

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 2. Halbjahr 2016

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Peter Rädler, LL.M. (Cantab), Karlsruhe

Dieser Beitrag fasst die im zweiten Halbjahr 2016 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht zusammen.¹ Wegen des zum Teil langen Zeitraums zwischen dem Absetzen und der Veröffentlichung der Entscheidungen ist die Übersicht auf die bis zum 31. Januar 2017 veröffentlichten Entscheidungen beschränkt;² später veröffentlichte Entscheidungen werden in der nachfolgenden Rechtsprechungsübersicht berücksichtigt. Die Übersicht zum Wettbewerbsrecht ist in dieser Übersicht auf das Lauterkeitsrecht beschränkt.

Die Rechtsprechungsübersicht basiert auf der folgenden Gliederung. Soweit zu einem Gliederungspunkt im Berichtszeitraum keine Entscheidungen veröffentlicht worden sind, ist nur die Überschrift aufgeführt.

¹ Frühere Berichtszeiträume sind abrufbar auf unserer Webseite („Aktuelles“) unter dem Menüpunkt „[Newsletter](#)“.

² Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseite kostenlos im Vollbild abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

Wettbewerbs- und Kartellrecht

I. Lauterkeitsrecht

1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen
2. Per-se-Verbote („Schwarze Liste“)
3. Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen
4. Irreführung
5. Vergleichende Werbung
6. Unzumutbare Belästigung
7. Rechtsfolgen
8. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung
9. Sonstiges

II. Kartellrecht

1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen/Kartellverbot (§ 1 bis § 3 GWB)
2. Marktbeherrschung, sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (§ 18 bis § 21 GWB, Art. 102 AEUV)
3. Zusammenschlusskontrolle
4. Sonstiges
5. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung

I. Lauterkeitsrecht

1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

(entfällt)

2. Per-se-Verbote

(entfällt)

3. Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen

a) „Förderverein“ (Unlautere Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit, § 4a UWG, § 4 Nr. 1 UWG a.F.)

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21. Juli 2016³ befasst sich erneut mit der Buchpreisbindung. Die Beklagte hatte an einen Förderverein einer Schule, der auf seiner Webseite einen Link zu ihrem Online-Shop platzierte, Provisionszahlungen für darüber bestellte Schulbücher ausgezahlt. Nach Ansicht des Klägers begründete dies eine Umgehung der Buchpreisbindung und einen Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG a.F. Er beantragte, es der Beklagten zu verbieten, beim Verkauf preisgebundener Bücher im Geltungsbereich des Buchpreisbindungsgesetzes (BuchPrG) eine Provisionszahlung an Schulfördervereine zu bewerben oder anzubieten. Das Berufungsgericht hatte das der Klage stattgebende Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Aus Sicht des Berufungsgerichts war maßgeblich, dass die fraglichen Provisionen nicht dem Käufer der Bücher zugutegekommen seien. Es handele sich nicht um einen Vorteil für Letztabnehmer; auch eine unlautere Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Eltern bestehe nicht.

Der I. Zivilsenat teilt diese Einschätzung und führt dabei ausführlich zur Buchpreisbindung nach §§ 3, 5 BuchPrG aus. Er bestätigt, dass dem Kläger kein Anspruch auf Unterlassen aus § 9 Abs. 1 BuchPrG zusteht.⁴ Der-

³ Urteil vom 21. Juli 2016 – [I ZR 127/15](#) –.

⁴ a.a.O., juris, Rn. 10 ff.

jenige, der dem Link folgt, muss den vollen Preis bezahlen. Die Provision an den Förderverein bedeutet auch keine unzulässige Umgehung der Preisbindungsvorschriften.⁵ Die Eltern, die über den Link Schulbücher kaufen, erhalten von der Beklagten dafür keinen erheblichen wirtschaftlichen Vorteil. Die Provision komme vielmehr der gesamten Schülerschaft zu Gute. Immaterielle Vorteile, wie das Gefühl, etwas Gutes getan zu haben, sind für einen Verstoß gegen das BuchPrG nicht ausreichend.⁶

Zu der in Rede stehenden unlauteren Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit der Eltern fehlten aus Sicht des Bundesgerichtshofs Anhaltspunkte. Erforderlich wäre, dass die Beklagte ihre Machtposition den Käufern gegenüber in einer Weise ausnutzt, die ihre Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt. Das Partnerprogramm mit dem Förderverein begründet aber keinen zur Unlauterkeit führenden Gruppenzwang zur solidarischen Bestellung bei der Beklagten. Die Eltern bestellen anonym, so dass letztlich niemand erfahre, wo sie die Schulbücher kaufen.⁷

b) „Segmentstruktur“ (Unlautere Nachahmung, § 4 Nr. 3 UWG, § 4 Nr. 9 UWG a.F.)

Bereits am 04. Mai 2016⁸ entschied der Bundesgerichtshof über den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz regionaler Marktberichte für die pharmazeutische Industrie. In der ausführlichen Entscheidung befasst sich der Senat nur noch mit den auf Lauterkeitsrecht gestützten Anträgen.

In der Sache ging es um drei verschiedene Marktberichte der Klägerin, die jeweils eine bestimmte Segmentstruktur aufweisen und von der Beklagten in ähnlicher Aufmachung angeboten wurden. Aus Sicht des Berufungsgerichts waren für einen Marktbericht die Voraussetzungen des Anspruchs auf Unterlassen aus wettbewerblichem Leistungsschutz zwar im Grund-

⁵ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁶ a.a.O., juris, Rn. 23.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 36.

⁸ Urteil vom 04. Mai 2016 – [I ZR 58/14](#) –.

satz erfüllt. Der Anspruch sei aber im konkreten Fall zu verneinen, weil er aufgrund einer mit zehn Jahren bemessenen Schutzdauer mittlerweile abgelaufen sei.

In seiner Entscheidung nimmt der Bundesgerichtshof vorab ausführlich zur Zulässigkeit des Klageantrags Stellung. Der in Streit stehende Unterlassungsantrag ist nicht zu unbestimmt. Der Argumentation der Beklagten, wonach der Klägerin die Aktivlegitimation fehle, da auch eine solche für die urheberrechtlichen Ansprüche fehle, folgt der Senat nicht. Vielmehr stellt er die Unterschiedlichkeit urheberrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Ansprüche heraus. Ein zwingender Gleichlauf besteht nicht.⁹

Zu der in der Sache streitigen Frage, ob der Marktbericht als nachgeahmtes Produkt hinreichende Eigenart besitzt, sah sich der Senat mangels hinreichender tatrichterlicher Feststellungen nicht in der Lage. Es handelt sich bei dem Bericht, der als Datenbank eingeordnet werden kann, um einen tauglichen Schutzgegenstand. Die wettbewerbliche Eigenart ist jedoch fraglich. Dies folgt nicht aus der Argumentation der Beklagten, wonach die den Marktberichten zugrunde gelegte Segmentstruktur gemeinfrei sei und vom angesprochenen Verkehr als Industriestandard angesehen werde. In der Verwendung des Begriffs "Industriestandard" kann nicht stets die Beschreibung einer gemeinfreien, keinem Hersteller zuzuordnenden Norm gesehen werden.¹⁰ Die Entscheidung des Berufungsgerichts ermöglicht jedoch keine ausreichende revisionrechtliche Überprüfung, weil Ausführungen zu den die wettbewerbliche Eigenart begründenden Umständen fehlen. Der Bundesgerichtshof stellt deshalb klar, dass in Verfahren wie dem vorliegenden das Berufungsgericht in seinem Urteil den für die Feststellung der Schutzfähigkeit entscheidenden Gesamteindruck einer Gestaltung, die ihn tragenden einzelnen Elemente sowie die die Besonderheit des nachgeahmten Produkts ausmachenden Elemente nachvollziehbar darlegen muss, um eine revisionsrechtliche Nachprüfung

⁹ a.a.O., juris, Rn. 37.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 55.

der Annahme der wettbewerblichen Eigenart eines Produktes zu ermöglichen.¹¹

Neben der wettbewerblichen Eigenart ist auch die Annahme einer Nachahmung durch die Beklagte nicht von den Feststellungen des Berufungsgerichts getragen.¹² In diesem Zusammenhang gibt der I. Zivilsenat seine bisherige Rechtsprechung auf, wonach die Annahme von Unlauterkeitsmerkmalen nicht auf die in § 4 Nr. 9 Buchst. a) bis c) UWG a.F. geregelten Tatbestände beschränkt ist, sondern auch eine Behinderung im Rahmen von § 4 Nr. 9 UWG a.F. in die wettbewerbsrechtliche Bewertung mit einbezogen werden kann. Der I. Zivilsenat nimmt jetzt an, dass sich für eine klare Abgrenzung der in § 4 UWG geregelten Tatbestände die unter dem Gesichtspunkt der Behinderung maßgeblichen Unlauterkeitsvoraussetzungen allein aus § 4 Nr. 4 UWG und der zu § 4 Nr. 10 UWG a.F. ergangenen Rechtsprechung des Senats ergeben.¹³ Im Streitfall rechtfertigen die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht die Annahme einer Behinderung in diesem Sinn. Gleiches gilt für die Voraussetzungen einer Rufausnutzung nach § 4 Nr. 9 Buchst. b) UWG a.F.

Zur Frage einer zeitlichen Befristung von Ansprüchen aus wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz stellt der Senat klar, dass dieser nur so lange andauert, wie die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Erzeugnisses fortbesteht und die besonderen unlauterkeitsbegründenden Umstände nicht weggefallen sind. Umgekehrt kann dieser Schutz nicht zeitlich begrenzt sein, wenn diese Voraussetzungen noch fortbestehen.¹⁴ Auch in diesem Zusammenhang gibt der Senat seine frühere Rechtsprechung teilweise auf: In Fällen, in denen das Lauterkeitsrecht die Leistung als solche geschützt hat, war in Anlehnung an Patent-, Geschmacksmuster- und Designrecht bisher eine zeitliche Begrenzung des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes möglich. Gemeint ist beispielsweise die Fallgruppe

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 59.

¹² a.a.O., juris, Rn. 65 ff., 73.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 79.

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 93.

