

Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 3 U 124/13
312 O 202/12
LG Hamburg



Verkündet am
1. Juni 2017,
JAng als Urkundsbeamtin
d. Geschäftsstelle.

Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

In der Sache

R. ... GmbH & Co. KG,

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

gegen

A. GmbH,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 3. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Schmidt, die Richterin am Oberlandesgericht Terschlüssen und die Richterin am Oberlandesgericht Schwarz auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 23.02.2017 für Recht:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, ZK 12, vom 16.7.2013 (Az. 312 O 202/12) wird zurückgewiesen mit der Maßgabe, dass die Klage in der Fassung des in der Berufungsverhandlung vom 23.2.2017 gestellten Hauptantrages als unzulässig abgewiesen wird.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des jeweiligen Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

A.

Die Parteien sind Wettbewerber. Sie vermitteln Hörfunkwerbezeiten für Hörfunksender, und zwar vorrangig an national tätige Werbekunden. Es gibt außer ihnen keine vergleichbaren Anbieter, die ein national flächendeckendes Angebot an Hörfunkwerbezeiten vermarkten.

Die Klägerin, deren Kommanditisten private Radioanstalten sind, vermarktet ausschließlich Werbezeiten privater Rundfunksender. Sie wird tätig als Kommissionsagentin, mithin im eigenen Namen, aber auf Rechnung der Sender, wobei sie im Rahmen dieser Kommissionsagententätigkeit neben der Akquise auch die Abwicklung der Aufträge (Rechnungslegung, Inkasso etc.) übernimmt.

Die Beklagte ist eine 100%ige Tochter der ARD-Werbung S. GmbH; Gesellschafter ihrer Muttergesellschaft sind die Werbetochtergesellschaften der neun ARD-Landesrundfunkanstalten. Sie vertreibt ebenfalls Hörfunkwerbezeiten von Radiosendern in Deutschland an nationale Kunden, also an Kunden, die flächendeckend in mindestens 4 Bundesländern Werbung verbreiten. In erster Linie vermarktet die Beklagte hierbei die Hörfunkwerbezeiten der öffentlich-rechtlichen Sender, daneben auch die von privaten Hörfunksendern, wobei auch sie im Regelfall im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung tätig wird.

Beide Parteien bieten ihren Kunden zum einen Werbezeiten der jeweiligen Sender einzeln an (Einzelbelegung). Daneben fassen sie die Werbezeiten mehrerer Sender aber auch zu länderübergreifenden oder nationalen Kombinationen („Kombis“) zusammen, in deren Rahmen sie Werbezeiten mehrerer Sender zu einem Angebot bündeln. Für derartige Hörfunkwerbekombinationen wird ein sog. Kombirabatt (im Vergleich zur Summe der Preise der darin zusammengefassten Einzelpreise) gewährt.

Streitgegenständlich sind die jeweils größten Kombinationsangebote der Parteien, nämlich die R. Super Kombi der Klägerin und die seit 2009 auf dem Markt befindliche S. Radio Deutschland-Kombi der Beklagten. Bis einschließlich 2008 hat die Beklagte eine national flächendeckende Kombination unter dem Namen S.-Kombi No. 2 angeboten. Im Jahr 2009 änderte die Beklagte, nachdem sie 15 Sender hinzugewonnen hatte, den Namen der nunmehr 53 Radioprogramme erfassenden Kombination zu „S. Radio Deutschland-Kombi“ (nachfolgend auch „Radio Deutschland-Kombi“ genannt). Als Alternative bietet die Beklagte auch die S. Radio Deutschland-Kombi Kompakt an, welche im Vergleich zur Radio

Deutschland-Kombi weniger Sender beinhaltet, aber gleichwohl das gesamte Bundesgebiet abdeckt.

Der Preis für Radiowerbung bestimmt sich nach der Anzahl der erreichten Hörer und variiert nach Sender und Uhrzeit. Um das Preis-Leistungsverhältnis von Werbezeiten darzustellen, wird als Berechnungsgröße der sog. Tausendkontaktpreis „TKP“ herangezogen; der TKP zeigt die Kosten, um 1.000 Hörer zu erreichen. Ermittelt wird diese Zahl, indem der Preis pro Zeiteinheit dividiert wird durch die Anzahl der Hörerkontakte (regelmäßig bezogen auf eine bestimmte Zielgruppe, beispielsweise die unstrittig besonders werberelevante Zielgruppe der 14-49jährigen Hörer) und dann das Ergebnis mit dem Faktor 1.000 multipliziert wird.

Die Klägerin hat geltend gemacht:

Die Beklagte vermarkte die Radio Deutschland-Kombi seit 2009 zu Preisen, die unterhalb der Marktpreise lägen. Sie gefährde damit nicht nur den Wettbewerb der Klägerin, sondern auch denjenigen der von ihr vermarkteten privaten Hörfunksender bis hin zur Gefahr einer Vernichtung der wirtschaftlichen Grundlage zahlreicher Privatsender.

Das Unterschreiten des Marktpreises durch die Beklagte werde deutlich anhand des nachfolgenden Vergleiches der Konkurrenzprodukte Radio Deutschland-Kombi (bzw. deren Vorgängerkombination S.-Kombi No. 2) und der R. Super Kombi (wobei sie sich hinsichtlich der Reichweiten und TKPe beziehe auf „Mo-Sa, Durchschnittsstunde, 6-18 Uhr“ und hinsichtlich des absoluten Preises auf den „Durchschnittspreis 30 Sek., Mo-Sa, 6-18 Uhr“)

S. Dt.-Kombi	Angebot 2008	Angebot 2009	Angebot 2010	Angebot 2011	Angebot 2012
Preis absolut	13.945,00	14.740,00	15.925,00	18.325,00	21.525,00
TKP Gesamt	2,02	1,42	1,50	1,60	1,84
Reichweite (RW) Gesamt (in Tausend)	6.898	10.416	10.618	11.479	11.725
TKP 50+	7,14	2,82	2,95	3,11	3,76
RW 50+ (in Tausend)	1.953	5.236	5.395	5.883	5.723
TKP 14-49	2,82	2,85	3,05	3,27	3,59
RW 14-49	4.945	5.180	5.223	5.596	6.002

(in Tausend)					
Kombirabatt auf Einzelpreis	18,6%	37,8 %	33,4%	30,3%	26,5%

R. SUPER KOMBI	Angebot 2008	Angebot 2009	Angebot 2010	Angebot 2011	Angebot 2012
Preis absolut	17.800,33	18.510,83	18.356,98	20.152,00	21.375,00
TKP Gesamt	2,10	2,26	2,30	2,39	2,47
RW Gesamt (in Tausend)	8.458	8.184	7.981	8.447	8.645
TKP 50+	7,83	8,46	7,69	7,76	7,61
RW 50+ (in Tausend)	2.273	2.187	2.389	2.598	2.807
TKP 14-49	2,88	3,09	3,28	3,45	3,66
RW 14-49 (in Tausend)	6.186	5.997	5.592	5.849	5.838
Kombirabatt auf Einzelpreis	16,7%	18,3%	17,0%	14,9%	18,6%

Die Beklagte habe zwar den absoluten Preis ihrer Radio Deutschland-Kombi seit 2008 kontinuierlich erhöht, die Preiserhöhung entspreche aber nicht der erheblichen Steigerung der Gesamtreichweite, die das Angebot seit 2008 infolge der Aufnahme weiterer Sender verzeichnet habe. Die Reichweitensteigerung habe im Alterssegment 50+ zu einem erheblichen Preisverfall geführt. Vergleiche man das Preisniveau beider Angebote, falle auf, dass die Beklagte die Preise der Klägerin seit 2009 systematisch erheblich unterbiete. Die TKPe der Beklagten in der Zielgruppe Gesamt und im Alterssegment 50+ lägen damit erheblich unter dem Preis des Konkurrenzangebots des einzigen im Markt vorhandenen vergleichbaren Unternehmens, das ausschließlich Werbezeiten privater Hörfunksender vermarkte.

Dass die aktuelle Preispolitik der Beklagten nicht mehr einem Marktpreis entspreche, zeige zudem ein Vergleich mit den historischen TKP Gesamt der Klägerin und der Beklagten für

die streitgegenständlichen Kombinationen (bzw. bei der Beklagten für die Zeit bis 2008 für die Vorgängerkombination):

Jahr:	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
S.	1,74	1,76	1,74	1,73	1,78	1,85	1,91	2,02	1,42	1,50	1,60	1,84
R.	1,82	1,86	1,81	1,88	1,92	2,01	2,08	2,10	2,26	2,30	2,39	2,47

Auch im Jahr 2013 liege der Preis der Beklagten (EUR 18.525,00 / TKP Gesamt EUR 1,80) unter dem marktüblichen Preis.

Auch der Vergleich zu der S. Deutschland-Kombi Kompakt der Beklagten belege die Unterschreitung des Marktpreises in der streitgegenständlichen Kombination. Addiere man zum Preis der Kompaktversion die Einzelpreise der zusätzlichen Sender der Radio Deutschland-Kombi, zeige sich, dass der Preis der Radio Deutschland-Kombi um 22 % unter dem so errechneten Wert liege. Das entspreche einem Rabatt von 70 %.

Die unzureichende Verrechnung einer größeren Hörerreichweite zeige sich insbesondere bei einer Betrachtung des Alterssegments 50+. Der TKP 50+ der Beklagten spiegele nicht den Marktwert dieses Altersegments wider. Zwar hätten Mediaplaner sich lange Zeit auf die Zielgruppe 14-49 konzentriert, jedoch werde die Bedeutung dieser Alterszielgruppe zunehmend hinterfragt. Aufgrund des demografischen Wandels hin zu einer älteren Bevölkerung mit einer längeren aktiven Arbeits- und Lebenszeit beschränkten die Werbungtreibenden sich tatsächlich keineswegs mehr auf die Zielgruppe 14-49. Vielmehr sei die Zielgruppe Gesamt eine ebenso wichtige Referenzzielgruppe, und die Bedeutung des Segments 50+ nehme seit einigen Jahren erheblich zu. Die Werbungtreibenden trügen der demografischen Entwicklung ihrer Kunden zunehmend Rechnung und sprächen gezielt Kunden ab 50 an, wobei es keineswegs nur um Nischenprodukte für ältere Menschen gehe. Erhöhte Reichweiten in Zielgruppen ab 50 stellten für die Werbewirtschaft daher einen Mehrwert dar, für den sie einen höheren TKP zu zahlen bereit sei. Die dargestellte Entwicklung werde sich in den kommenden Jahren noch verstärken. Dass die Beklagte dem Alterssegment der älteren Hörer selbst zunehmende Bedeutung beimesse, lasse sich beispielsweise an der Schaffung der S. Deutschland-Kombi 40+ erkennen.

Die dargestellte Preisentwicklung wirke sich unmittelbar auf den Wettbewerb der Klägerin aus. Ihr drohe ein Verlust von Werbekunden, wenn sie ihre Preise nicht denen des Konkurrenzprodukts anpasse. Bei den nationalen Werbekunden, wie z.B. Danone, Ferrero,

Opel, die eine größtmögliche Hörerreichweite anstrebten, habe die Klägerin infolge der Preisnachlässe der Beklagten seit 2009 erhebliche Umsatzrückgänge zu verzeichnen.

Um im Wettbewerb mit der Beklagten zu bestehen, müsse sie ihre Preise ebenfalls deutlich senken. Dieser Anpassungsdruck werde dazu führen, dass sich kurz- bis mittelfristig ein durchschnittlicher TKP Gesamt im Markt etabliere, der unterhalb desjenigen TKP liege, den ein kleinerer oder mittlerer privater Radiosender in der Kombinationsvermarktung zum wirtschaftlichen Überleben benötige. Der kostendeckende TKP habe sich 2010 auf durchschnittlich EUR 2,00 brutto belaufen und dürfte infolge der Kostensteigerungen seit 2010 inzwischen höher sein. Sollte der TKP von unter EUR 2,00 brutto für die Zielgruppe Gesamt sich dauerhaft durchsetzen, wären vor allem kleinere und mittlere Sender in ihrer Existenz bedroht, wie die von ihr vermarkteten Sender Antenne Mecklenburg-Vorpommern, delta radio, harmony.fm, Radio Nora, Landeswelle Thüringen, planet radio, Radio top 40 und radio teddy, welche in der Zielgruppe Gesamt einen TKP in der nationalen Kombinationsvermarktung in Höhe von EUR 2,56 erzielen müssten, um zumindest kostendeckend zu arbeiten.

Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch der Klägerin ergebe sich aus § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV in Verbindung mit §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1, 3 Nr. 1 UWG. Die Preisgestaltung der Beklagten für die Radio Deutschland-Kombi in 2012 entspreche nicht den Marktbedingungen und verstoße deshalb gegen § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV. Bei § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV handele es sich um eine Marktverhaltensregel gemäß § 4 Nr. 11 UWG, und die Interessen der Klägerin seien durch den Verstoß spürbar beeinträchtigt. § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV regle das Marktverhalten auch im Interesse anderer Marktteilnehmer.

