen mit Regionalfernsehn (§ 52b Abs. 1 Nr. 1 b RStV) und regionalen Kanälen (§ 52b Abs. 1 Nr. 1 c RStV) durchaus im Wettbewerb – es besteht lediglich im digitalen Bereich ein Überangebot auf Grund der noch ausreichenden Kapazitäten der Kabelnetze. Darüber hinaus fallen nicht alle Programme der Rundfunkanstalten unter die Must Carry-Regelungen; auf dem breiteren Kabelmarkt sind die Rundfunkanstalten jedoch nicht marktbeherrschend, da sie lediglich einen kleinen Ausschnitt der insgesamt für Rundfunkprogramme zur Verfügung stehenden Kabelkapazität nachfragen (so auch *OLG Düsseldorf*, a.a.O., S. 287).

7. Knapp fällt auch die Begründung des *BGH* für die Verneinung des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung durch den Bkl. aus. Richtig ist, dass eine nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB verbotene Diskriminierung ausscheidet, weil die Rundfunkanstalten mit der Kündigung der Einspeiseverträge nunmehr die großen Kabelnetzbetreiber wie alle anderen behandeln: Sie zahlen keinem Kabelnetzbetreiber mehr ein Entgelt für die Übertragung von Programmsignalen. Gerade die Vermeidung der Ungleichbehandlung war den Rundfunkanstalten im Hinblick auf die gegen sie durch kleinere Kabelnetzbetreiber erhobenen Klagen (vgl. etwa *OLG Düsseldorf*, U. v. 30.4.2014 – VI-U (Kart) 15/13) sehr wichtig. I.E. nicht zu beanstanden ist auch die Feststellung des *BGH*, dass ein Strukturmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB ausscheidet. Allerdings scheitert dies bereits am fehlenden Tatbestand der Forderung ungünstigerer Konditionen durch die Rundfunkanstalten als Nachfrager und nicht erst am sachlich gerechtfertigten Grund, wie der *BGH* annimmt. Die Betreiber von Satelliten und terrestrischen Sendeanlagen agieren bereits nicht auf vergleichbaren Märkten, da sie im Gegensatz zu den Kabelnetzbetreibern nicht in vertraglicher Beziehung mit den Endkunden stehen und bei unverschlüsselter Ausstrahlung der öffentlich-rechtlichen Programme auch nicht stehen können (vgl. oben Ziff. 6). Die Rundfunkanstalten fordern daher von der Kl. schon nicht ungünstigere Konditionen als sie auf vergleichbaren Märkten mit gleichartigen Anbietern vereinbart haben. Auf den sachlich gerechtfertigten Grund, für dessen Vorliegen die Rundfunkanstalten i.Ü. beweispflichtig wären (*Bechtold*, GWB, 7. Aufl. 2013, Rdnr. 65), kommt es daher gar nicht mehr an.

8. Bei der Verneinung des Ausbeutungsmissbrauchs i.S.v. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB a.F.) entzieht sich der *BGH* jedoch einer eingehenden Begründung mit dem Verweis auf das klägerseitige Fehlen „nähere[r] Angaben dazu, wofür und in welcher Höhe ein Entgelt“ durch die privaten Rundfunksender gezahlt werde. Die vom *BGH* für den Fall einer möglichen Entscheidung der Berufungsgerichte gegebenen Hinweise (Rdnr. 66 ff.) bedürfen jedoch der kritischen Würdigung. Die Must Carry-Normen sollen nach dem Verständnis des *BGH* lediglich sicherstellen, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ihrem Grundversorgungsauftrag nachkommen kön-

nen, diese aber nicht wirtschaftlich begünstigen. Die Einspeisung habe „daher zu angemessenen Bedingungen zu erfolgen, deren Festlegung den Beteiligten“ obliege. Dabei komme es auf die Werthaltigkeit der jeweils der anderen Seite gewährten Leistungen (Ermöglichung der Grundversorgung und des Verkaufs von Werbezeiten ggü. kommerzieller Verwertung der Programmsignale) „nach der Beurteilung des Markts oder eines Vergleichsmarkts“ an. Dies kann aber selbst bei Unterstellung eines – nicht zwingend vorliegenden (dazu oben Ziff. 5) – Marktgeschehens nicht bedeuten, dass der Abschluss eines Einspeisevertrags zu angemessenen Bedingungen zwingend vorgeschrieben sein soll. Vielmehr kann auch eine Einspeisung ohne Vertragsabschluss „angemessen“ sein, wenn z.B. die Rundfunkanstalten die Einspeisung legitimerweise nicht mehr nachfragen (dazu *OLG Düsseldorf*, a.a.O., S. 288) oder das Interesse des Kabelnetzbetreibers an der Einspeisung überwiegt.