„Einschieben in eine fremde Serie“. Nunmehr werden neben der Nachahmung ein unlauteres Verhalten des Mitbewerbers und damit besondere Begleitumstände, die außerhalb des sondergesetzlichen Tatbestands liegen, stets vorausgesetzt, um den zeitlich nicht mehr begrenzten, wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz annehmen zu können.¹⁵

c) „Fremdcoupon-Einlösung“ (Mitbewerberschutz, § 4 Nr. 4 UWG, § 4 Nr. 10 UWG a.F.)

Am 23. Juni 2016¹⁶ befasste sich der I. Zivilsenat mit der Frage, ob das Einlösen von Rabattcoupons von Konkurrenzunternehmen eine Mitbewerberbehinderung begründet. Die Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs hatte die Werbung einer Drogerie für unlauter gehalten, mit der dafür geworben wurde, in den eigenen Filialen auch Rabattcoupons von Wettbewerbern einzulösen.

Der I. Zivilsenat hält in dieser Entscheidung an seiner Rechtsprechung fest, wonach der Zentrale die gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG erforderliche Klagebefugnis fehlt, soweit sie eine gezielte Wettbewerberbehinderung geltend macht. Es muss den einzelnen Wettbewerbern, die von einer möglichen Behinderung i.S.v. § 4 Nr. 4 UWG betroffen werden, überlassen bleiben, ob sie die Behinderung hinnehmen wollen oder nicht.¹⁷ In der Sache billigt der Senat die Würdigung des Berufungsgerichts und verneint eine gezielte Wettbewerberbehinderung. Die Beklagte dringt mit ihrer Werbung weder in einen fremden Kundenkreis ein noch behindert sie fremde Werbung.

Versenden die Mitbewerber Gutscheine, werden die Empfänger noch nicht zu Kunden des mit den Gutscheinen werbenden Unternehmens. Diese sind noch deutlich von einem Vertragsschluss entfernt. Die Beklagte hatte

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 96.

¹⁶ Urteil vom 23. Juni 2016 – [I ZR 137/15](#) –; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 31.

auf sie auch nicht unangemessen eingewirkt.¹⁸ Darüber hinaus stellt der Senat heraus, es sei grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn Werbemaßnahmen eines Unternehmens mittelbar dazu führen, dass die Werbung von Mitbewerbern nicht mehr so wie zuvor zur Geltung kommt, selbst wenn dies dem Werbenden bewusst ist. Unlauter ist eine Beeinträchtigung auch dann nicht, wenn die Werbung ihre Wirkung erst aufgrund einer bewussten Entscheidung der Verbraucher verliert.¹⁹

Bei der hier fraglichen Werbung hatten die Verbraucher es selbst in der Hand, wo sie die ausgegebenen Gutscheine einlösen. Das Anschließen an die Werbeaktion ihrer Mitbewerber bedeutet für den Bundesgerichtshof grundsätzlich nichts anderes als die Anpassung der eigenen Preise an Preissenkungen von Wettbewerbern. Ob es sich dabei, also bei der Werbung des Mitbewerbers, um eine fremde Einrichtung handelt, die die Beklagte ausnutzt, entscheidet der Senat nicht. Fraglich ist, ob der Begriff der Einrichtung solche Werbemaßnahmen erfassen kann. Die Beklagte hätte diese jedenfalls nicht unlauter ausgenutzt. Ein Anhängen an die Werbung von Mitbewerbern ist Teil des Wettbewerbs.²⁰

Der Senat verneint schließlich auch die Frage, ob der im Rahmen von § 4 Nr. 4 UWG zu beachtende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Streitfall zu einer anderen Beurteilung führen kann. Es gibt kein dem Grundsatz innewohnendes allgemeines Gebot, nur in einer die Interessen von Mitbewerbern gering beeinträchtigenden Weise zu werben.²¹

18 a.a.O., juris, Rn. 17.

19 a.a.O., juris, Rn. 21.

20 a.a.O., juris, Rn. 27 f.

21 a.a.O., juris, Rn. 30.

d) Marktverhaltensregelungen (§ 3a UWG, § 4 Nr. 11 UWG a.F.)

(1) Textilkennzeichnung“ (Art. 16 Textilkennzeichnungsverordnung)

Die Entscheidung des I. Zivilsenats vom 24. März 2016²² behandelt die Vorgaben zur textilen Zusammensetzung gemäß der Textilkennzeichnungsverordnung (TextilKennzVO). Die Beklagte hatte in einem Werbeflyer keine Angaben zur Zusammensetzung der beworbenen Kleidungsstücke gemacht. Allerdings fehlten in dem Werbeflyer auch Angaben für eine direkte Bestellung der Kleidungsstücke. Gleichwohl sah die Klägerin hierin einen Verstoß gegen die Vorgaben der TextilKennzVO.

Der Bundesgerichtshof teilt die Einschätzung des Berufungsgerichts, wonach die Beklagte nicht gegen Bestimmungen der Verordnung verstoßen habe. Die Regelung des Art. 16 Abs. 1 TextilKennzVO, bei der es sich um eine Marktverhaltensregelung nach § 3a UWG, § 4 Nr. 11 UWG a.F. handelt, sieht die Angabe von Beschreibungen der Faserzusammensetzung in Prospekten und dergleichen vor, sobald dadurch ein Textilerzeugnis auf dem Markt bereitgestellt wird.²³ Gemeint ist eine Präsentation, die es ermöglicht, die Ware unmittelbar zu erwerben. Informationspflichten nach Art. 16 Abs. 1 Satz 2 TextilKennzVO bestehen daher bei reinen Werbeprospekten nicht, bei denen keine Bestellmöglichkeit gegeben ist, weil mit ihnen ein Textilerzeugnis nicht auf dem Markt bereitgestellt wird und die Informationen über die Textilzusammensetzung noch vor dem Kauf im Ladenlokal erteilt werden können.²⁴ Es handelt sich deshalb im Streitfall auch nicht um ein Vorenthalten von Informationen i.S.v. § 5a Abs. 2 und Abs. 3 Nr. 1 UWG a.F.

²² Urteil vom 24. März 2016 – [I ZR 7/15](#) –.

²³ a.a.O., juris, Rn. 16.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 19.

(2) „Rechtsberatung durch Entwicklungsingenieur“ (§§ 2 Abs. 1, 3, 5 RDG)

In der Entscheidung vom 31. März 2016²⁵ hatte sich der Bundesgerichtshof mit der Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen zu befassen. Ein Entwicklungsingenieur hatte für verschiedene Unternehmen gewerbliche Schutzrechte angemeldet und auf eine Abmahnung geantwortet, die gegen ein von ihm vertretenes Unternehmen gerichtet war. Zudem hatte er damit geworben, derartige Tätigkeiten „gemäß § 5 RDG“ zu übernehmen. Die Klägerin hatte darin einen Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz gesehen und auf Unterlassen geklagt. Die Klage war in beiden Vorinstanzen erfolgreich. Das Berufungsgericht hatte die Zurückweisung der Berufung auf die Beurteilung gestützt, die Tätigkeit sei weder als einfache schematische Rechtsanwendung einzuordnen noch als Nebenleistung zur Haupttätigkeit gestattet.

Der I. Zivilsenat hat in der Tätigkeit des Entwicklungsingenieurs ebenfalls eine nach §§ 3, 5 RDG unzulässige Erbringung von Rechtsdienstleistungen gesehen. Außergerichtliche Rechtsdienstleistungen sind gemäß § 3 RDG nur in dem Umfang zulässig, in dem sie durch Gesetz erlaubt sind. Dabei handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung, die vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen schützen soll. Der Begriff der Rechtsdienstleistung wird in § 2 Abs. 1 RDG legaldefiniert. Erforderlich ist ein Tätigwerden in fremden Angelegenheiten, das eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Was genau eine rechtliche Prüfung i.d.S. ausmacht, hatte der Bundesgerichtshof bereits im Urteil vom 14. Januar 2016²⁶ entschieden. Gemeint ist jede konkrete Subsumtion eines Sachverhalts unter die maßgeblichen rechtlichen Bestimmungen, die über eine bloß schematische Anwendung von Rechtsnormen ohne weitere rechtliche Prüfung hinausgeht. Die Anmeldung gewerblicher Schutzrechte geht über eine sol-

²⁵ Urteil vom 31. März 2016 – [I ZR 88/15](#) –.

²⁶ Urteil vom 14. Januar 2016 – [I ZR 107/14](#) – zusammengefasst im Newsletter zum 1. Halbjahr 2016, [hier](#) abrufbar.

che schematische Rechtsanwendung hinaus.²⁷ Der Beklagte ist auch in konkreten fremden Angelegenheiten tätig geworden. Wer in offener Stellvertretung für Dritte gewerbliche Schutzrechte bei dem Deutschen Patent- und Markenamt oder dem Europäischen Patentamt anmeldet, wird im wirtschaftlichen Interesse der Anmelder tätig.²⁸

Die Tätigkeit des Beklagten ist auch nicht nach § 5 RDG zulässig. Sie gehört nicht als Nebenleistung zum Berufsbild des Entwicklungsingenieurs. Sind Rechtskenntnisse für die Haupttätigkeit kaum erforderlich, kann eine Rechtsdienstleistung, die erhebliche Anforderungen an die Rechtsberatung stellt, keine Nebenleistung zu dieser Tätigkeit darstellen. Macht der Dienstleister das Gegenteil geltend, trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast.²⁹ Diese Auslegung von §§ 2 Abs. 1, 5 RDG steht mit der grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit des Beklagten im Einklang.³⁰

(3) „Schadensregulierung durch Versicherungsmakler“ (§§ 4, 5 RDG)

Die Entscheidung des I. Zivilsenats vom 03. November 2016³¹ betrifft die Anhörungsrüge des Revisionsbeklagten zu der Entscheidung des Senats vom 14. Januar 2016 „Schadensregulierung durch Versicherungsmakler“. Die Rüge hat keinen Erfolg, da der Anspruch auf rechtliches Gehör durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14. Juni 2016 nicht verletzt wurde. In der Sache bekräftigt der I. Zivilsenat, dass § 4 RDG bereits die Gefahr und nicht erst den tatsächlichen Eintritt von Interessenskonflikten ausschließen soll.³² Deshalb ist das Ausbleiben von Beschwerden gegen die Schadensregulierung der Beklagten kein ausreichendes Indiz dafür, dass es keinen Konflikt gegeben habe oder hätte geben können.

²⁷ a.a.O., juris, Rn. 23 f.