Satz 3 der Regelung enthalte eine generell verbindliche Marktverhaltensregel, die sämtliche kommerziellen Tätigkeiten sowohl der Rundfunkanstalten als auch ihrer Töchter erfasse. Die Regelung werde sodann in den Sätzen 4 bis 6 dahin ergänzt, dass marktrelevante kommerzielle Tätigkeiten durch Tochterunternehmen zu erbringen seien und das Gebot der Marktkonformität auch im Innenverhältnis gelte. Das Wort „auch“ im letzten Satz der Regelung zeige, dass Satz 3 die Marktbedingungen im Außenverhältnis regle, also jedes Marktverhalten der Anstalten bzw. ihrer Töchter gegenüber Dritten. Die Regelung verbiete den Anstalten und ihren Werbetöchtern daher auch, der werbungtreibenden Wirtschaft Hörfunkwerbezeiten zu anderen als „Marktbedingungen“ anzubieten. § 16a Abs.1 RStV solle vermeiden, dass es bei kommerziellen Tätigkeiten zu Wettbewerbsverzerrungen komme, und insofern für Waffengleichheit auf dem Markt sorgen.

§ 16a Abs. 1 Satz 3 RStV regle das Marktverhalten auch im Interesse der Marktteilnehmer. Das ergibt sich aus der europarechtlichen Herkunft der Vorschrift. Aus der der

Gesetzesänderung zu Grunde liegenden Kommissionsentscheidung gehe eindeutig hervor, dass das Verbot der Preisunterschreitung dem Schutz der Wettbewerber diene. Das stehe in Einklang mit den allgemeinen beihilferechtlichen Grundsätzen, nach denen das Verbot staatlicher Beihilfen in Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht nur den Wettbewerb, sondern auch die einzelnen Wettbewerber schütze.

Die Beklagte verstoße gegen § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV, indem sie mit dem Angebot der Radio Deutschland-Kombi für 2012 die marktüblichen Preise unterschreite. Was konkret unter Marktbedingungen oder unter marktüblichen Preisen zu verstehen sei, regele das Gesetz nicht ausdrücklich. Wortlaut und Systematik geböten es aber, auf diejenigen Preise und Bedingungen abzustellen, die sich im freien Wettbewerb privater Konkurrenten gebildet hätten oder bilden würden. Mithin seien insbesondere die Preise der Klägerin in den Blick zu nehmen.

Die Beklagte müsse sich aber auch an ihren eigenen Preisen messen lassen, insbesondere an den Preisen der S. Deutschland-Kombi Kompakt. Für diese Kombi berechne die Beklagte einen TKP Gesamt in Höhe von EUR 2,54, welcher den TKP Gesamt der Radio Deutschland-Kombi um fast 40% übersteige.

Unter Marktbedingungen würden sich die von der Beklagten verlangten Preise nicht bilden. Die Beklagte könne sie nur anbieten, weil sie die Preise der in die Radio Deutschland-Kombi zusätzlich aufgenommenen Sender aufgrund der Gebührenfinanzierung massiv rabattiere. Die Unterschreitung der Kostenpreise belege damit, dass die Beklagte ihre Radio Deutschland-Kombi nicht unter Marktbedingungen vermarkte; sie führe zudem zu der greifbaren Gefahr, dass zahlreiche private Hörfunksender mittelfristig ihre wirtschaftliche Existenzgrundlage einbüßten. Diese Gefahr verschärfe sich noch infolge der demografischen Entwicklung.

Die Preisgestaltung der Beklagten beeinträchtige die Marktchancen der Klägerin erheblich, sie habe bereits spürbar Marktanteile bei wichtigen Werbekunden eingebüßt und ihr drohten weitere Verluste von Werbekunden. Um diese abzuwenden, sei die Klägerin gezwungen, ihre Preise an diejenigen der Beklagten anzupassen, wodurch erhebliche Einnahmeverluste drohten. Aufgrund der notwendigen Preisanpassung könnten sich einige der kleineren und mittleren von der Klägerin vermarkteten Radiosender nicht mehr ausreichend durch Werbeeinnahmen finanzieren und ihre wirtschaftliche Grundlage einbüßen. Das schwäche die Angebotsstruktur, d.h. die Vermarktungsbasis der Klägerin erheblich und mache das Angebot der Klägerin für nationale Werbekunden weniger attraktiv. Eine spürbare Interessenbeeinträchtigung i.S.v. § 3 Abs. 1 UWG sei folglich gegeben.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel (§ 890 ZPO) zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Hörfunkwerbezeiten in der Hörfunkwerbezeitenkombination „S. Deutschland-Kombi“ zu den nachstehenden Preisen anzubieten und/oder zu verkaufen und/oder anbieten oder verkaufen zu lassen

- absolut EUR 21.525,00 oder EUR 18.825,00
- TKP Gesamt EUR 1,84 oder EUR 1,80
- TKP 50+ EUR 3,76 oder EUR 3,41.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Klägerin suche Gerichtsschutz unter verkehrten Vorzeichen. Die Klage sei darauf gerichtet, dem (auch aus der Sicht des Bundeskartellamts) marktstarken Unternehmen der Klägerin dazu zu verhelfen, seine Preise am Markt als marktüblich unter Schutz zu stellen und ihr, der Beklagten, als der Mitbewerberin, diese Preise des Marktführers als Mindestpreise für Konkurrenzangebote aufzuzwingen. Die Klägerin habe die Absicht, die Gebote des laueren Wettbewerbs dazu zu nutzen, sich gegen Preisanpassungsdruck abzusichern, ihr Existenzschutz zu gewähren und ihr ein angemessenes Wirtschaften und Überleben zu garantieren.

Die Klage unterliege schon deshalb der Abweisung, weil sie, die Beklagte, zu keinem Zeitpunkt in der Form des Klageantrags Hörfunkwerbezeiten angeboten und/oder verkauft habe oder habe anbieten oder verkaufen lassen. Die Klägerin habe beispielsweise weder vorgetragen noch durch irgendein Beweisangebot belegt, dass die Beklagte einen absoluten Preis von € 21.525,00 (wann und wofür?) mit den im Antrag aufgeführten TKP-Bezeichnungen „Gesamt“ und „50+“ beworben, angeboten oder verkauft habe oder habe verkaufen lassen habe.

Sie vermarkte ihr Kombi-Angebot nicht unterhalb der Marktpreise. Sie, die Beklagte, orientiere ihre Preise nach Abstimmung mit den Sendern eigenständig an den Marktverhältnissen. Bei der Suche nach dem passenden TKP würden Szenarien erstellt, die die erwartete Marktsituation im Folgejahr simulieren sollten. Dabei dienten die letztjährigen und die aktuell geltenden TKPe für das eigene Kombi-Angebot sowie die entsprechenden

TKPe der Wettbewerber, also maßgeblich der R. Super Kombi und der S. Deutschland-Kombi, als Basisgrößen. Als Parameter für die erwartete Entwicklung würden inter- und intramediale Preisentwicklung, die allgemeine Marktentwicklung in den Medien, die Erwartungen an die Werbewirtschaft und die Einschätzung der volkswirtschaftlichen Gesamtlage in die Betrachtung einbezogen. Zusätzlicher Einflussfaktor sei die feststellbare feste, wachsende oder zurückgehende Nachfrage nach dem Kombi-Angebot. Dazu komme dann die Einschätzung des Marktes, ob und mit welchen Aussichten TKPe im Markt angenommen und im Steigerungsfall durchsetzbar sein würden. Eine weitere große Bedeutung bei der Preisfindung habe der sogenannte Zweierindex, der Index aus Reichweite und TKP; ein Angebot mit einer geringeren Reichweite als derjenigen für das Konkurrenzangebot müsse regelmäßig im TKP günstiger sein, um so nicht hinter dem Konkurrenzangebot zurückzufallen. Sie arbeite nach diesen Vorgaben ihre Preisvorschläge für die Anschluss-Werbepériode aus und stimme sich darüber mit den danach von ihr in der Kombi vermarkteten Sendern ab.

Maßgeblich für den Vermarktungserfolg sei allein der TKP in der werberelevanten Zielgruppe 14 bis 49 Jahre; dies sei die für die Werbewirtschaft wichtigste Zielgruppe. Der Vergleich der TKPe 14 bis 49 zeige, dass von der behaupteten systematischen erheblichen Unterbietung durch die Beklagte keine Rede sein könne. Es sei die Klägerin, die alles daran setze, ihren TKP unter demjenigen der Beklagten zu halten, was ihr erstmals 2012 auch gelungen sei.

Wer in der Werbewirtschaft die Botschaft an Hörer 40+ herantragen möchte, wähle nicht die S. Deutschland-Kombi, sondern präferiere die S. Deutschland-Kombi 40+; andernfalls seien die Streuverluste für das gesuchte Werbesegment zu hoch. Hörer mit 50+ außerhalb der Zielgruppe 14 bis 49 Jahre bildeten als solche auch keine homogene Altersgruppe. Etwa ein Drittel gehören zur Gruppe 50 bis 59 Jahre, zwei Drittel zur Gruppe 60 Jahre und älter; nur im letztgenannten Seniorenssegment habe die S. Deutschland-Kombi verhältnismäßig mehr (nicht zielrelevante) Hörer als die R. Super Kombi.

Die auf die Altersgruppe 14-49 Jahre ausgerichtete Werbeklientel mache eine Vermarktung jener Sender, die über eine große Reichweite und auch über einen hohen Anteil von älteren Hörern jenseits der 49-Jahre-Grenze verfügten, schwer. Diese Sender würden wegen ihrer großen Altersstreuung bei hoher Reichweite und darauf beruhendem höheren Preis nur zurückhaltend gebucht. Aus diesem Grund seien gerade diese Sender darauf angewiesen, ihr Hörerpotenzial in der werberelevanten Altersgruppe über die Aufnahme in Kombinationen, die in der Werbewirtschaft Erfolg haben, zu nutzen. Sie erzielten im Verhältnis zu ihren hohen Reichweiten nur geringe Werbeerlöse aus der Einzelvermarktung und nutzten mit der Einbringung in Kombi-Angebote die Chance, ihr Werbepotenzial wenigstens im relevanten Segment auszuschöpfen.

Da es die Kombination der Beklagten als S. Deutschland-Kombi erst seit der Einführung 2009 am Markt gebe, seien alle Vergleichsrechnungen, die die Klägerin gegenüber dem Jahr 2008 angestellt habe, unergiebig und falsch.

Ein weiterer Irreführungsversuchs der Klägerin liege in der Argumentation, der Preis für die S. Deutschland-Kombi sei schon deshalb zu niedrig, weil er nicht die Summe der Einzelbuchungskosten für die im Jahr 2009 in die Senderkombination mit aufgenommenen zusätzlichen Sender widerspiegle. Dies sei gleich aus mehreren Gründen unzutreffend: Die Klägerin verkenne einmal mehr, dass der Gesamtpreis das Angebot gegenüber der werberelevanten Zielgruppe 14-49 Jahre widerspiegele und dass es deshalb nicht angehe, die Einzel-Belegungspreise für die Sender, die auch oder sogar vornehmlich andere Zielgruppen werbemäßig ansprechen, unbesehen zu übernehmen. Bei keinem der verschiedenen Kombi-Angebote sei der absolute Preis nachvollziehbar als Summe der für die Belegeinheit der Einzelsender geforderten Preise. Der Preis des Kombi-Angebots spiegle jeweils den „Kombi-Nachlass“ gegenüber dem Summenpreis der Sender wider. Die Behauptung der Klägerin, der absolute Preis für die S. Deutschland-Kombi beruhe daher auf einer Rabattgewährung von 70 %, sei als Milchmädchenrechnung zu brandmarken.

Es sei auch nicht Sache der Klägerin, für die in den Kombi-Angeboten vermarkteten Sender ein Klagelied über nicht länger kostendeckende Vermarktung anzustimmen. Die angeblich gutachtlich untermauerten Behauptungen, dass eine Kombinationsvermarktung zu TKP Gesamt von weniger als € 2,00 und bei kleineren Sendern von weniger als € 2,56 nicht mehr kostendeckend sei, um den Sendebetrieb aufrecht zu erhalten, sei unhaltbar. Zum einen werde auch bei dieser Behauptung wieder unterdrückt, dass die Sender selbst bei der Eigenvermarktung auf TKPe für ihre Zielgruppen abstellten. Zum anderen kranke die Rechnung der Klägerin daran, dass diese bzw. ihr Gutachter in der Anlage K17 auf die mit Anlage K16 dargestellte Brutto-Netto-Schere abstellten und damit den nicht zutreffenden Eindruck erweckten, bei den Radiosendern kämen die Einschaltpreise nur mit einem Rabattabzug von 50 % an. Tatsächlich landeten beim Sender nach Abzug eines Volumenrabatts nach Rabattstaffel von 15 %, der Agenturprovision von 15 % und einem Vorauszahlungs-Skonto von 2 % netto nahezu 70 %.