Während vor der Entlassung des sog. „Marktes 18“ aus der tk-rechtlichen Entgeltregulierung die Preisbestimmung auf Grundlage der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (§ 32 TKG) erfolgte, soll diese nunmehr nach Auffassung des *BGH* von der Attraktivität der Programme für die Zuschauer und damit von deren Bedeutung für die Vermarktungsmöglichkeiten des Kabelanschlussangebots abhängen. Wie das für die Must Carry-Programme mit dem vom *BGH* ebenfalls erwähnten Nichtdiskriminierungsgebot des § 52d RStV vereinbart werden kann, werden die Berufungsgerichte zu entscheiden haben. Diese werden daher nicht nur etwaige Unterschiede der Entgeltstruktur zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Programmveranstaltern, sondern auch zu prüfen haben, warum nur die großen Netzbetreiber, die die vormaligen Netze der *Bundespost* übernommen haben und daher marktbeherrschend sind, die Zahlung von Kabeleinspeiseentgelten durch die Rundfunkanstalten und großen privaten Sendergruppen durchsetzen konnten, nicht hingegen die kleineren Netzbetreiber wie *Tele Columbus*, *NetCologne* oder gar die IPTV-Anbieter. Zu einer vollständigen Erfassung der Situation auf den Vergleichsmärkten wird auch ein Blick ins Ausland gehören, wo meist ausschließlich den Programmveranstaltern ein Entgelt für die Programmsignale gezahlt und nicht umgekehrt von diesen ein Einspeiseentgelt entrichtet wird.

9. Der *BGH* konnte zur Aufhebung der *OLG*-Urteile auf Grund Verstoßes des Bkl. gegen § 1 GWB nur gelangen, weil er mangels entsprechender Feststellungen des *Berufungsgerichts* die Richtigkeit des Vorbringens der Kl. im Hinblick auf eine gemeinsame Abrede der Rundfunkanstalten zur Kündigung des bestehenden und zum Nichtabschluss eines neuen Einspeisevertrags unterstellt hat. Er unterscheidet dabei zum einen nicht zwischen dem von der Kl. zu beweisenden (*Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht/GWB, § 1 Rdnr. 261) gemeinsamen Entschluss zur Kündigung und einem etwaigen Entschluss zum – sich daran anschließenden – Nichtabschluss eines neuen Einspeisevertrags (zu gleichen oder veränderten Konditionen). Dies hätte in der Logik des *BGH* nur dann keine Konsequenzen, wenn der Einspeisevertrag nur gemeinsam hätte gekündigt werden können. Dann wäre eine Abstimmung der auf Seiten der Rundfunkanstalten beteiligten Vertragsparteien zur Bewirkung der Kündigung unvermeidlich gewesen und könnte nicht gleichzeitig als Verstoß gegen § 1 GWB angesehen werden, wollte man nicht die Vertragsparteien auf ewig binden. Mit seiner Feststellung, dass auch die Ausübung eines vertraglich eingeräumten Kündigungsrechts einen Verstoß gegen § 1 GWB darstellen kann, geht der *BGH* erheblich weiter als das *Bundeskartellamt* in dem Anfang 2012 gegen die *ARD* und das *ZDF* eingeleiteten Verfahren (Az. B7-20/12) wegen möglicher wettbewerbswidriger Absprachen im Zusammenhang mit der Kündigung und dem Neuabschluss der Einspeiseverträge. Das *Bundeskartellamt*

hatte eine mögliche Absprache zur Kündigung der Verträge nicht im Visier, sondern lediglich darauf gedrungen, dass neue Vertragsabschlüsse nicht mehr gemeinsam von allen Rundfunkanstalten verhandelt werden. Eine solche gemeinsame Verhandlung sieht wiederum der *BGH* als nicht kritisch, solange jeder der Beteiligten anschließend selbstständig über den Vertragsabschluss zu den gemeinsam ausgehandelten Bedingungen entscheide (Rdnr. 67).

Zum anderen geht der *BGH* nicht von einer Unwirksamkeit der Kündigung lediglich auf Grund einer gemeinsamen Absprache aus, sondern verlangt, dass der jeweilige Bekl. die Kündigung gerade in Umsetzung der Absprache und nicht auf Grund autonomer Entscheidung erklärt haben muss. Der *BGH* hat hiermit erstmals entschieden, unter welchen Voraussetzungen einseitige Erklärungen wegen Verstoßes gegen § 1 GWB als unwirksam angesehen werden können: Es kommt darauf an, ob derjenige, der die Erklärung abgegeben hat, dies auf Grund einer selbstständigen unternehmerischen Entscheidung tat oder durch die Absprache mit den anderen Kartellanten dazu veranlasst wurde. Allerdings erleichtert der *BGH* zu Gunsten der – im Regelfall beweispflichtigen (Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, a.a.O., § 1 Rdnr. 261) – Kl. den Nachweis, indem er auf den nach der Lebenserfahrung im Allgemeinen zu bejahenden Ursachenzusammenhang zwischen der wettbewerbsbeschränkenden Absprache und einer mit dieser in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Kündigungserklärung hinweist. Das *Berufungsgericht* wird daher zu entscheiden haben, ob und wie dieser erste Anschein erschüttert werden kann. Es muss dabei auch rundfunkrechtliche Vorgaben in Bezug auf die Erfüllung des Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebots (§§ 14 Abs. 1, 19 Satz 2 RStV) berücksichtigen. Diese führen bei autonomer Entscheidung jeder Rundfunkanstalt selbst dann zwangsläufig zu ähnlichen Ergebnissen (insb. im Hinblick auf die entsprechenden KEF-Anmeldungen), wenn man, wie der *BGH* (a.A. jedoch Hain, K&R 2015, 563, 565), ein daraus folgendes Verbot des Abschlusses entgeltlicher Einspeiseverträge für „must-carry“-Programme ablehnt.