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 27.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 33 f.

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 35 ff.

³¹ Beschluss vom 03. November 2016 – [I ZR 107/14](#) –; Leitsatzentscheidung vom 14. Januar 2016 – [I ZR 107/14](#) –, zusammengefasst im vorherigen Newsletter, abrufbar [hier](#).

³² a.a.O., juris, Rn. 11.

Schließlich hebt der Senat den quantitativen Umfang der schadensregulierenden Tätigkeit in Höhe von 12.000 bis 15.000 Einzelschadensfällen jährlich hervor. Es handele sich daher um eine weitere Haupttätigkeit der Beklagten, weshalb § 5 RDG nicht anwendbar ist.³³

(4) „Repair-Kapseln“ (Artt. 2 Abs. 2 Nr. 5, 10 Abs. 1, 13 Abs. 1 und Abs. 3 Health-Claims-Verordnung)

Mit Urteil vom 07. April 2016³⁴ entschied der Bundesgerichtshof über die Vereinbarkeit von Werbeaussagen zu sogenannten „Repair-Kapseln“ mit den Vorgaben der Health-Claims-Verordnung (HCVO). Die Beklagte hatte unter anderem ihre „Repair-Kapseln-Premium“ damit beworben, dass sie für eine „tolle Haut, fülliges Haar und feste Fingernägel“ sorgen würden.

Diese Werbeaussagen lassen sich nicht mit Art. 10 Abs. 1 HCVO vereinbaren. In Abgrenzung zu Art. 10 Abs. 3 HCVO handelt es sich nicht um nichtspezifische gesundheitsbezogene Angaben i.S. dieser Bestimmung. Für die Unterscheidung kommt es darauf an, ob mit der Angabe ein unmittelbarer Wirkungszusammenhang zwischen einer Lebensmittelkategorie, einem Lebensmittel oder einem seiner Bestandteile und einer Funktion des menschlichen Organismus hergestellt wird, dessen wissenschaftliche Absicherung (Art. 6 Abs. 1 HCVO) in einem Zulassungsverfahren nach Art. 13 Abs. 3 der Verordnung (für Angaben nach Art. 13 Abs. 1 HCVO) oder nach Art. 15 bis 17 HCVO (für Angaben nach Art. 14 Abs. 1 HCVO) überprüft werden kann.³⁵ Trotz der Verwendung allgemein gehaltener Begriffe wird bei der Bewerbung der fraglichen „Repair-Kapseln“ ein Zusammenhang in diesem Sinn umschrieben. Unerheblich ist, dass kein medizinisches, sondern umgangssprachliches Vokabular gebraucht wird.³⁶

Die von der Beklagten verwendete Produktbezeichnung „Repair“ suggerierte zudem, bereits eingetretene Schäden könnten beseitigt werden.

³³ a.a.O., juris, Rn. 12.

³⁴ Urteil vom 07. April 2016 – [I ZR 81/15](#) –.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 24.

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 26.

Nicht entscheidend war dabei, ob die verwendeten Adjektive „toll“, „füllig“ und „fest“ dem in der Zulassungsliste nach Art. 13 HCVO des Anhangs der VO (EU) Nr. 432/2012 aufgeführten Attribut „normal“ inhaltlich entsprechen. Eine wörtliche Übereinstimmung ist für eine Vereinbarkeit mit Art. 10 Abs. 1 HCVO nicht erforderlich. Die Annahme einer inhaltlichen Übereinstimmung der verwendeten mit der zugelassenen Angabe ist jedoch nur in engen Grenzen möglich.³⁷ Im Streitfall fehlte der Verweis auf denjenigen in der Liste aufgeführten Nährstoff, der die entsprechende Wirkung auf Haut, Haare und Nägel haben soll. Die bloße Angabe einer bestimmten Wirkung ohne Benennung des Nährstoffs, der Substanz, des Lebensmittels oder der Lebensmittelkategorie, auf der diese Wirkung nach der Liste der zugelassenen Angaben beruht, ist mit der zugelassenen Angabe nicht inhaltsgleich und daher unzulässig.³⁸

(5) „Almased“ Nichtzulassungsbeschwerden (Art. 10 Abs. 1 HCVO)

An die Entscheidung zu den „Repair-Kapseln“ knüpfen zwei nahezu wortgleiche Beschlüsse³⁹ zu demselben Naturkostprodukt an. Darin lehnt der Bundesgerichtshof im Rahmen von Nichtzulassungsbeschwerden eine klärungsbedürftige rechtsgrundsätzliche Frage zur Auslegung der HCVO ab, weil in Anlehnung an die Klärung im Urteil vom 07. April 2016 die Streitgegenständlichen Angaben jeweils unzulässig sind. Es erfolgt aus Sicht des I. Zivilsenats in beiden Fällen die Angabe einer gesundheitsbezogenen Wirkung ohne die gebotene Benennung eines Nährstoffs, der für diese Wirkung verantwortlich sein soll.⁴⁰

Nach der Beurteilung des I. Zivilsenats ist auch nicht mehr klärungsbedürftig, ob die Vorgaben der HCVO auch einzuhalten sind, wenn sich die Werbung nur an Fachkreise richte. Dazu hat der EuGH bereits festgestellt, dass selbst medizinische Fachkreise nicht ohne weiteres in der Lage sind,

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 29 f., mit Verweis auf BGH, Urteil vom 10. Dezember 2015 – [I ZR 222/13](#) –.

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 36.

³⁹ Beschlüsse vom 29. September 2016 – [I ZR 232/15](#) –, – [I ZR 233/15](#) –.

⁴⁰ Beschluss vom 29. September 2016 – [I ZR 233/15](#) – juris, Rn. 8.

über alle aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse zu verfügen, die notwendig sind, um jedes einzelne Lebensmittel und die nährwert- und gesundheitsbezogenen Angaben, die bei der Kennzeichnung und Aufmachung dieser Lebensmittel oder bei der Werbung für sie verwendet werden, zu bewerten.⁴¹

Die Revisionen hat der Bundesgerichtshof auch unter dem Gesichtspunkt der Behandlung von Angaben zu sog. „Botanicals“ nicht zugelassen. Zwar sei diese Frage noch nicht geklärt; in den vorliegenden beiden Streitfällen sei diese allerdings auch nicht entscheidungsrelevant.⁴²

(6) „Orthopädietechniker“ (§§ 3, 7 HwO; § 31 Abs. 2 BayBOÄ)

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16. Juni 2016⁴³ behandelt das Gebot der Meisterpräsenz und das berufsrechtliche Zuweisungsverbot der Bayerischen Berufsordnung für Ärzte. In einer Facharztpraxis hatte die Beklagte einen Raum nutzen und dort Leistungen des Orthopädiehandwerks anbieten können, ohne dass bei der Erbringung dieser Leistungen ein Meister des Orthopädiehandwerks anwesend war. Für das Berufungsgericht stellte dies keinen Verstoß gegen die Handwerksordnung dar, da es sich bei den fraglichen Leistungen lediglich um unerhebliche Nebentätigkeiten gehandelt habe.

Diese Beurteilung teilt der Bundesgerichtshof nicht. Die in Rede stehenden Bestimmungen in §§ 1, 7 HwO sind Marktverhaltensregelungen. Sie regeln das Gebot der Meisterpräsenz. Gemeint ist die Anwesenheit eines Betriebsleiters, der die Meisterprüfung bestanden hat. Erforderlich ist diese für den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe, wobei ausreichend ist, dass der Betriebsleiter binnen weniger Minuten vor Ort sein kann. Für Gesundheitshandwerke ist für jede Betriebsstätte grundsätzlich ständige Meisterpräsenz zu

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁴² Beschluss – a.a.O. – [I ZR 232/15](#) – juris, Rn. 10 f.; [I ZR 233/15](#), juris, Rn. 15 f.

⁴³ Urteil vom 16. Juni 2016 – [I ZR 46/15](#) –; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

verlangen.⁴⁴ Im Streitfall war die Hauptniederlassung des beklagten Orthopädiehandwerkers zu weit entfernt, als dass Patienten im Bedarfsfall nur kurze Zeit auf den Betriebsleiter hätten warten müssen.

Der fragliche Betrieb in der Facharztpraxis ist zudem nicht als vom Gebot der Meisterpräsenz befreiter Nebenbetrieb i.S.v. § 3 Abs. 1 HwO einzuordnen gewesen. Dieser Begriff erfasst Tätigkeiten in unerheblichem Umfang, die die Leistungen des Hauptbetriebs sinnvoll ergänzen und erweitern.⁴⁵ Davon ist die Außen- oder Zweigstelle zu unterscheiden, die aufgrund der dort angebotenen Leistungen als Handwerksbetrieb nach § 1 Abs. 2 HwO gilt.⁴⁶ Für sie gilt das Gebot der Meisterpräsenz. Ob es sich bei dem Betrieb in der Facharztpraxis um eine Zweigstelle in diesem Sinn handelt, muss das Berufungsgericht nach Zurückweisung der Sache nun ermitteln.

Mit dem Zuweisungsverbot und deren Verletzung durch die Beklagte hatte sich das Berufungsgericht bisher nicht beschäftigt. Nach der Beurteilung des Berufungsgerichts hatte die Klägerin die Raumnutzung und deren Beschilderung nicht unter dem Aspekt des Zuweisungsverbots zum Gegenstand des Berufungsverfahrens gemacht. Einen Hinweis nach § 139 ZPO hatte das Berufungsgericht insoweit aber nicht erteilt, obwohl dies nach Ansicht des Bundesgerichtshofs notwendig gewesen wäre. Dem Kläger ist in der wiedereröffneten Berufungsinstanz Gelegenheit zur Konkretisierung zu geben. In der Sache merkt der Bundesgerichtshof folgendes an: Ein Arzt, der in seiner Praxis einen Raum für die Arbeit eines Orthopädietechnikers vorhält und Schilder duldet, die den Weg dorthin weisen, spricht damit gegenüber seinen Patienten eine entsprechende Empfehlung aus.⁴⁷

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 23, 27.

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 30 f.

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 48.