§ 16a Abs. 1 S. 3 RStV sei keine Marktverhaltensregel, sondern eine Marktzutrittsregelung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk mittels seiner kommerziell tätigen Tochtergesellschaften. Es würden uneingeschränkt und unbegrenzt Tätigkeiten unter Marktbedingungen, d.h. unter Bedingungen, wie sie sich auf dem jeweiligen nach dem Bedarfsmarktkonzept abgegrenzten Markt für funktionell austauschbare gewerbliche Leistungen herausbildeten, zugelassen. Dagegen würden den Rundfunkanstalten keine weiteren Vorgaben, Auflagen, Einschränkungen, Begrenzungen, Verzichte,

Verhaltensgebote gemacht, außer der im Folgesatz 4 angeordneten Maßnahme, dass die Tätigkeiten durch rechtlich selbstständige Tochtergesellschaften zu erbringen seien.

Normadressaten des Rundfunkstaatsvertrags seien ferner allein die Rundfunkanstalten. Das sich aus § 16 a Abs. 1 Sätze 1-3 RStV ergebende Gebot richte sich eindeutig, klar und abschließend an die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und nur an diese. Es könne auch nicht darüber hinaus ausgedehnt werden, weil den Bundesländern als Gesetzgebern des Rundfunkstaatsvertrags jede Kompetenz abgehe, Marktverhaltensregeln für Unternehmen aufzustellen, die sich außerhalb des Anwendungsbereichs des Rundfunkstaatsvertrags (Veranstaltung und Verbreitung von Rundfunk) im freien Wettbewerb durchsetzen müssten. Insbesondere gehörten die rechtlich selbstständigen Tochtergesellschaften des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht zu den Adressaten der staatsvertraglichen Norm. Satz 4 des § 16 a Abs. 1 RStV sage nur, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die kommerziellen Tätigkeiten durch rechtlich selbstständige Tochtergesellschaften zu erbringen hätten, soweit nicht wegen geringer Marktrelevanz auch eine Eigenerbringung zulässig bleibe. Mit diesem weiteren Gebot an die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten würden deren rechtlich selbstständigen Tochtergesellschaften jedoch nicht selbst den Beschränkungen aus dem Rundfunkstaatsvertrag unterworfen. Für die Tochtergesellschaften selbst folgten daraus keine sie unmittelbar im Wettbewerb mit Dritten verpflichtenden Normen für eigenes Wettbewerbsverhalten.

Die Klägerin könne sich nicht mit Erfolg auf die für die Leistungsbeziehungen zwischen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und ihren kommerziellen Tochtergesellschaften geltende Verrechnungspreisrichtlinie berufen. Diese verfolge das wiederum aus der Begründung zum 12. RfÄndStV zu entnehmende Gebot, dass die Rundfunkanstalten auch gegenüber ihren Tochtergesellschaften solche Bedingungen vorzusehen hätten, die am Markt gelten (aR. length principle); daher seien Leistungen gegenüber der Tochter zu Marktpreisen zur Verfügung zu stellen und Entgelte an die Tochterunternehmen für Leistungen zu Marktpreisen zu zahlen. Mit ihrer Hilfe und der für die kommerziellen Tochtergesellschaften aus wettbewerblichem Marktverhalten folgenden Vorgabe eigener Marktkonformität werde die befürchtete Wettbewerbsverzerrung durch beihilfenfinanzierte Quersubventionierung vermieden. Die Klägerin vermöge keinen Verstoß der Rundfunkanstalten gegen diese Richtlinie darzulegen. In der Richtlinie sei nirgends davon die Rede, dass der Preis der Marktführerin R. nicht unterboten werden dürfe.

Das Landgericht Hamburg, Zivilkammer 12, hat mit Urteil vom 16.07.2013 (Az.: 312 O 202/12) die Klage abgewiesen. Hinsichtlich der Einzelheiten der Begründung wird zur

Vermeidung von Wiederholungen auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen. Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin.

Die Klägerin wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Sachvortrag, wobei sie nunmehr, entsprechend ihres in der Berufungsinstanz geänderten Antrags, auch Ausführungen zu der Preisentwicklung in den Jahren 2014 – 2017 macht.

Die Klägerin trägt vor:

Sie, die Klägerin, habe wegen der Preispolitik der Beklagten in den Jahren 2012 – 2017 einen Unterlassungsanspruch gemäß § 16a Abs. 1 Satz RStV, einer Marktverhaltensregel, welche sich auch an die Beklagte als Normadressatin richte. Dem Gesetzgeber sei es um einen strengen Schutz der Marktbedingungen gegangen. Die Regelung solle Wettbewerbsverfälschungen ausschließen, die sich aus der Beitragsfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ergeben könnten. Das UWG schütze das Interesse der Allgemeinheit „an einem unverfälschten Wettbewerb“ und damit zugleich die Interessen der Mitbewerber. Damit seien Mitbewerber auch in den Schutz der Marktbedingungen einbezogen, die § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV vorschreibe.

Die Auffassung des Landgerichts, der Zweck des § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV erschöpfe sich darin, EU-Beihilferegulungen im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durchzusetzen und ihre Einhaltung sicherzustellen, gehe fehl. Auf den Zweck der beihilferechtlichen Vorgaben, die § 16a RStV umsetzen solle, gehe das Urteil mit keinem Wort ein. Diese Begründung erforsche den Gesetzeszweck nicht hinreichend und verkenne, dass das Beihilferecht kein Selbstzweck sei. Hätte das Landgericht den Schutzzweck der Norm vollständig ergründet, dann hätte es erkannt, dass das Beihilferecht dazu bestimmt sei, Mitbewerber zu schützen. Sowohl das Beihilferecht als auch das UWG dienen nach ihrem eindeutigen Wortlaut dem Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen. Artikel 107 Abs. 1 AEUV erkläre Beihilfen für mit dem Binnenmarkt unvereinbar, „die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen“. Die Verkürzung des Schutzzwecks des § 16a RStV auf eine Umsetzung beihilferechtlicher Vorgaben sei weder mit § 16a RStV in Einklang zu bringen noch mit dem Beihilferecht noch mit dem UWG.

Das Urteil verletze § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV auch, weil es den rundfunkrechtlichen Gesetzeszweck nicht berücksichtige. Die Vorschrift sei nicht darauf beschränkt, Beihilferecht umzusetzen. Es handele sich um eine rundfunkrechtliche Vorschrift mit einem

rundfunkrechtlichen Gesetzeszweck. Rundfunkrechtlich diene § 16a RStV dem Schutz von Mitbewerbern. Die Vorschrift solle praktische Konkordanz zwischen der Rundfunkfreiheit der öffentlich-rechtlichen Sender und den Grundrechten privater Mitbewerber herstellen, indem sie den kommerziellen Tätigkeiten der Rundfunkanstalten Grenzen ziehe. Damit sei der Schutz der Interessen privater Mitbewerber wesentlicher Teil des Gesetzeszwecks.

Die Urteilsgründe ließen nicht erkennen, welche rechtliche Unterscheidung das Landgericht mit der Bezeichnung „Reflex der Norm“ anspreche. Nach § 4 Nr. 11 UWG reiche es, wenn eine Norm zumindest auch dazu bestimmt sei, Marktteilnehmer zu schützen. Ein solcher Schutz könne sich auch aus dem „Reflex“ einer Norm ergeben, wenn er Teil des Schutzzwecks sei. § 16a Abs. 1 RStV schütze Mitbewerber indes, wie dargelegt, nicht nur als „Reflex“, wobei insoweit auch zu sehen sei, dass Vorschriften, die einen ruinösen Preiswettbewerb verhindern sollten, regelmäßig dazu bestimmt seien, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln.

Soweit das Urteil im Zusammenhang mit der Gesetzesbegründung die Umsetzung europarechtlicher Vorgaben zum Selbstzweck erhebe, halte es einer Überprüfung nicht stand. Es sei auch fehlerhaft, weil die Urteilsgründe die wiederholten Hinweise der Europäischen Kommission auf das Unterbieten von Preisen beim Verkauf von Werbezeiten vollständig ausblendeten. Wie sie bereits erstinstanzlich dargelegt habe, habe die Kommission in ihrem Einstellungsschreiben vom 24. April 2007 betont, dass zu einem marktkonformen Verhalten gegenüber Dritten „z.B. kein Unterbieten von Preisen beim Verkauf von Werbezeit“ gehöre. Auch die Mitteilung der Kommission vom 27. Oktober 2009 belege, dass die Kommission konkret den Schutz der Wettbewerber der öffentlich-rechtlichen Anstalten im Blick habe, deren Einnahmen durch die Preisunterbietung geschmälert würden.

Die Rechtsauffassung des Landgerichts reiße eine bedenkliche Rechtsschutzlücke, weil sie Wettbewerbern die Möglichkeit verschließe, gegen Verletzungen von § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV vorzugehen. Der Verweis auf den beihilferechtlichen Rechtsschutz sei schon im Ansatz verfehlt. Er vermenge Beihilferecht und Rundfunkrecht. Zwar diene § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV unter anderem dazu, beihilferechtliche Bedenken auszuräumen. Die Vorschrift als solche sei aber nicht beihilferechtlicher Natur. Rundfunkrechtliche Vorschriften würden nicht dadurch zu Beihilferecht, dass sie auch beihilferechtliche Bedenken ausräumen sollten. Demgemäß führe der beihilferechtliche Rechtsschutz nur zu einer Kontrolle nach den Maßstäben des Beihilferechts, nicht aber zu einer Überprüfung gemäß § 16a RStV. Wenn die beihilferechtliche Kontrolle für sich genommen genügen würde, hätte die Kommission den Mitgliedstaaten nicht aufgegeben, davon unbeschadet „geeignete Mechanismen einzurichten, anhand deren etwaige Beschwerden auf einzelstaatlicher Ebene wirksam

geprüft werden können“. In der Lesart des angefochtenen Urteils würde § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV folglich die ausdrücklichen Vorgaben der Kommission verletzen.

Die Ausführungen des Landgerichts zu dem Verhältnis zwischen Satz 3 und Satz 6 des § 16a Abs. 1 RStV überzeugten nicht. Insbesondere widerspreche die Annahme einer Art doppelter Sicherung dem Auslegungsgrundsatz, nach dem Rechtsnormen möglichst so auszulegen seien, dass sie keine Redundanzen aufwiesen. Nach der Auslegung des Landgerichts gehe § 16a Abs. 1 Satz 6 RStV über den Regelungsgehalt des Satzes 3 derselben Vorschrift nicht hinaus.

Sie habe obendrein dargelegt, dass die vorliegende Klage sich auf die Rundfunkfreiheit stützen könne. Angesichts des Gesetzeszwecks von § 16a RStV, die Grundrechte von Wettbewerbern der Rundfunkanstalten zu schützen, hätte das Landgericht auch diesem Argument nachgehen müssen. Im angefochtenen Urteil finde sich dazu indes kein Wort.

Die Annahme des Landgerichts, beihilferechtliche Vorschriften würden nicht zumindest auch dem Schutz von Mitbewerbern dienen, sei zudem nicht mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung vereinbar, nach der beispielsweise das beihilferechtliche Durchführungsverbot eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG sei (BGH, GRUR 2011, 444 – Flughafen Frankfurt-Hahn; s. auch GRUR-RR 2012, 157 – Flughafen Berlin-Schönefeld). Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in beiden Flughafenfällen stellten eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung der Zivilgerichte dar, die sich nicht mit der europarechtlichen Vorgabe habe vereinbaren lassen, Wettbewerbern nach nationalem Recht effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Angesichts des fehlerhaften Verständnisses der Natur beihilferechtlicher Vorschriften, die im angefochtenen Urteil zum Ausdruck komme, beantrage sie vorsorglich,

der Europäischen Kommission gemäß Artikel 23a Abs. 1 Verordnung 659/1999 (EG) folgende Fragen vorzulegen:

1. Ist es mit Art. 107 Abs. 1, 108 AEUV vereinbar anzunehmen, dass das Beihilferecht das Marktverhalten nicht (auch) im Interesse der Mitbewerber eines Tochterunternehmens einer Rundfunkanstalt regelt, die durch staatliche Finanzierung begünstigt wird?

2. Ist es mit Art. 107 Abs. 1, 108 AEUV vereinbar anzunehmen, dass Wettbewerber eines Tochterunternehmens einer Rundfunkanstalt, die durch staatliche Finanzierung begünstigt wird, nach nationalem Recht keinen Rechtsschutz gegen Verletzungen von Bestimmungen des nationalen Rundfunkrechts erlangen können, die eingeführt wurden, um Art. 107 und 108 AEUV umzusetzen?

Der TKP Gesamt und der TKP 50+ der S. Deutschland-Kombi bleibe weiter deutlich unter den Preisen, die sich bis 2008 auf dem Markt entwickelt hätten. Der Kombirabatt auf die Summe der Einzelpreise übersteige ebenfalls auffällig den Kombirabatt von 2008. Die Preise der Beklagten blieben trotz allgemeiner Preissteigerungen auch im Jahr 2014 deutlich unter denjenigen, die die Beklagte noch 2008 berechnet hat.

Die Unterschreitung von Marktpreisen in der S. Deutschland-Kombi werde wiederum auch bei einem Vergleich mit der Kombination S. Deutschland-Kombi Kompakt augenfällig, die einen deutlich höheren TKP Gesamt und TKP 50+ sowie einen niedrigeren Kombirabatt aufweise. Auffällig sei auch, dass die TKPe der Kompaktversion praktisch denjenigen ihrer R. SUPER KOMBI entsprächen.

Sie habe bereits erstinstanzlich unter Bezugnahme auf das als Anlage K 17 vorgelegte Gutachten dargelegt, dass kleinere und mittlere private Radiosender nicht wirtschaftlich betrieben werden könnten, würden sie ihre Werbezeiten in der nationalen Vermarktung zu einem TKP Gesamt vermarkteten, den die Beklagte in der „S. Deutschland-Kombi“ aufrufe. Dies gelte auch für die nunmehr einbezogenen TKPe der Folgejahre, wofür sie Beweis anbiete durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Der TKP Gesamt der „S. Deutschland-Kombi“ unterschreite bis heute den kostendeckenden TKP kleinerer und mittlerer Privatradios. Ein Rückgang der Kosten für den Betrieb eines Hörfunksenders seit 2010 sei weder vorgetragen noch ersichtlich sei. Die Beklagte habe auch nicht behauptet, dass die Erlösstruktur der landesweiten Privatradios sich seitdem in einer Weise verändert hätte, dass nunmehr von einem geringeren kostendeckenden TKP auszugehen sei. Tatsächlich sei dies nicht der Fall. Sie habe die Berechnungen des Gutachters Kors (Anlage K 17) für die nachfolgenden Jahre fortgeschrieben; nach diesen Berechnungen habe sich der kostendeckende TKP Gesamt wie folgt entwickelt:

TKP Gesamt	2010	2011	2012	2013	2014
Alle Sender	2,00	2,08	2,00	2,09	2,23
Große Sender	1,68	1,91	1,97	1,93	2,12
Mittlere Sender	2,20	2,08	1,90	2,11	2,12
Kleine Sender	2,54	2,46	2,18	2,44	2,53
Kleine mit DRW	2,23	2,40	2,39	2,47	2,55

Es sei auch nicht ersichtlich, dass der kostendeckende TKP Gesamt in den Jahren 2015 und 2016 gesunken wäre. Der TKP der Beklagten in der S. Deutschland Kombi zwischen EUR 1,44 (2010) und EUR 1,85 (2014) habe damit durchgängig unterhalb des durchschnittlich kostendeckenden TKP der Privatsender gelegen.

Bei der Bewertung der Marktbedingungen müsse berücksichtigt werden, zu welchem TKP die von der Beklagten vermarkteten Sender ihre Kosten decken könnten. § 16a RStV solle davor schützen, dass die öffentlich-rechtlichen Sender ihre Kostenvorteile aus der Gebührenfinanzierung ausspielten, und sie zu Transparenz zu verpflichten. Daher sei es der Beklagten zuzumuten darzulegen, dass die von ihr vermarkteten Sender mit den Erlösen, die sie aus der Vermarktung der „S. Deutschland-Kombi“ erzielten, ihre Kosten decken könnten. Das gelte insbesondere für die Kosten der Zusatzsender, deren Preise bei Aufnahme in diese Kombination mit bis zu knapp 70% rabattiert würden. Da sich die Beklagte hierzu in Schweigen hülle, erkläre sich die Klägerin vorsorglich ihr Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO), dass die von der Beklagten vermarkteten öffentlich-rechtlichen Sender auf Basis des TKP der „S. Deutschland-Kombi“ kostendeckend betrieben werden könnten.

Zu ihrem zuletzt gestellten Antrag trägt die Klägerin vor:

Nach ihrem Verständnis handele es sich bei den jährlich neu von der Beklagten im Rahmen des Tarifs „S. Deutschland-Kombi“ angebotenen Preisen um einen fortgesetzten und kerngleichen Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG a.F. bzw. § 3a UWG n.F. i.V.m. § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV, also um denselben Streitgegenstand. Daher stellten die Preise und TKP für die einzelnen Jahre mithin nicht jeweils gesonderte Streitgegenstände dar, sie ergäben sich vielmehr jeweils als Folge derselben Preisbildung, also einer im Kern fortgesetzten Verletzungshandlung. Die Klägerin habe die von der Beklagten nach Klageerhebung in den Jahren 2013 ff. angebotenen Preise in ihren Antrag mit aufgenommen, um den Kern des beantragten Verbots so zu konkretisieren, dass es nicht durch geringfügigste Änderungen umgangen werden könne; damit entspreche sie den Vorgaben, die der Bundesgerichtshof beispielsweise in seiner Entscheidung „Jubiläumsschnäppchen“ bekräftigt habe. Die einleitende Formulierung solle ihr Begehren zum Ausdruck bringen, es zu unterlassen, den beanstandeten Kombinationstarif zu Preisen anzubieten, wie sie in den Vorjahren unter den jeweils gegebenen Marktbedingungen gebildet worden seien. Aus den vorstehend dargelegten Gründen gehe sie davon aus, dass für die Jahre 2012 bis 2015 keine Erledigung eingetreten sei.

Ihre Unterlassungsklage sei zudem nicht unzulässig oder unbegründet geworden. Es bestehe nach wie vor die Gefahr, dass die Beklagte ihren Verstoß gegen § 3a UWG n.F. i.V.m. § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV in Zukunft wiederholen werde.

Die Wiederholungsgefahr sei nicht schon dadurch ausgeräumt, dass die Beklagte künftig möglicherweise nicht exakt dieselben Preise bei exakt denselben Marktbedingungen anbieten werde wie in den Jahren 2012 bis 2015. Ein einmal erfolgter Wettbewerbsverstoß begründe die tatsächliche Vermutung für seine Wiederholung. An den Fortfall der Wiederholungsgefahr seien strenge Anforderungen zu stellen. Insbesondere lasse die bloße Änderung tatsächlicher Verhältnisse die Wiederholungsgefahr nicht entfallen. Es handele sich im Streitfall auch um keinen Wettbewerbsverstoß, der seiner Natur nach nur in der Vergangenheit hätte begangen werden könne, so dass seine Wiederholung in der Zukunft faktisch ausgeschlossen sei. Zwar möge es unwahrscheinlich erscheinen, dass in Zukunft exakt dieselben Marktbedingungen erneut eintreten könnten. Allerdings verbiete sich – auch bei einem an der konkreten Verletzungsform orientierten Verbot – eine Betrachtung, die den Grund des Verbots vollständig ausblende. Die durch eine Verletzungshandlung begründete Wiederholungsgefahr erstrecke sich auf alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen. Entscheidend sei insoweit, dass sich das Charakteristische der Verletzungshandlung wieder finde. Der Kern der angegriffenen Verletzung könne mithin nicht so eng verstanden werden, dass die Beklagte nur dann gegen das begehrte Verbot verstoße, wenn sie die exakt selben Preise unter den exakt selben Marktbedingungen in exakt denselben Jahren anbieten würde. Dass ein solch enges Verständnis nicht zutreffe, zeige sich schon daran, dass es faktisch kaum identische Marktbedingungen geben könne, diese änderten sich ständig.

Charakteristisch für den Wettbewerbsverstoß sei auch nicht, dass die Beklagte etwa im Jahr 2012 einen TKP Gesamt von EUR 1,84 (statt z.B. EUR 1,83) angeboten habe, sondern dass sie in ihrem Tarif „S. Deutschland-Kombi“ den marktgerechten Preis unterbiete, und zwar indem sie bei der Bildung des absoluten Preises dieser Kombination Hörer der Altersgruppe 50+, also mehr als die Hälfte der Hörer, nicht einpreise. Sie habe im gesamten streitgegenständlichen Zeitraum in dieser Kombination die zusätzlichen Hörfunkwerbezeiten der im Jahr 2009 neu hinzugewonnenen 15 Sender mit vermarktet und dadurch den Anteil von Hörern in der Alterszielgruppe 50+ erheblich erhöht, ohne die Preise des Kombinationstarifs entsprechend anzuheben, so dass sie mehr als die Hälfte der angebotenen Hörer unter Verletzung von § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV anbiete, ohne hierfür ein zusätzliche Entgelt zu verlangen. Der Kern der Verletzungshandlung sei dabei nicht von spezifischen Marktbedingungen abhängig, die ausschließlich in den Jahren 2012 bis 2015 vorgelegen hätten und in der Zwischenzeit entfallen sein könnten. Insbesondere biete die Beklagte die Hörfunkwerbezeiten der erwähnten 15 weiteren Sender unverändert als Teil ihres Kombinationstarifs an und setze ihre Verletzungshandlung im Kern unverändert fort.

Unabhängig davon bestehe zumindest die Möglichkeit, dass sich der Markt und die Preise künftig wieder auf das Niveau von 2012 zurückentwickeln könnten. Vor diesem Hintergrund

erhalte sie ihren Antrag auch für die Jahre 2012 bis 2015 aufrecht und erkläre ihn für diese Jahre nur hilfsweise für erledigt. Eine solche hilfsweise Erledigungserklärung sei in der vorliegenden Konstellation zulässig.

Die Klägerin beantragt zuletzt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 16. Juli 2013 im Verfahren 312 O 202/12 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel (§ 890 ZPO) zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

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

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

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil, wobei sie ihren erstinstanzlichen Vortrag vertieft und wiederholt und ergänzend Ausführungen zu dem weitergehenden Vortrag der Klägerin und der geänderten Antragsfassung macht. Insbesondere macht sie geltend:

Es fehle nach wie vor trotz wiederholter Abänderung der Anträge an der Darlegung einer konkret beanstandeten Verletzungshandlung durch die Klägerin. Der neue Antrag sei in seiner abstrakten Form in jedem Fall sowohl prozess- wie wettbewerbsrechtlich unzulässig. Er belege die Hilflosigkeit und Aussichtslosigkeit der Klägerin, das von ihr angestrebte Preisdiktat zu Lasten ihres einzigen maßgeblichen Wettbewerbers, in jedem Fall den Angebotspreis für das R. Super-Kombi-Angebot mit dem Preisangebot für die S.Deutschland-Kombi überbieten zu müssen, ausgerechnet mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts durchzusetzen.

Der mit Schriftsatz vom 07.07.2016 angekündigten Klageänderung widerspreche sie gemäß § 533 Nr. 1 ZPO. Der neue Antrag stelle eine Klageänderung dar. Bisher habe die Klägerin mit ihren Anträgen in erster und zweiter Instanz das Verbot konkreter Preisfestsetzungen wegen angeblicher Verletzung der §§ 16a Abs. 1 S. 3 RStV, 3a UWG verfolgt. Mit ihrem neuen Antrag verfolge die Klägerin das abstrakte Verbot von (künftigen) Preisfestsetzungen unterhalb eines marktgerechten Preises. Abgesehen davon, dass mit dem neuen Antrag keine bestimmte Verletzungshandlung umschrieben werde, führe der neue Antrag zu einem anderen Streitgegenstand. Der bisherige Streit habe die Frage betroffen, ob ein konkreter Preis im Vergleich mit demjenigen der Klägerin wettbewerbsgerecht sei oder nicht. Nunmehr solle der Streit stattdessen um die Frage gehen, unter welchen Bedingungen ein Preis abstrakt als nicht marktgerecht angesehen werden könne und die davon abweichende Preisfestsetzung deshalb gegen § 16a Abs. 1 S. 3 RStV verstoße.

Die Klageänderung hin zu dem neuen Streitgegenstand, wann Preise abstrakt in Abhängigkeit von den jeweils zu einem bestimmten Zeitpunkt vorherrschenden Marktbedingungen nicht marktgerecht seien, sei ferner nach § 533 Nr. 2 ZPO unzulässig.

Im Übrigen sei der neu angekündigte Antrag auch mangels vollstreckungsfähigen Inhalts unzulässig. Der Antrag umschreibe keine von der Beklagten zu unterlassende Verletzungshandlung. Er wiederhole lediglich, was nach Auffassung der Klägerin im Gesetz stehe, dass es nämlich der Beklagten nach §§ 16a Abs. 1 S. 3 RStV, 3a UWG n.F. verboten sei, ihre Hörfunkwerbezeiten zu einem Preis unterhalb von Marktbedingungen anzubieten. Das Verbot von Preisen „unterhalb des marktgerechten Preises“ sei nur eine Umformulierung des (angeblichen) Gebots aus § 16a Abs. 1 S. 3 RStV, Preise nur zu Marktbedingungen festzusetzen. Damit fehle dem Antrag der vollstreckungsfähige Inhalt. Auch der Verweis auf die Preise von 2012 – 2017 führe zu keiner ausreichenden Umschreibung der Verletzungshandlung, da aus den Preisen selbst nicht ersichtlich sei, wann ein marktgerechter Preis vorliege und wann nicht. Auch änderten sich die

Marktbedingungen, von denen die Marktgerechtheit des Preises abhängt, ständig; ein im Jahr 2012 nicht marktgerechter Preis könne sich durch Veränderung der Marktparameter im Jahr 2017 ohne weiteres als marktgerecht darstellen. Das Unterlassungsbegehren werde nicht so ausreichend umschreiben, dass eine zukünftige Vollstreckung eines antragsgemäßen Verbots ohne neues Erkenntnisverfahren erfolgen könne. Was marktgerechte Preise seien, möge durch umfassende Analysen des Marktes und der jeweiligen konkret vorherrschenden Umstände ermittelt werden können. Das Vollstreckungsorgan würde also eine Würdigung des marktgerechten Preises unter Berücksichtigung des komplexen rechtlichen Begriffs der Marktbedingungen aus § 16a Abs. 1 S. 3 RStV vornehmen müssen, was jedoch grundsätzlich dem Erkenntnisverfahren vorbehalten sei. Mangels Umschreibung der konkreten Verletzungsform, die ein Vollstreckungsorgan ohne weitere rechtliche Prüfung in die Lage versetze, die Verletzung des Verbots zu prüfen, sei der Antrag unzulässig. So wie der neue Antrag gefasst sei, seien die Preise 2012 – 2016 selbst nur Ausfluss der nicht umschriebenen Verletzungshandlung, nach der ein bestimmter Preis gegen das (angebliche) Verbot der Festsetzung nicht marktgerechter Preise des § 16a Abs. 1 RStV verstoße.