(7) „Arbeitnehmerüberlassung“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG)

Im Urteil vom 23. Juni 2016⁴⁸ entschied der I. Senat über die Erlaubnispflicht zur Arbeitnehmerüberlassung aus § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG und deren Einordnung als Marktverhaltensregelung. Die Klägerin hatte die fehlende behördliche Gestattung der Tätigkeit der Beklagten als lauterkeitsrechtliches Fehlverhalten gerügt und als Wettbewerberin Unterlassen verlangt. Das Berufungsgericht hatte den Verstoß gegen § 1 AÜG nicht als wettbewerbsrechtlich unzulässiges Verhalten eingeordnet. Es handele sich bei der Vorschrift um eine Marktzutrittsregelung, die zum Schutz des überlassenen Arbeitnehmers seinen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutz sicherstellen solle. Mithin sei es eine betriebsinterne Schutzvorschrift zugunsten dieser Arbeitnehmer, die keinen Wettbewerbsbezug aufweise. Der Bundesgerichtshof schließt sich dieser Beurteilung an.

Das präventive Verbot der Arbeitnehmerüberlassung mit Erlaubnisvorbehalt ist eine sozialpolitisch ausgerichtete Regelung des Marktzutritts. Sie weist keine wettbewerbsbezogene Schutzrichtung in Bezug auf die Interessen der Marktteilnehmer, die auf dem Absatzmarkt für Arbeitsleistungen von Leiharbeitnehmern tätig sind, auf.⁴⁹ Von einer anderen Beurteilung hat den Bundesgerichtshof auch nicht die von der Revision angeführte Funktion der Reinhaltung des Wettbewerbs zwischen den Verleihern überzeugt. Dass sich ein gesetzeswidrig handelnder Marktteilnehmer womöglich einen Vorteil verschafft, führt ebenfalls zu keiner anderen Beurteilung. Der durch die Regelung zu verhindernde Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung betrifft die soziale Ausbeutung der Arbeitnehmer und nicht die Konkurrenz durch unzuverlässige Verleiher. Reflexartige Auswirkungen zugunsten der Marktteilnehmer rechtfertigen für sich nicht die Annahme einer Marktverhaltensregelung.⁵⁰

⁴⁸ Urteil vom 23. Juni 2016 – [I ZR 71/15](#) –.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 19 ff.

⁵⁰ a.a.O., juris, Rn. 25.

Eine wettbewerbsbezogene Schutzfunktion des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG ergibt sich auch nicht mit Blick auf die Entleiher.⁵¹ Die Erlaubnispflicht ist nicht darauf gerichtet, die Qualität der Dienstleistungen des Verleihers gegenüber dem Entleiher sicherzustellen. Diese Einschätzung des Berufungsgerichts teilt der Bundesgerichtshof trotz der Regelung in § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Danach kommt zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis mit arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Pflichten zustande, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG unwirksam ist.

Schließlich handelt es sich auch nicht um eine Marktverhaltensregelung im Interesse der Leiharbeitnehmer. Letztere sind durch das Anbieten ihrer Arbeitsleistung Marktteilnehmer i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG; sie sind aber im Streitfall keine Verbraucher i.S.v. § 2 Abs. 2 UWG. Die Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG schützt zwar auch die Interessen der Leiharbeitnehmer als Marktteilnehmer. Die Funktion des Lauterkeitsrechts lässt es jedoch nicht zu, betriebsinternen Arbeitnehmerschutzvorschriften auf diesem Wege einen Marktbezug zukommen zu lassen.⁵² Bei einer anderen Beurteilung würde das im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vorgesehene Rechtsfolgensystem, wie beispielsweise der erwähnte Vertragsschluss zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 BÜG, außer Kraft gesetzt.

Zuletzt wiederholt der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung, wonach Verstöße gegen außerwettbewerbsrechtliche Normen auch nicht allein wegen ihrer Gesetzeswidrigkeit nach § 3 Abs. 1 UWG unlauter sind.⁵³

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 27 ff.

⁵² a.a.O., juris, Rn. 41 ff.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 45, mit Verweis auf – [I ZR 225/13](#) –, zusammengefasst im vorherigen Newsletter, abrufbar [hier](#).

(8) „Quecksilberhaltige Leuchtstofflampen“ (§ 5 ElektroG a.F., § 3 Abs. 1 Nr. 1 ElektroStoffV)

Das Urteil des I. Senats vom 21. September 2016⁵⁴ dreht sich um Kompaktleuchtstofflampen und deren Quecksilbergehalt. Durch die Klägerin veranlasste Stichproben hatten einen Gehalt ergeben, der sich nicht innerhalb der in § 5 ElektroG a.F., § 3 Abs. 1 Nr. 1 ElektroStoffV aufgeführten Grenzwerte hielt.

Die Bestimmung in § 5 ElektroG a.F. diene der Umsetzung der Richtlinie 2002/95/EG, während nunmehr § 3 Abs. 1 und 3 ElektroStoffV die Richtlinie 2011/65/EU umsetzt.⁵⁵ Der Bundesgerichtshof betont, dass es sich bei diesen Stoffverboten um Marktverhaltensregelungen nach § 3a UWG handelt, weil sie neben abfallwirtschaftlichen Zielen auch dem Gesundheits- und Verbraucherschutz dienen. Maßgeblich sind insoweit die erheblichen Gesundheitsgefahren, die bei dem Zerschlagen dieser Art von Lampen entstehen.⁵⁶

Die Beklagte hatte geltend gemacht, bei dem Überschreiten der Grenzwerte habe es sich lediglich um „Ausreißer“ gehandelt; nur zwei der im Test untersuchten sechs Lampen hätten den erhöhten Gehalt aufgewiesen. Diesen Einwand hatte schon das Berufungsgericht mangels ausreichendem Sachvortrag für unbegründet erachtet. Der Bundesgerichtshof stellt hierzu klar, dass an die Annahme eines Bagatellverstoßes strenge Anforderungen zu stellen sind. Der Verletzer trägt dafür die Darlegungs- und Beweislast.⁵⁷

⁵⁴ Urteil vom 21. September 2016 – [I ZR 234/15](#) –.

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 20 ff., 23 ff.

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 28.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 31.

(9) „Servicepauschale“ (Art. 23 VO (EG) Nr. 1008/2008)

Am 29. September 2016⁵⁸ entschied der Bundesgerichtshof über die Gestaltung eines Buchungsvorgangs für Flugdienste und seine Vereinbarkeit mit der Verordnung über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten (VO (EG) Nr. 1008/2008). Die Beklagte hatte die Reiserücktrittsversicherung als fakultative Zusatzleistung nach Ansicht des Berufungsgerichts im sogenannten „Opt-out“-Verfahren in den Buchungsvorgang integriert. Damit verstoße sie gegen Art. 23 Abs. 1 Satz 4 VO 1008/2008. Indem sie eine „Service-Pauschale“ für bestimmte Zahlungsmittel erhebe und diese nicht unmittelbar in den Endpreis mit einrechne, missachte sie zudem Art. 23 Abs. 1 Satz 2 VO 1008/2008.

Dieser Beurteilung hat sich der Bundesgerichtshof angeschlossen. Bei den streitentscheidenden Vorschriften der Verordnung handelt es sich jeweils um eine Marktverhaltensregelung nach § 3a UWG.⁵⁹ Die Mitteilung der Kosten der Versicherung ist in der fraglichen Gestaltung nicht mit den Vorgaben des Art. 23 Abs. 1 Satz 4 VO 1008/2008 vereinbar. Ein Verbraucher, der eine fakultative Leistung zuvor bereits ausgewählt hat und im weiteren Verlauf der Buchung über die erneute Notwendigkeit zur Abwahl dieser Leistung getäuscht wird, ist nicht in der Lage, eine bewusste und informierte Entscheidung zwischen mehreren Buchungsmöglichkeiten zu treffen.⁶⁰

Dem Erfordernis aus Art. 23 Abs. 1 Satz 2 VO 1008/2008, stets den Endpreis anzugeben und vorhersehbare sowie unvermeidbare Gebühren einzurechnen, entspricht die Gestaltung des Buchungsvorgangs ebenfalls nicht. Die erhobene „Service-Pauschale“ ist eine Gebühr in diesem Sinn. Nach dem am Schutzzweck der Vorschrift orientierten Verständnis sind Entgelte nicht nur dann unvermeidbar, wenn jeder Kunde sie aufzuwen-

⁵⁸ Urteil vom 29. September 2016 – [I ZR 160/15](#) –.

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 19, 28.

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 25.

den hat, sondern grundsätzlich bereits dann, wenn nicht jeder Kunde sie vermeiden kann.⁶¹

(10) „Hörgeräteausstellung“ (§§ 1, 4 PAngV)

Die Entscheidung vom 10. November 2016⁶² behandelt Regelungen der Preisangabenverordnung und deren Vorgaben für die Präsentation von Waren. Die Beklagte hatte im Schaufenster Hörgeräte ohne Preisauszeichnung präsentiert.

Der I. Senat stellt zu Beginn dar, dass weder die Gesetzesänderung vom 10. Dezember 2015 noch die Änderungen der PAngV vom September 2013 und Juni 2014 eine für den Streitfall maßgebliche Änderung der Rechtslage bedeuten.⁶³ Die unionsrechtliche Grundlage der Bestimmung aus § 1 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 PAngV befindet sich einzig in der Preisangabenrichtlinie.⁶⁴

In der Sache handelt es sich wegen der fehlenden Preisauszeichnung nicht um ein Angebot im Sinne der Vorschrift. Eine Werbung, in der kein Preis für das beworbene Produkt angegeben ist, gilt nicht als Angebot i.S.d. Richtlinie 98/6/EG und – entsprechend – i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV.⁶⁵ Eine Pflicht zum Auszeichnen der Preise ergibt sich auch nicht aus § 4 Abs. 1 PAngV. Diese Bestimmung setzt ein bereits vorliegendes Angebot i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 PAngV voraus und erfasst nicht die reine Werbung im Schaufenster durch Präsentation der Ware ohne Preisangabe. Das Schutzniveau der PAngV geht nicht über das der Preisangabenrichtlinie hinaus.⁶⁶

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 31.

⁶² Urteil vom 10. November 2016 – [I ZR 29/15](#) –.

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 9.

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 12.

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 14.