Der Vortrag der Klägerin laufe darauf hinaus, dass die Beklagte, wann immer sie ihre S.Deutschland Kombi zu Preisen anbiete, die nicht über den Vergleichspreisen der Klägerin für die R. Superkombi lägen, „kerngleich“ gegen § 3a UWG (vormals § 4 Nr. 11 UWG a.F.) verstoße. Selbst dieses Begehren aus dem Wettbewerbsrecht finde im angekündigten Antrag aber keinen fassbaren Ausdruck. Die Klägerin wisse nicht zu unterscheiden zwischen im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen – die sie selbst nicht anzugeben und abzugrenzen vermöge – und Preisangaben. Die Klägerin wolle die Beklagte also zu jeder Zeit auf einen marktgerechten Preis festnageln, ohne aber selbst den jeweils marktgerechten Preis konkret beziffern oder durch nachvollziehbare Umstände eingrenzen zu können. Dem liege die offenbar zutreffende Einsicht zugrunde, dass die Klägerin sich scheuen müsse, ihren jeweils angezeigten eigenen Preis als marktgerecht zu fingieren und damit unter den Gegebenheiten des Streitfalles nicht nur das Verlangen nach einem Preisunterbietungsverbot, sondern auch noch nach einem Preisabstandsgebot einzugestehen.

Für die hilfsweise Teil-Erledigungserklärung bleibe kein Raum. Wie gerade der BGH-Entscheidung „Brennwertkessel“ zu entnehmen sei, komme eine hilfsweise Erledigungserklärung nur dann in Betracht, wenn das Gericht nicht länger in der Hauptsache, sondern nur noch über die Kosten entscheiden solle. Die Klägerin halte jedoch an ihrem Hauptantrag, eine Preisstellung unterhalb des marktgerechten Preises zu verbieten, fest. Einer so nur hilfsweise erklärten Erledigung widerspreche die Beklagte ausdrücklich.

Im Übrigen halte sie, die Beklagte, an ihrem Vortrag fest, dass § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV eine Marktzutrittsregelung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk mittels seiner kommerziell tätigen Tochtergesellschaften sei. Die Anstalten der Klägerin, das „Tagesschau App-Urteil“ zur Stützung ihres Klagebegehrens zu reklamieren, seien unbehelflich. Der BGH habe in der Vorschrift des § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV „auch“ eine Marktverhaltensregelung gesehen, weil diese Norm das Verhalten der Rundfunkanstalten auf dem Markt der Telemedien bestimme, indem sie die Betätigung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten auf dem Markt der Telemedien zum Schutz von Presseverlagen begrenze, ihnen damit Beschränkungen auferlegte, sich nur in engen Grenzen auf dem Gebiet der Presse zu betätigen und dazu anhalte, auf presseähnliche Angebote, die nicht sendungsbezogen seien, ganz zu verzichten. Alle diese Kriterien seien § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV fremd.

Jedenfalls sei sie nicht Normadressatin des § 16a RStV. Es bleibe allein Sache der Rundfunkanstalten, kommerzielle Tätigkeiten durch Tochtergesellschaften unter Marktbedingungen und unter marktkonformen Beziehungen mit ihnen zu verfolgen, auch wenn sich die Rundfunkanstalten ein etwaiges wettbewerbliches Fehlverhalten ihrer Töchter wie eigenes Verhalten zurechnen lassen müssten.

Die Klägerin überziehe ihre Argumentation vollends, wenn sie beklage, dass es keine Kontrolle der Beachtung des § 16a Abs. 1 Satz 3 RStV durch Wettbewerbsgerichte gebe, wenn die Inanspruchnahme der kommerziellen Tochtergesellschaften durch Konkurrenten abgelehnt werde. Es erzwingt kein Umdenken, wenn das Gesetz für das von der Klägerin verfolgte Anliegen keine Rechtsgrundlage biete. Dass ein Verstoß gegen § 16a RStV deshalb nicht sanktionslos gestellt werde, müsse auch der Klägerin bewusst sein.

Schließlich sei der behauptete Verstoß gegen § 16a Abs. 1 Satz 2 RStV ausgeschlossen. Die Hörschaft 14 – 49 sei die für die Werbewirtschaft allein relevante Zielgruppe. Für die Werbewirtschaft seien die Hörfunk-Sendezeiten für Hörer 50 + nicht attraktiv. Für die beiden großen Kombi-Angebote „S. Deutschland Kombi“ und „R. SUPER KOMBI“ der Parteien orientierten sich beide übereinstimmend an der Reichweite für die Zielgruppe 14 – 49 und gelangten so zu ihren unterschiedlichen Spot-Preisen bei einem wettbewerbsbedingt einander nahekommenden TKP 14 - 49, wie die nachfolgende Tabelle zeige:

	2011	2012	2013	2014	2015	2016
R.	3.15	3.35	3.54	3.72	3.85	4.10
S.	3.05	3.37	3.54	3.71	3.89	4.05

Die Sorge der Klägerin um für ihre Sender kostendeckende TKP habe mit den Marktbedingungen für den Hörfunkwerbezeitenmarkt und dem von der Klägerin gesuchten marktgerechten Preis nichts gemein.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen im Übrigen wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen. Hinsichtlich des streitigen Vorbringens der Parteien wird auf die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen und auf die Sitzungsprotokolle des Landgerichts Hamburg vom 4.12.2012 und des Senats vom 26.5.2016 und 23.02.2017 verwiesen.

B.

Die Berufung der Klägerin hat auch mit dem zuletzt gestellten Antrag keinen Erfolg. Sie ist zwar zulässig, aber unbegründet, da die Klage sich als unzulässig erweist (hierzu nachfolgend unter Ziff. I.) und im Übrigen auch in der Sache nicht begründet ist (hierzu nachfolgend unter Ziff. II.).

I. Mangels hinreichender Bestimmtheit des zuletzt gestellten Antrags der Klägerin erweist sich die Berufung als unzulässig.

1. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbandsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (BGH, Urteil vom 17. Juli 2003, I ZR 259/00, BGHZ 156, 1, 8 f. - Paperboy; Urteil vom 9. Juli 2009, I ZR 13/07, GRUR 2009, 977, Rn. 21 - Brillenversorgung; Urteil vom 29. April 2010, I ZR 202/07, GRUR 2010, 749, Rn. 21 - Erinnerungswerbung im Internet). Aus diesem Grund sind Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1999, I ZR 189/97, GRUR 2000, 438, 440 - Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; Urteil vom 12. Juli 2001, I ZR 261/98, GRUR 2002, 77, 78 - Rechenzentrum; GRUR 2007, 607, Rn. 16 - Telefonwerbung für "Individualverträge"). Abweichendes kann gelten, wenn entweder bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst entsprechend eindeutig und konkret gefasst

oder der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm durch eine gefestigte Auslegung geklärt ist, sowie auch dann, wenn der Kläger hinreichend deutlich macht, dass er nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert (BGH, GRUR 2007, 607 Rn. 16 - Telefonwerbung für "Individualverträge"; GRUR 2011, 936 Rn. 16 - Double-opt-in-Verfahren). Die Bejahung der Bestimmtheit setzt in solchen Fällen allerdings grundsätzlich voraus, dass sich das mit dem selbst nicht hinreichend klaren Antrag Begehrte im Tatsächlichen durch Auslegung unter Heranziehung des Sachvortrags des Klägers eindeutig ergibt und die betreffende tatsächliche Gestaltung zwischen den Parteien nicht in Frage gestellt ist, sondern sich der Streit der Parteien ausschließlich auf die rechtliche Qualifizierung der angegriffenen Verhaltensweise beschränkt (BGH, Urteil vom 29. Juni 1995, I ZR 137/93, GRUR 1995, 832, 834 - Verbraucherservice; Urteil vom 19. April 2007, I ZR 35/04, GRUR 2007, 708 Rn. 50 - Internet-Versteigerung II; GRUR 2010, 749, Rn. 21 - Erinnerungswerbung im Internet; GRUR 2015, 1235, Rn. 10 - Rückkehrpflicht V).

2. Nach diesen Grundsätzen ist auch der zuletzt gestellte Klageantrag nicht hinreichend bestimmt gefasst.

Die Klägerin verlangt, der Beklagten zu verbieten, Hörfunkwerbezeiten in der Hörfunkwerbezeitenkombination „S. Deutschland-Kombi“ zu einem Preis unterhalb des marktgerechten Preises anzubieten oder zu verkaufen oder anbieten oder verkaufen zu lassen, wenn dies erfolge wie in den Jahren 2012 bis 2017 durch die im Antrag aufgeführten Preise, wobei sie jeweils den in den Jahren verlangten absoluten Preis benennt sowie den davon ausgehend berechneten TKP Gesamt und den TKP 50+.

Der Klageantrag ist nicht darauf gerichtet, der Beklagten bestimmte einzelne Preise zu verbieten, sondern richtet sich auf ein Verbot der Unterschreitung des marktgerechten Preises. Mit der Wendung „unterhalb des marktgerechten Preises“ greift die Klägerin die Vorgabe des § 16a Abs. 1 S. 3 RStV auf, welcher ein Tätigwerden „unter Marktbedingungen“ fordert, wobei sie diese Vorgabe lediglich dergestalt konkretisiert, dass sie die Einhaltung der Marktbedingungen bezogen auf die Preisbildung für die streitgegenständliche Werbezeitenkombination der Beklagten verlangt. Dies genügt nach den oben dargestellten Vorgaben nicht, da die Klägerin den marktgerechten Preis, welcher die Grenze zwischen erlaubten und verbotenen Verhalten bilden soll, in keiner Weise definiert; damit fehlt es einer hinreichenden

Beschreibung der Grenze des Verbots. Auch der Regelung des § 16a RStV lässt sich insoweit nichts Konkretes entnehmen.

Soweit die Klägerin den Versuch unternimmt, sich durch die Nennung der Preise für die Jahre 2012 – 2016 an der konkreten Verletzungshandlung zu orientieren, führt dies nicht zu einer hinreichenden Konkretisierung. Es besteht zwischen den Parteien keine Einigkeit darüber, ob sich überhaupt ein bestimmter marktüblicher Preis feststellen lässt und falls, ja, auf welche Weise dies zu geschehen hat. Auch wenn man zu der Feststellung käme, dass die im Antrag genannten vergangenen Preise nicht marktgerecht waren, würde dies dem Vollstreckungsorgan nicht ermöglichen, zu beurteilen, ob ein zukünftig für die Kombination verlangter Preis marktgerecht ist, da sich die Marktbedingungen unstreitig ständig verändern. Die Beklagte macht insoweit zu Recht geltend, dass die Preise 2012 – 2016 selbst nur Ausfluss der behaupteten, aber im Antrag nicht näher umschriebenen Verletzungshandlung sind.

Auch unter Heranziehung des Sachvortrags der Klägerin lässt sich das mit dem nicht hinreichend klaren Antrag Begehrte nicht eindeutig durch Auslegung ermitteln. Letztlich bleibt offen, auf welche Weise der marktgerechte Preis nach Ansicht der Klägerin zu ermitteln ist; insoweit bedürfte es aber für ein Verbot mit Wirkung für die Zukunft eindeutiger Parameter für eine solche Feststellung. Im Rahmen ihrer Argumentation, der von der Beklagten für die Kombi verlangte Preis liege unterhalb des marktgerechten Preises, nennt und bewertet die Klägerin jedoch eine Vielzahl von (durch den Zeitablauf der Veränderung unterliegenden) Aspekten. Hierbei macht sie weder hinreichend deutlich, ob diese nur in der Gesamtschau oder auch für sich genommen genügen, noch lässt sich ihrem Vortrag entnehmen, wo aus ihrer Sicht jeweils die Grenze zwischen einem noch marktgerechten und einem nicht mehr marktgerechten Verhalten liegt. Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, den unbestimmten Klageantrag hinreichend zu konkretisieren. Im Einzelnen:

Die Klägerin selbst spricht in ihrem am 15.2.2017 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz davon, sie habe „anhand verschiedener Vergleichsbetrachtungen dargelegt, dass die Preisgestaltung der Beklagten nicht den Marktbedingungen“ entspreche. Die Klägerin verweist insoweit zunächst auf ihre eigene Preisgestaltung, insbesondere mit Bezug auf die gewährten Rabatte und die Rechengröße TKP 50+. Ferner macht sie geltend, dass die in der „S. Deutschland-Kombi“ gewährten Rabatte die Marktbedingungen sprengten, was auch deutlich werde, wenn man die Einzelpreise derjenigen Sender betrachte, die ein Kunde zusätzlich erhalte, wenn er statt der Kompaktversion die „S. Deutschland Kombi“ buche; der Kombi-Rabatt für

die Zusatzsender sei zwischen sechs und elfmal so hoch wie der Rabatt in der „S. Deutschland Kombi kompakt“. Schließlich behauptet sie unter Verweis auf umfangreiche jahresbezogene Berechnungen, dass die privaten Radiosender, insbesondere die von kleinerer und mittlerer Größe, nicht wirtschaftlich betrieben werden könnten, wenn sie ihre Werbezeiten in der nationalen Vermarktung zu dem TKP Gesamt vermarkten würden, den die Beklagte in der streitgegenständlichen Kombi aufrufe.

Sämtliche dieser Faktoren unterliegen einer ständigen Veränderung, d.h., die zu Grunde liegenden tatsächlichen Grundlagen müssten im Rahmen der Prüfung, ob künftige Preise der Beklagten unter die Unterlassungsverpflichtung fallen, jeweils neu festgestellt werden, was insbesondere hinsichtlich eines für den Betrieb von Privatsendern kostendeckenden TKP mit erheblichen Schwierigkeiten und nicht hinnehmbaren Unsicherheiten verbunden ist. Auch bleibt unklar, ob nach Ansicht der Klägerin jeder einzelne dieser Faktoren für sich die Annahme, der marktgerechte Preis werde unterschritten, rechtfertigt, oder ob mehrere (wenn ja, welche und wie viele?) bzw. gar sämtliche Faktoren zusammenkommen müssen. Auch wird nicht deutlich, welchen Grad des Unterschreitens ihrer eigenen TKP bzw. welche Rabattgewährung /-abweichung die Klägerin bei ihren Betrachtungen eigentlich als maßgeblich ansieht, wann also ein Beleg oder jedenfalls ein Indiz für das Unterschreiten des marktgerechten Preises ihrer Ansicht nach gegeben ist.

Insoweit genügt auch der Vortrag der Klägerin dazu, dass die Beklagte die Hörer des Alterssegments 50+ nicht bzw. nicht hinreichend in die Radio Deutschland Kombi einpreise, nicht für eine hinreichende Konkretisierung des Antrags. Die Frage, welchen Vermarktungswert die Zielgruppe 50+ hat und in welcher Weise dieser Wert im Rahmen einer derartigen nationalen Hörfunkwerbezeitenkombination marktüblich zu berücksichtigen ist, kann auf der Basis des Klägervortrags bereits für die im Antrag aufgeführten Jahre nicht beantwortet werden, erst recht aber nicht für die Zukunft. Die Beantwortung dieser Frage hängt von veränderlichen Marktumständen, insbesondere der Einschätzung und Nachfrage durch die Werbekunden, zu welcher die Klägerin keine konkreten Angaben macht, sowie weitergehend auch von der Bewertung dieser Umstände ab.

3. Die unbestimmte Antragsformulierung ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Gewährung effektiven Rechtsschutzes hinzunehmen.

Die Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrags sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anhand des zu schützenden Interesses des Beklagten, sich gegen die Klage erschöpfend verteidigen zu können, sowie seines Interesses an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit hinsichtlich der Wirkungen der Entscheidung mit dem ebenfalls schutzwürdigen Interesse des Klägers an einem effektiven Rechtsschutz abzuwägen (BGH, Urteil vom 28. November 2002, I ZR 168/00, BGHZ 153, 69, 75 f. - P-Vermerk). Eine auslegungsbedürftige Antragsformulierung kann deshalb hinzunehmen sein, wenn dies zur Gewährleistung des Rechtsschutzes gegen eine unzulässige geschäftliche Handlung erforderlich erscheint (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 2006, I ZR 191/03, GRUR 2007, 607, Rn. 16 - Telefonwerbung für "Individualverträge"; Urteil vom 15. Mai 2014, I ZR 137/12, GRUR 2014, 791, Rn. 28 - Teil-Berufsausübungsgemeinschaft).

Ein solcher Fall liegt zunächst deshalb nicht vor, weil der Klägerin eine weitergehende Konkretisierung ihres Antrags möglich wäre. Es ist nicht erkennbar, dass es ihr nicht möglich ist, die aus ihrer Sicht maßgeblichen Kriterien für die Bestimmung des marktgerechten Preises konkret zu benennen und in den Antrag aufzunehmen und bei veränderlichen Faktoren, soweit erforderlich, zusätzlich die für deren Bestimmung heranzuziehenden Parameter anzugeben.

Selbst wenn man aber eine weitergehende Konkretisierung des in die Zukunft reichenden Antrags nicht für möglich halten würde, liegt kein Fall vor, in dem eine auslegungsbedürftige Antragsformulierung hinzunehmen ist, weil sie zur Gewährleistung des Rechtsschutzes gegen eine unzulässige geschäftliche Handlung erforderlich erscheint (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 2006, I ZR 191/03, GRUR 2007, 607, Rn. 16 - Telefonwerbung für "Individualverträge"). Es steht nicht fest, dass es überhaupt unzulässige geschäftliche Handlungen der Beklagten im Hinblick auf ein Unterschreiten des marktgerechten Preises gegeben hat. Auch ist zu sehen, dass es der Klägerin auch möglich wäre, anstelle des von ihr begehrten weitreichenderen Verbotes jeweils den von der Beklagten aktuell verlangten Preis zur Überprüfung zu stellen; bei einem solchen Vorgehen könnte, bei entsprechendem Vortrag der Klägerin, der jeweilige marktgerechte Preis für ein bestimmtes Jahr ermittelt und ggf. ein Unterschreiten desselben durch die streitgegenständliche Hörfunkkombi der Beklagten festgestellt werden.

Angesichts der mit einer Verurteilung auf der Basis des klägerischen Antrags verbundenen gravierenden Unsicherheit und den erheblichen Auswirkungen dieser

Unsicherheit, welche die Preisgestaltung für die reichweitenstärkste Werbezeitenkombination der Beklagten betreffe, überwiegt jedenfalls in der Gesamtbetrachtung das Interesse der Beklagten an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit hinsichtlich der Wirkungen der Entscheidung gegenüber dem Interesse der Klägerin an einem effektiven Rechtsschutz.

4. Der Senat verkennt nicht, dass vor einer Abweisung der Klage wegen mangelnder Bestimmtheit des Antrags der klagenden Partei Gelegenheit zu geben ist, das mit diesem Antrag verfolgte Begehren in einen Antrag zu fassen, der dem Bestimmtheitsgebot entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juni 2013, I ZR 55/12, GRUR 2013, 1235, Rn. 14 - Restwertbörse II; Urteil vom 11. Juni 2015, I ZR 226/13, GRUR 2016, 88, Rn. 17 - Deltamethrin I, jeweils mwN). Diesen Anforderungen hat der Senat jedoch Genüge getan. Bereits in der ersten mündlichen Verhandlung vom 26.5.2016 hat der Senat Hinweise bezüglich der damaligen Antragsfassung erteilt (s. Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 26.5.2016, Bl. 404 Rück.). Der Klägerin wurde sodann Gelegenheit gegeben, zu den Hinweisen des Gerichts bis zum 7.7.2016 Stellung zu nehmen, wobei zugleich beschlossen wurde, einen Termin zur Fortsetzung der Berufungsverhandlung nach Vorliegen dieser Stellungnahme sowie der Erwiderung der Gegenseite von Amts wegen anzuberaumen. In der darauffolgenden mündlichen Verhandlung vom 23.2.2017 hat der Senat darauf hingewiesen, dass er den geänderten Antrag der Klägerin für nicht hinreichend bestimmt erachte, weil er die angegriffene Verletzungshandlung nicht hinreichend abbilde. Daraufhin hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin nach einer Unterbrechung der Sitzung erklärt, die Sache möge entschieden werden. Mithin war auf der Basis des zuletzt gestellten Antrags der Klägerin zu entscheiden.

II. Der Klägerin steht im Übrigen der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte auch in der Sache nicht zu.

1. Ein gegen die Beklagten gerichteter Anspruch aus § 4 Nr. 11 UWG aF bzw. § 3a UWG i.V.m. § 16a Abs. 1 S. 3 RStV auf Unterlassung scheidet daran, dass § 16a Abs. 1 S. 3 RStV lediglich eine Marktzutrittsregelung ist, nicht jedoch eine marktverhaltensregelnde gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG aF und § 3a UWG.

Ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch auf der Grundlage von § 4 Nr. 11 UWG aF bzw. § 3a UWG setzt voraus, dass die auf Unterlassung in Anspruch

genommene Partei einer gesetzlichen Vorschrift zuwider handelt, die zumindest „auch“ dazu "bestimmt" ist, das Marktverhalten zu regeln. Die Klägerin stützt sich auf § 16a Abs. 1 S. 3 RStV. Diese Vorschrift ist auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Marktzutrittsregelung, die nicht dazu „bestimmt“ ist, zumindest auch das Marktverhalten zu regeln.

a. Zwar ist § 16a Abs. 1 RStV eine gesetzliche Vorschrift im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG aF, § 3a UWG. Gesetzliche Vorschrift im Sinne dieser Bestimmungen ist jede Rechtsnorm (vgl. Art. 2 EGBGB), die in Deutschland gilt (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2005, I ZR 170/02, GRUR 2005, 960, 961 - Friedhofsruhe). Dazu zählen alle von deutschen Gesetzgebungsorganen erlassenen Normen, auch wenn ihr räumlicher Anwendungsbereich, wie etwa bei landesrechtlichen Regelungen, begrenzt ist (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 3a Rn. 1.52). Die Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags erfüllen diese Voraussetzung

b. Jedoch ist § 16a RStV keine Marktverhaltensregel.

aa. Eine Norm regelt das Marktverhalten im Interesse der Mitbewerber, Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer, wenn sie einen Wettbewerbsbezug in der Form aufweist, dass sie die wettbewerblichen Belange der als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in Betracht kommenden Personen schützt (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2003, I ZR 211/01, BGHZ 155, 301, 305 - Telefonischer Auskunftsdienst; Urteil vom 12. Juli 2007, I ZR 18/04, BGHZ 173, 188, Rn. 35 - Jugendgefährdende Medien bei eBay). Eine Vorschrift, die dem Schutz von Rechten, Rechtsgütern oder sonstigen Interessen von Marktteilnehmern dient, ist eine Marktverhaltensregelung, wenn das geschützte Interesse gerade durch die Marktteilnahme (vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 2015, I ZR 225/13, GRUR 2016, 513, Rn. 21 - Eizellspende; MünchKomm.UWG/Schaffert, 2. Aufl., § 4 Nr. 11, Rn. 60), also durch den Abschluss von Austauschverträgen und den nachfolgenden Verbrauch oder Gebrauch der erworbenen Ware oder in Anspruch genommenen Dienstleistung berührt wird (vgl. GroßKomm.UWG/Metzger, 2. Aufl., § 4 Nr. 11, Rn. 38; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 3a, Rn. 1.67). Nicht erforderlich ist eine spezifisch wettbewerbsbezogene Schutzfunktion in dem Sinne, dass die Regelung die Marktteilnehmer speziell vor dem Risiko einer unlauteren Beeinflussung ihres Marktverhaltens schützt (vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009, I ZR 189/07, GRUR 2010, 754, Rn. 20 ff. - Golly Telly; Urteil vom 4. November 2010, I ZR 139/09, GRUR 2011, 633, Rn. 34 - BIO TABAK). Die Vorschrift muss jedoch - zumindest auch - den Schutz der wettbewerblichen Interessen der Marktteilnehmer bezwecken; lediglich reflexartige Auswirkungen zu deren Gunsten genügen daher nicht (BGH,

Urteil vom 11. Mai 2000, I ZR 28/98, BGHZ 144, 255, 267 f. - Abgasemissionen; Urteil vom 29. Juni 2006, I ZR 171/03, GRUR 2007, 162, Rn. 12 - Mengenausgleich in Selbstentsorgungsgemeinschaft; Urteil vom 2. Dezember 2009, I ZR 152/07, GRUR 2010, 654, Rn. 18 - Zweckbetrieb; GRUR 2016, 513, Rn. 21 - Eizellspende). Bestimmungen, die produktbezogene Absatzverbote oder Absatzbeschränkungen regeln oder Informationspflichten hinsichtlich des Umgangs mit den von den Kunden erworbenen Produkten begründen, stellen regelmäßig Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG aF dar (BGH, GRUR 2010, 754, Rn. 20 f. - Golly Telly).

bb. Bei § 16a Abs. 1 S. 3 RStV handelt es sich ausschließlich um eine Marktzutrittsregelung, nicht jedoch um eine Bestimmung, die zumindest „auch“ das Marktverhalten regeln soll.