Es handelt sich mithin nicht um einen Fall des Vorenthaltens wesentlicher Informationen nach § 5a Abs. 2 UWG. Die Regelungen zu Aspekten des Verkaufspreises, die auf die Preisangabenrichtlinie zurückgehen, sind vorrangig i.S.v. Art. 3 Abs. 4 UGP-Richtlinie.⁶⁷

4. Irreführung, § 5 UWG

a) „Herstellerpreisempfehlung bei Amazon“ (Irreführung über das Bestehen einer unverbindlichen Preisempfehlung)

Bereits Anfang März⁶⁸ entschied der Bundesgerichtshof über die Werbung mit einer unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers, die zum Angebotszeitpunkt nicht mehr bestand. Die Beklagte hatte über die Plattform „Amazon“ eine Uhr angeboten. Diesem Angebot hatte der Plattformbetreiber die unverbindliche Preisempfehlung beigefügt, ohne dass die Beklagte diese ändern oder entfernen konnte. Das Berufungsgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die beanstandete Werbung sei irreführend und die Beklagte als Täterin verantwortlich.

In der Sache teilt der I. Senat die Einschätzung des Berufungsgerichts und betont, dass die Bezugnahme auf eine unverbindliche Preisempfehlung in die Irre führt, wenn sie im Zeitpunkt der Bezugnahme nicht mehr gültig ist. Da es sich um eine wesentliche Orientierungshilfe des Verbrauchers handelt, führt diese irreführende Werbung dazu, dass die Interessen des Verbrauchers spürbar beeinträchtigt werden und er möglicherweise zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er ansonsten nicht getroffen hätte.⁶⁹ Durch die Änderung des § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG, der seit dem 15. Dezember 2015 um die sogenannte Relevanzklausel ergänzt ist, ergibt sich keine Änderung der vorherigen Rechtslage. Bereits nach UWG a.F. war die Spürbarkeit der Interessensbeeinträchtigung zu prüfen.⁷⁰

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁶⁸ Urteil vom 03. März 2016 – [I ZR 110/15](#) –.

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 30.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 25.

Da nicht die Beklagte selbst, sondern der Plattformbetreiber die Herstellerpreisempfehlung platzierte, bezweifelte die Revision die Verantwortung für die Irreführung. Dazu stellt der Bundesgerichtshof heraus, dass das Verhalten der Beklagten adäquat kausal für die beanstandete Werbung ist, weil sie das Angebot auf der Plattform eingestellt hat. Sie hat dem Betreiber die Möglichkeit eingeräumt, das Angebot zu verändern, ohne sich ein vertragliches Entscheidungs- oder Kontrollrecht vorzubehalten. Damit hat sie die Gewähr für die Richtigkeit der vom Plattformbetreiber vorgenommenen Angaben übernommen.⁷¹

b) „Apothekenabgabepreis“ (Irreführung über den Preis)

Die Entscheidung vom 31. März 2016⁷² betrifft die Werbung einer Apotheke für nicht verschreibungspflichtige Arzneien. Die Klägerin dieses Rechtsstreits hatte die Bewerbung nicht verschreibungspflichtiger Arzneien als irreführend beanstandet, weil der angegebene „Statt“-Preis, der am Seitenende die Ersparnis aufzeigen sollte, nicht die 5 % berücksichtigte, die Krankenkassen auf den Apothekenabgabepreis nach § 130 Abs. 1 SGB V erhalten können. Das Berufungsgericht hat dazu eine ähnliche Sichtweise vertreten. Der Preis, den marktmächtige Unternehmen wie Krankenkassen, zu zahlen hätten, sei ein wichtiger Anhaltspunkt für die Preisgünstigkeit eines Produkts.

Der I. Senat stellt in Anlehnung daran fest, dass die Beklagte mit nicht zutreffenden Preisangaben geworben hat und deshalb eine Irreführung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG zu bejahen war. Diese ist wettbewerblich trotz der Tatsache, dass die Ersparnis von 5 % nur für Krankenkassen gilt, relevant. Angesichts der erheblichen Bedeutung der Werbung mit Preisen oder Preisvorteilen ist die Angabe eines um 5 % überhöhten Vergleichs-

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 36, 40.

⁷² Urteil vom 31. März 2016 – [I ZR 31/15](#) –.

preises für die Kaufentscheidung des Verbrauchers von erheblicher Bedeutung.⁷³

c) „Ihre Versandapotheke“ (Irreführung über den Preis)

Der Beschluss vom 03. November 2016⁷⁴ befasst sich mit der Werbeaussage einer Versandapotheke. Nach eigener Aussage sei sie „Ihre Versandapotheke mit den günstigsten Medikamenten“. Die Klägerin hatte die Aussage als irreführend beanstandet; Land- und Berufungsgericht hatten diese Ansicht geteilt.

Die gegen die Berufungsentscheidung gerichtete Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision hat der Bundesgerichtshof zurückgewiesen. Trotz der Entscheidung des EuGH zur Arzneimittelpreisbindung vom 19. Oktober 2016⁷⁵ bestand nach seiner Beurteilung keine Veranlassung für die Zulassung der Revision. Die Beurteilung des EuGH zum deutschen Arzneimittelpreisrecht ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs für den vorliegenden Rechtsstreit nicht entscheidungserheblich. Denn aus Sicht des Bundesgerichtshofs nimmt der angesprochene Verkehr an, dass die Beklagte auch verschreibungspflichtige Medikamente günstiger anbietet. Da sie sich insoweit aber an die hiesige Preisbindung hält, ist die werbliche Aussage nach Auffassung des EuGH als unzutreffend zu werten, weshalb kein Revisionszulassungsgrund bestand.

d) „Ansprechpartner“ (Irreführung über den Kundendienst)

Am 21. April 2016⁷⁶ befasste sich der Bundesgerichtshof mit dem Schreiben einer Versicherung, das sie über den Versicherungsmakler an den Versicherten gesendet hatte und in dem sie „persönliche Ansprechpartner“ und Berater der Versicherung benannte. Die klagende Versicherungsmak-

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁷⁴ Beschluss vom 03. November 2016 – [I ZR 35/16](#) –.

⁷⁵ Urteil vom 19. Oktober 2016 – C-148/15 = NJW 2016, 3771 – „DocMorris“.

⁷⁶ Urteil vom 21. April 2016 – [I ZR 151/15](#) –.

lerin, die den Versicherten betreut, beurteilte diese Handlung als wettbewerbswidrig, weil sie über den Ansprechpartner in die Irre führe und sie als Maklerin behindere. Das Berufungsgericht hatte die Beklagte wegen der beanstandeten Handlung antragsgemäß auf Unterlassung verurteilt.

Der I. Senat schließt sich dieser Beurteilung nicht an. Die Parteien, Versicherungsmakler und –unternehmen, sind zwar Mitbewerber i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Zwischen ihnen besteht auch ein konkretes Wettbewerbsverhältnis. Sie bieten beide Beratungsleistungen über Versicherungsangelegenheiten an; zudem steht der Versicherungsnehmer als Adressat des Schreibens der Beklagten in einer vertraglichen Beziehung zur Klägerin.⁷⁷ Eine Irreführungsgefahr durch das streitgegenständliche Schreiben sieht der Senat allerdings nicht. Dazu prüft er fünf verschiedene Auslegungsmöglichkeiten, die eine Irreführung durch das Schreiben begründen können. Keine der in Frage kommenden Alternativen erfüllt die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 UWG.

Der adressierte Verkehr, auf dessen Verständnis es vorliegend ankommt, ist der Versicherungsnehmer, der seine Angelegenheiten durch einen Versicherungsmakler regelt.⁷⁸ Er wird nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht davon ausgehen, dass nunmehr statt der Maklerin allein die angegebenen Mitarbeiter der Versicherung für ihn zuständig sind. Die Angaben des Schreibens enthalten keinerlei Anhaltspunkte, wonach sich die Beklagte zur Zuständigkeit der Klägerin äußern möchte. Mithin war das Schreiben an die Klägerin adressiert.⁷⁹

Der angesprochene Verkehr nimmt auch nicht an, dass nun neben die Klägerin ein weiterer, gleichwertiger Ansprechpartner tritt.⁸⁰ Die Irrefüh-

⁷⁷ a.a.O., juris, 16 f.

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn. 24.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 27, 29.

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 31 ff.

zung kann sich nicht daraus ergeben, dass die Beklagte die Klägerin nicht ausdrücklich als Ansprechpartner benannt hatte.⁸¹

Der Senat verneint mangels hinreichender Anhaltspunkte schließlich auch eine Mitbewerberbehinderung i.S.v. § 4 Nr. 10 UWG a.F. Es ist nicht erkennbar, dass die Klägerin wegen der beanstandeten Gestaltung der Schreiben ihre Leistungen am Markt durch eigene Anstrengungen nicht angemessen zur Geltung bringen kann.

e) „Geo-Targeting“ (Irreführung über Verfügbarkeit)

Mit Urteil vom 28. April 2016⁸² entschied der Bundesgerichtshof über eine Bannerwerbung für einen Kabel-Internetanschluss, der nur in einem Bundesland verfügbar, dessen Werbung aber teilweise über die Ländergrenzen hinaus sichtbar war. Die eingesetzte Geo-Targeting-Technik sollte zwar Abrufe von außerhalb des verfügbaren Gebiets vermeiden; es blieb aber ein sogenannter Streuverlust i.H.v. ca. fünf Prozent. Aus Sicht des Berufungsgerichts hatte die Beklagte durch die Werbung auch außerhalb ihres Vertriebsgebiets über die Verfügbarkeit der Ware, § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG getäuscht. Das Irreführungsverbot aus § 5 UWG erfasse auch Fälle, in denen von der Irreführung lediglich eine Anlockwirkung ausgehe.

Dieser Beurteilung schließt sich der Bundesgerichtshof an und stellt zunächst fest, dass die Parteien mit Blick auf die beanstandete Handlung Mitbewerber sind. Durch die Werbung, die außerhalb des Vertriebsgebiets sichtbar war, hat sich die Beklagte auf diesem Endkundenmarkt für Internetanschlüsse betätigt. Darauf, dass die Kunden die Leistungen der Beklagten dort nicht beziehen konnten, kommt es nicht an.⁸³ Diejenigen, die diese Werbung wahrnehmen und sich nicht innerhalb der räumlichen Verfügbarkeit befinden, werden über die Verfügbarkeit eines Internetan-

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 46.

⁸² Urteil vom 28. April 2016 – [I ZR 23/15](#) –.