§ 16a Abs. 1 RStV regelt, dass die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio berechtigt sind, kommerzielle Tätigkeiten auszuüben (§ 16a Abs. 1 S. 1 RStV). Kommerzielle Tätigkeiten sind, so § 16 Abs. 1 S. 2 RStV, Betätigungen, bei denen Leistungen auch für Dritte im Wettbewerb angeboten werden, insbesondere Werbung und Sponsoring, Verwertungsaktivitäten, Merchandising, Produktion für Dritte und die Vermietung von Senderstandorten an Dritte. Diese Tätigkeiten dürfen laut § 16a Abs. 1 S. 3 RStV nur unter Marktbedingungen erbracht werden, wobei dies gemäß § 16a Abs. 1 S. 4 RStV durch rechtlich selbständige Tochtergesellschaften zu erfolgen hat. Bei geringer Marktrelevanz kann laut § 16a Abs. 1 S. 5 RStV eine kommerzielle Tätigkeit durch die Rundfunkanstalt selbst erbracht werden, wobei in diesem Fall eine getrennte Buchführung vorzusehen ist. Schließlich regelt § 16a Abs. 1 S. 6 RStV, dass die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio sich bei den Beziehungen zu ihren kommerziell tätigen Tochterunternehmen marktkonform zu verhalten und die entsprechenden Bedingungen, wie bei einer kommerziellen Tätigkeit, auch ihnen gegenüber einzuhalten haben.

§ 16a Abs. 1 S. 3 RStV regelt, in Verbindung mit § 16a Abs. 1 S. 1 RStV, ausschließlich das „ob“, nicht aber das „wie“ einer kommerziellen Betätigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Die Art und Weise der Betätigung – im Sinne eines konkreten „Marktverhaltens“ – wird nicht geregelt. § 16a Abs. 1 Satz 1 RStV enthält zunächst die uneingeschränkte Gestattung „kommerzielle Tätigkeiten auszuüben“. In dem nachfolgenden Satz wird

der Begriff der kommerziellen Tätigkeit definiert und in Beispielen dargestellt. Sodann wird vorgegeben, dass diese nur unter Marktbedingungen und durch selbständige Tochtergesellschaften erbracht werden dürfen. Schließlich wird der Grundsatz der Marktconformität für das Innenverhältnis zwischen Rundfunkanstalt und Tochtergesellschaft aufgestellt. Irgendwelche Regelungen für ein konkret fassbares Verhalten am Markt z.B. gegenüber Mitbewerbern oder Verbrauchern enthalten diese Regelungen, insbesondere S. 3, jedoch nicht. Vor diesem Hintergrund ist § 16a Abs. 1 S. 3 RStV schon nach seinem Wortlaut weder geeignet noch dazu bestimmt, zumindest „auch“ ein bestimmtes Marktverhalten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bzw. seiner Tochtergesellschaften zu regeln. Die Norm dient nicht dazu, zu Gunsten der auf dem Markt tätigen Mitbewerber gleiche Ausgangsbedingungen zu schaffen. Vielmehr beschränkt sich ihr Regelungsgehalt auf die generelle Eröffnung eines Marktzutritts für die Ausübung kommerzieller Tätigkeiten durch privatrechtlich organisierte Tochterunternehmen „unter Marktbedingungen“, ohne Vorgaben für das Agieren auf dem Markt zu machen.

Zwar soll § 16a Abs. 1 S. 3 RStV ausweislich der Begründung zum Zwölften Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge verhindern, dass für die kommerziellen Tätigkeiten Mittel eingesetzt werden, die für die Erfüllung des Auftrags der Landesrundfunkanstalten bestimmt sind (Verbot der Quersubventionierung), womit auch der Vorgabe der EU-Kommission genügt werden sollte, das Rundfunkgebührenmittel nicht für kommerzielle Tätigkeiten verwandt werden dürfen. Gleichwohl ist die Vorschrift keine Marktverhaltensregelung, weil sie nicht bezweckt, zum Schutze der Mitbewerber die Lauterkeit des Marktverhaltens der Landesrundfunkanstalten zu gewährleisten. Von einem Mitbewerberschutz ist im Rahmen der Begründung nicht die Rede. Die Wettbewerbsbezogenheit einer Bestimmung ist nicht gleichzusetzen mit einer Marktbezogenheit i.S. des § 4 Nr. 11 UWG aF bzw. des § 3a UWG. Eine Marktbezogenheit im Sinne dieser Bestimmungen liegt nur dann vor, wenn die Vorschrift, gegen die der Wettbewerber bei seinem geschäftlichen Handeln verstößt, eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion aufweist; daran fehlt es etwa dann, wenn eine Vorschrift lediglich bestimmte Unternehmen von bestimmten Märkten fernhalten oder die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs festlegen soll (BGH, Urteil vom 02. Dezember 2009, I ZR 152/07, GRUR 2010, 654, juris, Rn. 23 – Zweckbetrieb). So liegt es hier. Den Landesrundfunkanstalten bzw. ihren selbständigen Töchtern werden im Rahmen des Verbots der Quersubventionierung keine konkreten Pflichten auferlegt, welche im Rahmen der kommerziellen Tätigkeit zu erfüllen sind. Zwar kann das Verbot der Quersubventionierung im Ergebnis auch den Mitbewerbern der durch

die Gebührenfinanzierung begünstigten öffentlich-rechtlichen Sender zu Gute kommen. Solche Auswirkungen sind aber, wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat, nur reflexartig, was für die Annahme einer Marktverhaltensregelung aber gerade nicht genügt (vgl. BGH GRUR 2017, 95, Rn. 23 – Arbeitnehmerüberlassung; GRUR 2016, 513, Rn. 21 – Eizellspende).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Vergleich von § 16a Abs. 1 S. 3 RStV und § 16a Abs. 1 S. 6 RStV. Denn während § 16a Abs. 1 S. 3 RStV i.V.m. § 16a Abs. 1 S. 1 RStV den Landesrundfunkanstalten zunächst den Marktzutritt (über Tochterunternehmen) unter der Bedingung des Einhaltens der Marktbedingungen erlaubt, trifft § 16a Abs. 1 S. 6 RStV eine Aussage für das Innenverhältnis der Landesrundfunkanstalten zu den Tochtergesellschaften. Hierin liegt keine Redundanz. Denn auch wenn die Landesrundfunkanstalten ihre kommerzielle Tätigkeit über Tochtergesellschaften ausüben, kann sich ihr eigenes Handeln unmittelbar auf den Markt auswirken; insoweit verweist § 16a Abs. 1 S. 3 RStV sie auf die Einhaltung der Marktbedingungen. Jedoch ist zu sehen, dass auch am Markt tätige und den Marktbedingungen unterworfenen Unternehmen sich im Rahmen des Leistungsaustauschs mit verbundenen Gesellschaften teilweise anders verhalten als im Verhältnis zu dritten Marktteilnehmern, beispielsweise indem geringere Entgelte verlangt oder Leistungen höher vergütet werden. Die Vorgabe „unter Marktbedingungen“ schließt daher für sich genommen eine Begünstigung von verbundenen Unternehmen nicht hinreichend klar aus. Ein solches Handeln verbietet sodann jedoch § 16a Abs. 1 S. 6 RStV.

Schließlich kann sich die Klägerin auch nicht mit Erfolg auf die zu § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV ergangene Entscheidung des BGH vom 30.4.2015 (I ZR 13/14, BGHZ 205, 195, Rn. 55 bis 59 - Tagesschau-App) berufen. Darin hat der BGH ausgeführt, die Vorschrift habe den Zweck, die Betätigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf dem Markt der Telemedien zum Schutz von Presseverlagen zu begrenzen und sei damit dem für den Staat bestehenden Gebot vergleichbar, sich nur in engen Grenzen auf dem Gebiet der Presse zu betätigen, bei dem es sich gleichfalls um eine Marktverhaltensregelung handele, die (auch) dem Schutz von Presseunternehmen diene. Die Bestimmung des § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV unterscheidet sich erheblich von der hier streitgegenständlichen Regelung, da sich aus ihr ergibt, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk, wenn er in den ihm eröffneten Wettbewerb auf dem Markt der Telemedien eintritt, auf nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote verzichten muss und damit das Verhalten auf dem Markt der Telemedien bestimmt, ohne den Zugang zu diesem

Markt zu verschließen. Damit ist sie, wie der BGH ausführt, den Regelungen vergleichbar, die beispielsweise Werbung und Sponsoring (§ 11d Abs. 5 Satz 1 RStV) oder bestimmte Angebotsformen (§ 11d Abs. 5 Satz 4 RStV in Verbindung mit der Anlage zum Staatsvertrag) bei Telemedienangeboten verbieten, und bei denen es sich ebenfalls um Marktverhaltensregelungen handelt. § 16a Abs. 1 RStV erlaubt demgegenüber kommerzielle Tätigkeiten, ohne hierfür enge Grenzen zu setzen und das Verhalten auf dem so eröffneten Markt zu bestimmen. Denn die Regelung, dass die kommerziellen Tätigkeiten ausschließlich unter Marktbedingungen zu erbringen sind, ist in keiner Weise vergleichbar mit den sich aus § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Teilsatz 3, Abs. 5 S. 1 und Abs. 4 RStV ergebenden konkreten Vorgaben. Sie legt vielmehr lediglich eine (nicht näher konkretisierte) Voraussetzung für den Marktzutritt fest. Der Ausdruck „nur unter Marktbedingungen“ verweist an dieser Stelle abstrakt auf die für die kommerzielle Tätigkeit von Rundfunkanstalten ohne Gebührenfinanzierung am Markt geltenden Rahmenbedingungen. Auch mit § 11a Abs. 1 Satz 2 RStV, welcher konkret das Anbieten von programmbegleitenden Druckwerken mit programmbezogenem Inhalt erlaubt und nach der Entscheidung des BGH vom 26.1.2017 (I ZR 207/14) ebenfalls eine Marktverhaltensregel ist, ist § 16a Abs. 1 S. 3 RStV von seinem Regelungsgehalt her nicht zu vergleichen.

cc. Ergänzend nimmt der Senat Bezug auf die Ausführungen des Landesgerichts in dem angefochtenen Urteil. Das Landgericht hat unter Heranziehung des Gesetzeszwecks, der Gesetzesbegründung sowie der Gesetzssystematik, insbesondere vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Beihilfenvorschriften des EU-Vertrages sowie der Vorgaben der EU-Kommission eine Stellung des § 16a Abs. 1 S. 3 RStV als Marktverhaltensregel zutreffend verneint. Zwar ist die nach Ansicht des Senats zutreffende Rechtsauffassung des Landgerichts, dass § 16a Abs. 1 S. 3 RStV keine Marktverhaltensregelung sei, in der Literatur auf Kritik gestoßen (z.B. Ring in ZUM 2014, 77; Wilde/Fischer in MMR 2013, 720). Auch die darin vorgebrachten Gegenargumente erlauben es aber nicht, in der nicht näher konkretisierten Verpflichtung der Landesrundfunkanstalten auf die Einhaltung der Marktbedingungen eine wettbewerbsrechtliche Marktverhaltensregelung zu sehen.

dd. Die Klägerin kann vor diesem Hintergrund auch nicht damit gehört werden, dass sie bzw. die von ihr vermarkteten Radiosender verdeckten Quersubventionierungen und den sich daraus ergebenden Wettbewerbsverzerrungen schutzlos ausgeliefert seien, wenn man die Regelung nicht als Marktverhaltensvorschrift ansehe.

Der Bundesgerichtshof hat in der Entscheidung "Elektroarbeiten" (I ZR 250/00, BGHZ 150, 343-353, juris, Rn. 26) ausgeführt, dass die allgemeinpolitische und wirtschaftspolitische Frage zu unterscheiden, ob sich die öffentliche Hand überhaupt erwerbswirtschaftlich betätigen darf und welche Grenzen ihr insoweit gesetzt sind oder gesetzt werden sollen, Aufgabe der Gesetzgebung und Verwaltung sowie der parlamentarischen Kontrolle sei, nicht aber der ordentlichen Gerichte bei der ihnen zustehenden Beurteilung von Wettbewerbshandlungen nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Dies gelte auch dann, wenn besondere Vorschriften zur Einschränkung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand erlassen worden seien, weil auch diese nur den Zugang zum Wettbewerb regelten, aber keine Aussage darüber trafen, wie er auszuüben sei. Diese Ausführungen lassen sich auf den vorliegenden Fall übertragen. Da es an einem (konkret) marktverhaltensregelnden Charakter fehlt, kann eine Kontrolle des beanstandeten Vorgehens der Beklagten nicht durch die ordentlichen Gerichte im Rahmen der diesen zustehenden Beurteilung von Wettbewerbshandlungen nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb erfolgen.

ee. Anlass für die von der Klägerin beantragte Anrufung der Kommission besteht nicht. Nach Artikel 23 a der BeihilfeverfahrensVO, ergänzt durch VO (EU) Nr. 734/2013 und in Kraft seit 20.08.2013, ist den Gerichten der Mitgliedsstaaten die Gelegenheit eröffnet, die Kommission um Übermittlung von Informationen oder um Stellungnahmen zum Zweck der Anwendung von Art. 107 Abs. 1 und Art. 108 AEUV zu bitten. Indes ist das Beihilfeverbot nach Art. 107 AEUV nicht Gegenstand des Rechtsstreits, es fehlt vorliegend an dem hinreichenden Bezug zu einem Beihilfeverfahren.