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 19.

schluss der Beklagten möglicherweise getäuscht. Der Zusatz „BW“ in der Unternehmensbezeichnung lässt eine räumliche Vertriebsbeschränkung nicht hinreichend erkennen. Lokal verankerte Unternehmen können grundsätzlich bundesweit tätig sein.⁸⁴ Im Streitfall hat die Beklagte zudem auf bundesweit ausgerichtete Portale überregional geworben.

Die Irreführung ist auch wettbewerbsrelevant. Verbraucher, die über die territoriale Verfügbarkeit getäuscht werden könnten, d.h. die erwähnten fünf Prozent Streuverlust, sind nicht nur „Ausreißer“. Der Bundesgerichtshof geht zwar nicht, wie das Berufungsgericht, davon aus, dass von diesen fünf Prozent sämtliche Verbraucher getäuscht würden. Nach den Feststellungen des Gerichts wird aber ein erheblicher Teil dieser Verbraucher über die räumliche Verfügbarkeit irregeführt und zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst. Sie befassen sich durch den Aufruf der Webseite näher mit dem Angebot der Beklagten. Dem Aufsuchen eines Geschäfts entspricht im Internethandel grundsätzlich der Aufruf einer Internetseite mit Bestellmöglichkeit.⁸⁵

f) „Baumann II“ (Irreführung über die betriebliche Herkunft und Verwechslungsgefahr)

Die Entscheidung vom 23. Juni 2016⁸⁶ behandelt den Einfluss des markenrechtlichen Prioritätsgrundsatzes auf lauterkeitsrechtliche Ansprüche. Die Parteien stritten im Verfahren letztlich um die Verwendung einer Marke. Nach Ansicht der Beklagten war die Klägerin wegen der Beendigung eines Lizenzvertrags nicht berechtigt, das angegriffene Zeichen zu verwenden. Diese berief sich auf ein prioritätsälteres Recht an ihrem Unternehmenskennzeichen. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren stützte sich die Beklagte erstmals auch auf wettbewerbsrechtliche Ansprüche wegen Irreführung über die betriebliche Herkunft und Verwechslungsgefahr nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Abs. 2 UWG. Nach Ansicht des Beru-

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 21 f.

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 36.

⁸⁶ Urteil vom 23. Juni 2016 – [I ZR 241/14](#) –.

fungengerichts konnten diese aber nicht das prioritätsältere Kennzeichenrecht der Klägerin beseitigen; andernfalls – so das Berufungengericht – würde sich ein nicht hinnehmbarer Wertungswiderspruch zum Markenrecht ergeben.

Neben einer ausführlichen Würdigung der markenrechtlichen Aspekte des Streitfalls stellt sich der Bundesgerichtshof hinter die Argumentation des Berufungengerichts zum Verhältnis von Marken- und Lauterkeitsrecht. Der I. Senat bekräftigt, dass damit kein genereller Vorrang des Markenrechts verbunden ist. Der individuelle Schutz aus dem Markenrecht und der lauterkeitsrechtliche Schutz des UWG bestehen nebeneinander. Wertungswidersprüche sind im Einzelfall zu vermeiden.⁸⁷

Sofern Ansprüche nach Markenrecht wegen eines schlechteren Zeitrangs ausscheiden, kann sich der Inhaber des prioritätsjüngeren Kennzeichenrechts grundsätzlich nicht mit Erfolg auf den lauterkeitsrechtlichen Schutz vor einer Irreführung über die betriebliche Herkunft stützen, um dem Inhaber des Kennzeichenrechts mit älterem Zeitrang die Benutzung seines Kennzeichens zu verbieten.⁸⁸

g) „LGA tested“ (Fehlen einer wesentlichen Information)

Um eine Irreführung durch Unterlassen nach § 5a Abs. 2 UWG geht es im Urteil vom 21. Juli 2016⁸⁹. Die Klägerin hatte eine Produktwerbung für ein Haarentfernungsgerät beanstandet, weil das in der Werbung verwendete Prüfzeichen der Streithelferin keinerlei Angaben dazu enthielt, wo Informationen zum Verfahren des entsprechenden Tests eingeholt werden können. Das Berufungengericht hatte den Prüftest und das diesem Prüfzeichen zugrundeliegende Verfahren als wesentliche Informationen i.S.v. § 5a Abs. 2 UWG eingeordnet. Die Darstellung kurzer Zusammenfassungen im Internet zu Prüfkriterien sei zumutbar. Auf eine solche Zusammenfassung

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 20, 23.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 23.

⁸⁹ Urteil vom 21. Juli 2016 – [I ZR 26/15](#) –; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

im Internet könne in der Werbung verwiesen werden. Dem schließt sich der Bundesgerichtshof an. Die Beklagte hat dem Verbraucher Angaben zu den Prüfkriterien i.S.v. § 5a Abs. 2 UWG vorenthalten, auch wenn sie in der Revision geltend gemacht hat, die Zertifizierungen nicht beauftragt zu haben und nicht im Besitz der Angaben zu sein. Die Erläuterungen zu dem Testverfahren sind auch wesentliche Informationen i.S.v. § 5a Abs. 2 UWG. Für die Auslegung des Begriffs „Vorenthalten“ i.S.v. § 5a Abs. 2 UWG zieht der Senat Art. 7 Abs. 1 UGP-Richtlinie sowohl in deutscher als auch in englischer und französischer Fassung heran. Gemeint sind nicht nur jene Informationen, die der Unternehmer bereits in seinem Besitz hat. Umfasst sind auch solche Informationen, die zu seinem Verantwortungsbereich gehören oder die für ihn sonst verfügbar sind. Der Unternehmer enthält dem Verbraucher Informationen vor, wenn er diese nicht oder nicht so erhält, dass er sie bei einer geschäftlichen Entscheidung berücksichtigen kann. Eine Mitteilung bei oder mit Erwerb des Produkts ist nicht ausreichend.⁹⁰

Ob die Information wesentlich im Sinne der Vorschrift ist, ergibt sich aus einer Abwägung der beiderseitigen Interessen. Auf Seiten des Unternehmers muss eine solche Interessenabwägung den zeit- und kostenmäßigen Aufwand berücksichtigen, den er für die Beschaffung der Informationen aufwenden muss, sowie die mit der Informationserteilung verbundenen Nachteile und Geheimhaltungsbelange.⁹¹ Demgegenüber bestimmt sich das Interesse des Verbrauchers nach dem Erwartungs- und Verständnis-horizont des Durchschnittsverbrauchers.⁹² Der Hinweis auf ein Prüfzeichen hat für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers über den Erwerb des damit versehenen Produkts erhebliche Bedeutung.⁹³ Er geht davon aus, dass das mit dem Prüfzeichen versehene Produkt von einer neutralen und fachkundigen Stelle auf die Erfüllung von Mindestanforde-

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 33.

⁹² a.a.O., juris, Rn. 37.

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 38.

rungen anhand objektiver Kriterien geprüft worden ist.⁹⁴ Damit der Verbraucher einschätzen kann, wie sich die Bewertung des Produkts in das Umfeld der anderen bei dem Test geprüften Produkte einfügt, muss er das Ergebnis einordnen können. Seine Fähigkeit zu einer informierten geschäftlichen Entscheidung wird beeinträchtigt, wenn er eine testbezogene Werbung nicht prüfen und das Ergebnis einordnen kann.⁹⁵ Insgesamt hat der Verbraucher ein berechtigtes und deshalb gemäß § 5a Abs. 2 UWG zu schützendes Interesse zu erfahren, inwieweit das aufgrund des durchgeführten Zertifizierungsverfahrens vergebene Prüfzeichen im Hinblick auf die geprüften Eigenschaften des mit ihm versehenen Produkts repräsentativ ist.⁹⁶

In diesem Zusammenhang äußert sich der Senat auch zu der Frage, ob bei einer Aufforderung zum Kauf Kriterien, die nicht in § 5a Abs. 3 UWG aufgeführt sind, als wesentlich nach § 5a Abs. 2 UWG gelten können. Die richtlinienkonforme Auslegung des § 5a Abs. 3 UWG lässt keinen Zweifel darüber zu, dass auch andere als die dort aufgeführten Informationen nach § 5a Abs. 2 UWG wesentlich sein können.⁹⁷

h) „Entertain“ (mehrere Irreführungsaspekte)

Das Fehlen wesentlicher Informationen i.S.v. § 5a Abs. 2 UWG betrifft auch die Entscheidung vom 15. Dezember 2016⁹⁸ in einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren. Die Parteien, Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen, streiten um die Gestaltung einer Postwurfsendung. Für den I. Senat bedeutet die Aussage „Sie sparen die monatliche Kabelanschlussgebühr“ keine Irreführung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG. Die Angabe bestimmter Vorzüge beinhaltet nicht zugleich die Behauptung, dass

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 39.

⁹⁵ a.a.O., juris, Rn. 40.

⁹⁶ a.a.O., juris, Rn. 42.

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 50 ff.

⁹⁸ Beschluss vom 15. Dezember 2016 – [I ZR 241/15](#) –.

nicht genannte Vorteile nicht existieren würden.⁹⁹ Der Bundesgerichtshof hatte sich allerdings auch mit dem Vorwurf der Klägerin auseinanderzusetzen, die Werbung täusche vor, ein Endkunde mit Kabelanschluss könne beim Wechsel zum Angebot der Beklagten die Mietgebühren für den Kabelanschluss sparen, obwohl diese Möglichkeit vielen Verbrauchern nicht offenstehe.

Der beanstandete fehlende Hinweis auf die Einschränkung, wonach das fragliche Angebot nur den Anschluss eines Fernsehers beinhaltet, kann nach Ansicht des Bundesgerichtshof eine wesentliche Information i.S.v. § 5a Abs. 2 UWG darstellen. Diesen in erster Instanz vorgetragenen Aspekt hat das Berufungsgericht nicht aufgegriffen; es hatte sich allein mit der Werbung unter dem Aspekt einer Irreführung nach § 5 Abs. 1 UWG beschäftigt und eine solche verneint. Der I. Senat stellt deshalb klar, dass, wenn das erstinstanzliche Gericht seine Verurteilung zur Unterlassung auf einen von mehreren Irreführungsaspekten stützt, die mit einem einheitlichen, auf eine konkrete Verletzungsform bezogenen Klageantrag geltend gemacht werden, auch der erstinstanzlich nicht berücksichtigte Irreführungsaspekt in der Berufungsinstanz anfällt.¹⁰⁰

Wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs der Klägerin hat der I. Senat daher das Berufungsurteil auf die Nichtzulassungsbeschwerde aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

5. Vergleichende Werbung

(entfällt)

6. Unzumutbare Belästigung

(entfällt)

⁹⁹ a.a.O., juris, Rn. 14.