III. Selbst wenn man dem nicht folgen, sondern davon ausgehen würde, dass § 16a Abs. 1 S. 3 RStV eine Marktverhaltensregel ist, stünde der Klägerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zu, weil weder hinreichend dargetan noch unter Beweis gestellt ist, dass die Preise der streitgegenständlichen Kombination der Beklagten unter dem Marktpreis liegen. Dies geht zu Lasten der Klägerin, welche für das Vorliegen einer Verletzungshandlung darlegungs- und beweisbelastet ist.

1. Zunächst vermag der Senat nicht entscheidend darauf abzustellen, dass die Beklagte, wie die Klägerin vorträgt, erheblich höhere Rabatte für ihre „S.Deutschland-Kombi“ gewährt als die Klägerin. Der marktgerechte Preis für die streitgegenständliche Hörfunkkombination kann nicht durch eine bloße Addition der Einzelpreise berechnet werden, da unstreitig die Gewährung von Rabatten für

derartige Kombinationen üblich ist. Es kann auch nicht festgestellt werden, dass gerade die von der Klägerin selbst gewährten Kombi-Rabatte marktgerecht sind bzw. dass die Gewährung von höheren Rabatten (in der von der Klägerin bezüglich der streitgegenständlichen Hörfunkkombination der Beklagten dargelegten Größenordnung) zu einem Unterschreiten des marktgerechten Preises führt. Insoweit kann die Preisstruktur der Klägerin nicht maßgeblich herangezogen werden. Würde man in einem Rechtsstreit, in dem um die Frage des marktgerechten Preises gestritten wird, die Preise derjenigen Partei, welche der anderen ein Unterschreiten des marktgerechten Preises vorwirft, maßgeblich heranziehen, hätte es bei einem – wie hier – aus zwei Wettbewerbern bestehenden Markt eine Seite in der Hand, der anderen Seite die eigene Preisstruktur aufzuzwingen. Dritte Wettbewerber, deren Preise bei der Ermittlung des marktgerechten bzw. des nicht mehr marktgerechten Preises betrachtet werden könnten, gibt es unstreitig nicht. Die von der Klägerin verlangten Preise können daher den marktgerechten Preis nicht zwingend zuverlässig abbilden.

2. Ebenso wenig genügt der Verweis der Klägerin darauf, dass der Rabatt der streitgegenständlichen Kombination der Beklagten jeweils zwei- bis dreimal so hoch sei wie der durchschnittliche Rabatt in der Kompakt-Kombination der Beklagten. Die beiden Kombinationen unterscheiden sich bereits erheblich von ihrer Größe her, was die Gewährung von Rabatten in unterschiedlicher Höhe plausibel macht. Dass bei der Abnahme größerer Mengen zunehmend größere Rabatte gewährt werden, ist im Wirtschaftsleben auch üblich. Im Übrigen ist auch nicht dargetan, dass gerade der von der Beklagten für die Kompaktversion gewährte Rabatt den marktüblichen und – gerechten Kombinationsrabatt darstellt. Die Beklagte hat – aus Sicht des Senats plausibel und nachvollziehbar – deutlich gemacht, dass der Gesamtpreis für ihre Kombinationen das Angebot gegenüber der werberelevanten Zielgruppe 14-49 Jahre widerspiegeln, weshalb es nicht angehe, die Einzel-Belegungspreise für die Sender, die auch oder sogar vornehmlich andere Zielgruppen werbemäßig ansprechen, unbesehen zu übernehmen und zu addieren. Dass dieses Abstellen der Beklagten auf die auch nach dem Vortrag der Klägerin besonders im Fokus der Werbekunden stehende Zielgruppe zu einem Unterschreiten des marktüblichen Preises führt, hat die Klägerin nicht darzulegen vermocht.
3. Hiervon ausgehend vermag die Klägerin einen Verstoß auch nicht durch ihren Vortrag dazu zu belegen, die Beklagte habe nach dem Hinzugewinnen von Hörern in der Altersgruppe 50+ durch die Aufnahme von 15 neuen Sendern ab 2009 den Preis

ihres Kombinationstarifs nicht „entsprechend“ erhöht hat. Auch hinsichtlich der Rechengröße „TKP 50+“ lässt sich selbst bei Zugrundelegung des Klägervortrags kein marktgerechter Preis ermitteln. Mit Ausnahme des Verweises auf ihre eigenen Preise fehlt es an hinreichenden Darlegungen der Klägerin hierzu, insbesondere ein konkreter Vortrag zur Nachfrage der die Kombination buchenden Kunden diesbezüglich und zu dem sich aus dieser Nachfrage ergebenden konkreten Wert dieser Hörergruppe. Der pauschale Vortrag zur steigenden Bedeutung dieser Zuhörergruppe ermöglicht es nicht, konkret festzustellen, dass dieser Höreranteil in einer bestimmten Weise im Rahmen der streitgegenständlichen Hörfunkkombination preislich Berücksichtigung finden muss, damit der Preis der Kombination den marktüblichen nicht unterschreitet.

4. Schließlich genügt auch der Vortrag der Klägerin nicht, dass die privaten Radiosender, insbesondere die von kleinerer und mittlerer Größe, nicht wirtschaftlich betrieben werden könnten, wenn sie ihre Werbezeiten in der nationalen Vermarktung zu den TKP Gesamt vermarkten würden, den die Beklagte in der streitgegenständlichen Kombi in den im Antrag genannten Jahren aufgerufen habe.

Die Angaben der Klägerin zu den Kosten des Betriebs der privaten Radiosender können der Entscheidung nicht so zu Grunde gelegt werden, dass auf dieser Basis ein zur Deckung der Kosten erforderlicher Mindest-TKP ermittelt werden könnte, da nicht erkennbar ist, dass es sich um bei wirtschaftlichem Agieren erforderlichen Kosten handelt.

Bei der Bestimmung des kostendeckenden TKP für die nationalen Privatsender ist die Klägerin von den durch die Fa. Goldmedia ermittelten tatsächlich angefallenen Kosten ausgegangen und hat auf dieser Basis die Durchschnittskosten für den Betrieb ermittelt. Nähere Angaben dazu, welche Aufwendungen für den Betrieb eines Radiosenders erforderlich sind, macht die Klägerin jedoch nicht. Dementsprechend fehlt auch näherer Vortrag zu den Ursachen der in die Ermittlung des Durchschnittswertes eingeflossenen und daher bei der Ermittlung des von ihr behaupteten Mindest-TKP berücksichtigten Kostenpositionen sowie dazu, dass es sich jeweils um aus Sicht eines wirtschaftlich arbeitenden Unternehmens erforderliche Kostenpositionen handelt. Mangels jedweder Angaben zur Kostenstruktur eines kosteneffizient arbeitenden privaten Radiosenders sowie einer davon ausgehenden Aufschlüsselung der Kostenstruktur der für die Ermittlung der Durchschnittskosten herangezogenen Radiosender kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich auf der Basis der in keiner Weise aufgeschlüsselten Durchschnittskosten der für die

Kostendeckung benötigte Mindest-TKP ermitteln lässt. Zwar hat die Klägerin sich hinsichtlich der Belastbarkeit dieser Daten auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens bezogen. Indes ist die Belastbarkeit der diesbezüglichen Angaben nicht gleichzusetzen mit der Notwendigkeit der Kosten. Unabhängig davon würde die Einholung eines Sachverständigengutachtens mangels näherer Angaben zu den Anknüpfungstatsachen (Kostenstruktur der privaten Sender und Erforderlichkeit der berücksichtigten Aufwendungen für die Aufrechterhaltung des Sendebetriebs) auf eine unzulässige Erhebung eines Ausforschungsbeweises hinauslaufen.

Auch streitet keine Vermutung dafür, dass die privaten Radiosender aufgrund ihres Agierens am Markt keine unnötigen Kosten verursachen und vorhandene Einsparpotentiale jeweils ausnutzen. Konkrete Anknüpfungspunkte, welche eine solche Vermutung rechtfertigen würden, sind nicht vorgetragen worden. Einen allgemeiner Erfahrungssatz dahingehend, dass privatwirtschaftliche Marktteilnehmer, unabhängig von ihrer Branche, stets kosteneffizient arbeiten, gibt es nicht.

Schließlich bleibt völlig offen, ob bzw. in welcher Weise die Kostenstruktur der hier zu berücksichtigenden privaten Sender überhaupt auf die in der streitgegenständlichen Kombination der Beklagten vermarkteten öffentlich-rechtlichen Sender übertragen werden kann. Aus Sicht des Senats bestehen erhebliche Zweifel, ob der marktgerechte Preis für eine nationale Hörfunkwerbezeitenkombination, mit welcher in erster Linie Werbezeiten für öffentlich-rechtliche Sender vermarktet werden, allein ausgehend von den für den Betrieb von Privatsendern (angeblich) benötigten Kosten ermittelt werden kann. Dem trägt der Vortrag der Klägerin keine Rechnung. Insoweit war es auch nicht Aufgabe der Beklagten, diesbezüglich in tatsächlicher Hinsicht vorzutragen. Wie dargelegt gibt es keinen näheren Vortrag der Klägerin zu den Erfordernissen, die der Betrieb eines Privatsenders mit sich bringt, und der sich daraus ergebenden Kostenstruktur solcher Sender. Dementsprechend gibt es keinerlei Vergleichsbetrachtungen in Bezug auf den Betrieb öffentlich-rechtlicher Sender und deren Kostenstruktur. Daher traf die Beklagte auch keine sekundäre Darlegungslast.

IV. Unter Berücksichtigung der Bedeutung und des Schutzes der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ergibt sich ebenfalls kein für die Klägerin günstigeres Ergebnis.

Soweit die Klägerin in dem Vorgehen der Beklagten eine Beeinträchtigung der Rundfunkfreiheit sieht, ist sie zunächst weder Rundfunkveranstalterin noch -anbieterin und damit nicht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfasst. Unabhängig davon fehlt

dem gerügten Verhalten jedenfalls die Eignung und Relevanz für einen etwaigen Verfassungsverstoß. Durch die beanstandete Preisgestaltung der Beklagten wird die Rundfunkfreiheit der von der Klägerin vermarkteten Sender weder tangiert noch beeinträchtigt. Es bestehen auch unter Berücksichtigung des Vortrags der Klägerin keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass aufgrund der angegriffenen Preisgestaltung der Beklagten diesen Rundfunksendern die Ausübung ihres Grundrechts nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG in hohem Maße erschwert wäre.

Insoweit genügt es nicht, dass dem öffentlichen Rundfunk mit den Rundfunkgebühren Mittel für die Aufrechterhaltung ihres Sendebetriebs zur Verfügung stehen, über welche die Privatsender nicht verfügen. Ein konkreter Vortrag dazu, dass die Rundfunkgebühren durch die öffentlich-rechtlichen Sender bzw. die Beklagte vorliegend in einer die grundrechtliche Belange der Privatsender tangierenden Weise eingesetzt werden, fehlt. Zwar kann bei dem beschriebenen Modell nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Finanzierung durch die Rundfunkgebühren in irgendeiner Form auf die privatwirtschaftliche Betätigung der Rundfunksender ausstrahlt und sich damit möglicherweise mittelbar auch auf die Tätigkeit der Beklagten auswirkt. Trotz dieser Möglichkeit ist aber eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Sender grundsätzlich zulässig und stellt keinen zu Lasten der auf die Werbezeitenvermarktung angewiesenen Privatsender gehenden Eingriff in die Rundfunkfreiheit dar. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gebietet es nicht, für private Rundfunkveranstalter "optimale" wirtschaftliche Rahmenbedingungen zu schaffen (VG Köln, Urteil vom 13. November 2003, 6 K 3739/01, juris, Rn. 49). Zwar darf die private Veranstaltung von Rundfunk nicht unmöglich bzw. unrentabel gemacht werden. Dass diese Grenze vorliegend erreicht wäre, ist indessen weder ersichtlich noch von der Klägerin hinreichend dargelegt worden. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

V. Da die Klägerin klargestellt hat, dass die in dem Hauptantrag benannten Preise für die vergangenen Jahre dazu dienen, den Verletzungstatbestand zu beschreiben, ist insoweit keine Erledigung eingetreten, so dass die Berufung auch mit dem zuletzt gestellten Hilfsantrag keinen Erfolg haben kann.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711 ZPO.

C.

Die Revision ist nicht zuzulassen.

Der Rechtsstreit hat keine grundsätzliche Bedeutung, sondern beschränkt sich auf die Anwendung feststehender Rechtsgrundsätze auf den konkreten Einzelfall. Einer Entscheidung des Revisionsgerichts bedarf es auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.

Schmidt

Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Terschlüssen

Richterin
am Oberlandesgericht

Schwarz

Richterin
am Oberlandesgericht