¹⁰⁰ a.a.O., juris, Rn. 12.

7. Rechtsfolgen

(entfällt)

8. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung

a) „Herstellerpreisempfehlung bei Amazon“ (Rechtsmissbräuchliche Abmahnung)

Die bereits besprochene Entscheidung¹⁰¹ behandelt die Frage, ob die Klägerin, die genauso wie die Beklagte Uhren über das Internet vertreibt, rechtsmissbräuchlich abgemahnt hatte. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hatte die Beklagte zum Vorwurf, die Klägerin sei vielfache Abmahnerin mit nur geringem Umsatz, nicht ausreichend vorgetragen. Die für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs erforderlichen Voraussetzungen seien nicht gegeben.

Dieser Beurteilung schließt sich der Bundesgerichtshof im Ergebnis an. Er stellt jedoch klar, dass Umstände, die zeitlich nach der Abmahnung auftreten, bei der Einschätzung, ob die gerichtliche Durchsetzung rechtsmissbräuchlich ist, zu berücksichtigen sind. Erfüllt die vorgerichtliche Abmahnung nicht die Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 UWG, bleibt es dabei, dass die Frage, ob die nachfolgende gerichtliche Anspruchsdurchsetzung als rechtsmissbräuchlich zu bewerten ist, unter Berücksichtigung sämtlicher, auch im Verfahrensverlauf auftretender Umstände zu beurteilen ist.¹⁰²

b) „Stirnlampen“ (Aktivlegitimation für einen Unterlassungsanspruch)

Mit Versäumnisurteil entschied der Bundesgerichtshof bereits am 10. März 2016¹⁰³ über den Zeitpunkt, zu dem streitende Parteien im Wettbewerb stehen müssen, damit die Aktivlegitimation zur Geltendmachung eines Un-

¹⁰¹ Urteil vom 03. März 2016 – I ZR 110/15 – dazu bereits oben I. 4. a).

¹⁰² a.a.O., juris, Rn. 18.

¹⁰³ Urteil vom 10. März 2016 – [I ZR 183/14](#) –.

terlassungsanspruchs nach § 8 Abs. 1 UWG angenommen werden kann. Im Streitfall hatte die Beklagte von der Klägerin angegriffene Belehrungen und Klauseln in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet, den Handel mit der fraglichen Ware aber aufgegeben, bevor die Klägerin in den Markt eintrat, abmahnte und klagte. Die AGB blieben jedoch auf der Webseite sichtbar. Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, die Parteien stünden zum Zeitpunkt der künftig drohenden Verletzungshandlung in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis. Das sei ausreichend für die Annahme der Aktivlegitimation.

Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt. Während der Verletzungshandlung war die Klägerin nach Ansicht des Bundesgerichtshofs keine Mitbewerberin der Beklagten. Zwischen den Parteien bestand kein konkretes Wettbewerbsverhältnis. In seinen wettbewerbsrechtlichen Interessen ist nur verletzt, wer im Zeitpunkt der Verletzungshandlung Mitbewerber ist.¹⁰⁴ Der Verletzungsunterlassungsanspruch knüpft mithin an einen begangenen Wettbewerbsverstoß an, so dass für die Annahme der Wiederholungsgefahr nicht allein die Gefahr weiterer Wettbewerbsverstöße entscheidend ist. Das Fortbestehen der durch die Verletzungshandlung begründeten Wiederholungsgefahr stellt eine der Voraussetzungen dar, unter denen ein Verletzungsunterlassungsanspruch besteht. Das Fehlen dieser Gefahr steht daher dem entsprechenden Anspruch zwingend entgegen.¹⁰⁵ Die für eine Erstbegehungsgefahr eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs nach § 8 Abs. 1 Satz 2 UWG erforderlichen ernsthaften und tatsächlichen Anhaltspunkte für in naher Zukunft drohende Rechtsverletzungen sah der I. Senat vorliegend ebenfalls als nicht gegeben an.¹⁰⁶

¹⁰⁴ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹⁰⁵ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 22.

c) „Notarielle Unterlassungserklärung“ (Rechtsschutzbedürfnis für Hauptsachverfahren und Wiederholungsgefahr)

Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21. April 2016¹⁰⁷ befasst sich mit dem Rechtsschutzbedürfnis und der Wiederholungsgefahr für eine Unterlassungsklage nach der Zustellung einer notariellen Unterlassungserklärung.

Die Klägerin hatte die Beklagte zunächst wegen einer irreführenden Produktbeschreibung abgemahnt. Die Beklagte gab daraufhin eine notarielle Unterlassungserklärung ab und unterwarf sich darin der sofortigen Zwangsvollstreckung. In Kenntnis der notariellen Urkunde erwirkte die Klägerin eine auf Unterlassung des beanstandeten Verhaltens gerichtete einstweilige Verfügung vom 18. Dezember 2013. Im Januar 2014 beantragte die Klägerin zu der notariellen Urkunde die Androhung von Ordnungsmitteln; nach Verweisung an das zuständige Gericht wurde der Androhungsbeschluss vom 16. Mai 2014 dem Beklagten erst am 21. Mai 2014 zugestellt. Die zwischenzeitlich anhängig gemachte Klage zur Hauptsache erklärte die Klägerin nach Zustellung des Androhungsbeschlusses für erledigt; dieser Erklärung schloss sich der Beklagte nicht an.

Das Berufungsgericht hat die Unterlassungsklage als zunächst zulässig und begründet angesehen, da erst durch den Androhungsbeschluss die Wiederholungsgefahr entfallen war und der Unterlassungsanspruch unbegründet wurde. Wegen der gesetzten Frist zur Erhebung der Hauptsacheklage nach § 926 Abs. 1 ZPO habe das notwendige Rechtsschutzbedürfnis bestanden. Von einer notariellen Unterwerfung gehe zudem unmittelbar nach ihrer Abgabe noch keine Abschreckungswirkung aus, da der Schuldner mit der Ahndung von Verstößen für einen gewissen Zeitraum nicht zu rechnen brauche.

¹⁰⁷ Urteil vom 21. April 2016 – [I ZR 100/15](#) –.

Der I. Senat stimmt dieser Beurteilung im Ergebnis zu. Dabei äußert er sich nicht ausdrücklich zu der Frage, ob allein der Zugang einer notariellen Unterlassungserklärung bereits das Rechtsschutzbedürfnis für die gerichtliche Rechtsverfolgung entfallen lässt.¹⁰⁸ Die Klägerin hatte jedenfalls trotz des Zugangs der notariellen Unterlassungserklärung vernünftige Gründe, den Unterlassungsanspruch gerichtlich geltend zu machen. Im konkreten Fall verdeutlichte die Klärung der Zuständigkeitsfrage für das Androhungsverfahren die bestehenden zeitlichen Schutzlücken. Auf solche, mit einer notariellen Unterwerfung verbundenen Erschwernisse braucht sich der Gläubiger nicht einzulassen.¹⁰⁹ Dazu zählt auch die Tatsache, dass der Schuldner durch die Wahl des Notars die Zuständigkeit des Gerichts beeinflussen kann.¹¹⁰

Die für die ursprüngliche Begründetheit des Unterlassungsantrags erforderliche Wiederholungsfahr ist durch den Zugang der notariellen Unterlassungserklärung ebenfalls nicht entfallen. Dazu bedürfte es ebenfalls des Zugangs des Androhungsbeschlusses. Einerseits streiten nach Ansicht des Bundesgerichtshofs dafür dieselben Argumente wie zur Begründung des Rechtsschutzbedürfnisses. Andererseits ergibt sich aus dem Androhungsbeschluss die Verfolgungsbereitschaft des Gläubigers. Erst wenn er den Androhungsbeschluss hat zustellen lassen, kann angenommen werden, dass er das Unterlassungsgebot auch durchsetzen wird.¹¹¹

d) Sachliche Zuständigkeit nach § 13 UWG

Im Hinweisbeschluss vom 19. Oktober 2016¹¹² führt der I. Senat zur sachlichen Zuständigkeit der Landgerichte für Ansprüche nach dem UWG aus. Das Landgericht hatte eine Klage auf Zahlung einer Vertragsstrafe i.H.v.

¹⁰⁸ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹⁰⁹ a.a.O., juris, 21 f.

¹¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 24.

¹¹¹ a.a.O., juris, Rn. 35.

¹¹² Hinweisbeschluss vom 19. Oktober 2016 – [I ZR 93/15](#) –.

2.500,00 € nebst Zinsen wegen Verstoßes gegen eine Unterlassungserklärung als unzulässig abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt und die Revision im Hinblick auf die Zulässigkeit der Klage zugelassen. Trotz dieser Zulassung hat sich der Bundesgerichtshof wegen § 545 Abs. 2 ZPO gehindert gesehen, die vom Berufungsgericht angenommene Zuständigkeit des Landgerichts nachzuprüfen. Er lässt diese Frage vielmehr offen und führt aus, dass selbst mit Prüfkompetenz die Revision der Beklagten ohne Erfolg bleiben muss. Es ist zwar fraglich, ob Ansprüche aufgrund von Vertragsstrafeversprechen und Unterlassungsverträgen von § 13 Abs. 1 Satz 1 UWG erfasst sind. Die Landgerichte sind aber unabhängig von der Höhe des geltend gemachten Anspruchs zuständig, wenn Vertragsstrafeansprüche ihren Ursprung in einem auf einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnung beruhenden Unterlassungsvertrag haben.¹¹³ Der Bundesgerichtshof begründet dies u.a. mit dem besonderen Sachverstand der Landgerichte und dem Willen des Gesetzgebers, diese Sachkunde unabhängig vom Streitwert zu nutzen.¹¹⁴

e) „Rückruf von RESCUE-Produkten“ (Handlungspflichten eines Unterlassungsschuldners)

Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 29. September 2016¹¹⁵ betrifft den Verstoß gegen eine Unterlassungsverpflichtung und die Abgrenzung zu Beseitigungsansprüchen aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG. Im Streitfall hatte die Schuldnerin aufgrund ihrer Verurteilung zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr als Spirituosen gekennzeichnete Produkte unter bestimmten Bezeichnungen zu bewerben und/oder zu vertreiben. Nachdem die fraglichen Produkte noch sechs bzw. 12 Monate nach der Verurteilung der Schuldnerin in Apotheken erhältlich waren, beantragten die Gläubigerinnen die Festsetzung von Ordnungsgeld wegen Verstößen gegen die Unterlassungsverpflichtung. Der I. Senat teilt die Beurteilung des Be-

¹¹³ a.a.O., juris, Rn. 22.

¹¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 24.

¹¹⁵ Beschluss vom 29. September 2016 – [I ZB 34/15](#) –.

schwerdegerichts, wonach im Streitfall die künftige Unterlassung des Vertriebs der Produkte die Beseitigung des fortdauernden Störungszustands erfordere. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche seien selbständige, voneinander unabhängige Ansprüche, die sich aber überschneiden könnten.

Die Schuldnerin war nach dem Wortlaut des Vollstreckungstitels lediglich zu einem Unterlassen verpflichtet. Durch Auslegung ist diesem aber die Verpflichtung immanent, zumutbare Handlungen zur Beseitigung des Störungszustands vorzunehmen.¹¹⁶ Die für einen Beseitigungsanspruchs zu berücksichtigende Verhältnismäßigkeit der gebotenen Maßnahmen kann vom Vollstreckungsgericht geprüft werden, wenn sich der Schuldner im Erkenntnisverfahren nicht darauf beruft, dass diese Handlungen unzumutbar sind.¹¹⁷

Ist der Unterlassungsschuldner zur Vornahme von Handlungen verpflichtet, kann zudem die Verpflichtung umfasst sein, auf Dritte einzuwirken, um diese zu einem Tun oder einem Unterlassen anzuhalten. Er hat für das Handeln Dritter grundsätzlich nicht einzustehen und ist dennoch gehalten, auf Dritte, deren Handeln ihm wirtschaftlich zugutekommt, einzuwirken.¹¹⁸ Die Schuldnerin hätte die von ihr belieferten Apotheken daher um Rückgabe der Produkte ersuchen müssen.

f) „Tannöd“ und „Everytime we touch“ (Anwendung von § 12 UWG 4 UWG im Urheberrecht; Wert des einer Abmahnung zugrunde liegenden Unterlassungsanspruchs)

Mehrere Entscheidungen des I. Senats vom 12. Mai 2016¹¹⁹ befassen sich mit dem sogenannten Filesharing und der Verantwortung für die Verletzung ausschließlicher Verwertungsrechte. Im Zusammenhang mit der Höhe von Abmahnkosten stellt der Bundesgerichtshof in den Ent-

¹¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 24 ff.

¹¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 29.

¹¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 30.

¹¹⁹ vgl. Urteile vom 12. Mai 2016 – [I ZR 48/15](#) – „Everytime we touch“; [I ZR 1/15](#) – „Tannöd“.

scheidungen klar, dass bei der Bemessung des Gegenstandswerts der Abmahnung § 12 Abs. 4 UWG nicht berücksichtigt wird. Eine entsprechende Anwendung auf Abmahnungen, die auf eine Verletzung von nach dem Urheberrechtsgesetz geschützten Rechten gestützt sind, findet nicht statt.¹²⁰

Die Entscheidung „Tannöd“ enthält darüber hinaus Ausführungen zur Berechnung des Gegenstandswerts des der Abmahnung zugrundeliegenden Unterlassungsanspruchs. Das Berufungsgericht hatte diesen auf der Grundlage des Lizenzschadens berechnet, ohne das unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu bestimmende Interesse der Klägerin an der Unterbindung künftiger Rechtsverletzungen zu berücksichtigen. Dies hat den I. Zivilsenat zu einer Klärung des Gegenstandswerts von Unterlassungsansprüchen veranlasst. Das mit dem Unterlassungsbegehren verfolgte Interesse ist darauf gerichtet, in Zukunft Rechtsverletzungen zu unterbinden. Der Gefährlichkeit der bereits begangenen Verletzungshandlung kommt bei der Wertbemessung Indizwirkung zu. Daneben kann anderen, von der Verletzungshandlung unabhängigen Faktoren, wie beispielsweise dem Grad der Wahrscheinlichkeit künftiger Zuwiderhandlungen, Rechnung zu tragen sein.¹²¹

g) Wert des wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs bei Verbandsklagen

Am 15. September 2016¹²² entschied der I. Senat zur Bemessung des Gegenstandswerts bei Verbandsklagen. Die Klägerin – eine Verbraucherzentrale in der Rechtsform eines Vereins – war mit ihrer Klage gegen die von einem Kreditinstitut verwendeten Widerrufsbelehrungen in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Die Klägerin hatte die Beklagte wegen Verletzung des wettbewerbsrechtlichen Irreführungsverbots auf Unterlassung in Anspruch genommen. Im Rahmen der hiergegen gerichteten Nichtzu-

¹²⁰ a.a.O., juris, Rn. 73; Rn. 45.

¹²¹ a.a.O., juris, Rn. 35.

¹²² Beschluss vom 15. September 2016 – [I ZR 24/16](#) –.

lassungsbeschwerde war fraglich, ob die Wertgrenze von 20.000,00 € gemäß § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO überschritten ist. Das Berufungsgericht hatte den Streitwert von 30.000,00 € auf 3.000,00 € herabgesetzt und hierfür angeführt, der Wert sei für Klagen gegen beanstandete Widerrufsbelehrungen angemessen. Zudem müssten die für Verbandsklagen geltenden Erwägungen in Bezug auf den Streitwert unabhängig davon gelten, ob aufgrund des UWG oder des UklG vorgegangen werde. Verbraucherschutzverbände seien vor unangemessenen Kostenrisiken zu schützen.

Dem ist der Bundesgerichtshof entgegengetreten. Bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklagen von Verbraucherverbänden i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG kommt es für den Streitwert auf das satzungsmäßig wahrgenommene Interesse der Verbraucher an; maßgeblich sind die gerade diesen drohenden Nachteile. Wenn dagegen Gegenstand des Rechtsstreits die Verbandsklage eines Verbraucherschutzverbandes nach UklG ist, wird der wirtschaftlichen Bedeutung des Verbots, bestimmte Klauseln zu verwenden, bei der Bemessung der Beschwer und des Streitwerts in der Regel keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen. Nur in diesem Fall greift die Erwägung, Verbraucherschutzverbände bei der Wahrnehmung der ihnen im Allgemeininteresse eingeräumten Befugnis, den Rechtsverkehr vor unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu befreien, vor unangemessenen Kostenrisiken zu schützen. Die Bewertung von Verbandsklagen, die sich gegen die Verwendung von missbräuchlichen Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen richten, ist für die Bewertung der Interessen in einem Wettbewerbsprozess jedoch nicht maßgeblich¹²³. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe hat der Bundesgerichtshof die Wertfestsetzung des Landgerichts i.H.v. 30.000,00 € nicht beanstandet.

Einen ähnlichen Verfahrensgegenstand hat der Beschluss vom 22. November 2016¹²⁴, in dem der Bundesgerichtshof ebenfalls allein den Ge-

¹²³ a.a.O., juris, Rn. 11.

¹²⁴ Beschluss vom 22. November 2016 – [I ZR 184/15](#) –.

genstandswert eines Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens festlegt. In der Sache hatte eine Verbraucherzentrale Klauseln einer Lebens- und Rentenversicherung für „Abschlusskosten“ beanstandet, die den Versicherungsnehmern im Wege des Klauseleretzungsverfahrens (§ 164 VVG) angeboten worden waren. Die Vorinstanzen hatten den Streitwert der beanstandeten Klauseln jeweils mit 10.000,00 € festgesetzt. Diese Festsetzung wurde von der Beklagten beanstandet. Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt. Bei Klagen von Verbraucherschutzverbänden ist nicht auf die wirtschaftliche Bedeutung des Klauselverbots, sondern allein auf das Interesse der Allgemeinheit am Unterbleiben des Gebrauchs der strittigen Klausel abzustellen.¹²⁵

Die Klägerin hatte zudem einen Antrag nach § 12 Abs. 4 UWG gestellt, in dem sie forderte, den Streitwert insgesamt auf eine Million Euro festzusetzen und gleichzeitig anzuordnen, dass sich ihre Verpflichtung zur Zahlung der Prozesskosten nach einem Teilstreitwert i.H.v. 100.000,00 € Euro richtet. Dieser Antrag wurde vom Berufungsgericht zu Recht abgelehnt, befindet der Bundesgerichtshof. Es lasse keinen Rechtsfehler erkennen, wenn das Berufungsgericht angenommen hat, die Klägerin wolle mit ihrem Antrag in sachfremder Weise Druck auf die Beklagte wegen des Kostenrisikos ausüben.¹²⁶

9. Sonstiges (entfällt)

¹²⁵ a.a.O., juris, Rn. 15 ff.

¹²⁶ a.a.O., juris, Rn. 22.

II. Kartellrecht

1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen/Kartellverbot (§ 1 bis § 3 GWB)

a) „Peek & Cloppenburg“ (markenrechtliche Abgrenzungsvereinbarungen)

Mit Urteil vom 12. Juli 2016¹²⁷ entschied der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs erneut über eine Vereinbarung zur territorialen Verwendung der Unternehmensbezeichnungen „Peek & Cloppenburg“/“P&C“. Der für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat hatte sich in diesem Streitfall bereits mit Urteil vom 24. Januar 2013¹²⁸ mit den wettbewerbsrechtlichen Aspekten befasst, die aus dem Unternehmenskennzeichen und aus Wettbewerbsrecht geltend gemachten Klageanträge abgewiesen und die Sache wegen des von der Klägerin geltend gemachten vertraglichen Unterlassungsanspruchs an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die Klägerin beehrte insoweit aus einer Übereinkunft der Parteien aus dem Jahre 1990, nach der das Bundesgebiet in die Wirtschaftsräume Nord und Süd aufgeteilt ist und keine Partei am Standort der anderen Partei Bekleidungshäuser eröffnet, Unterlassen der Werbung mit den fraglichen Unternehmenskennzeichen in ihrem Wirtschaftsgebiet. Die Beklagte hatte in Zeitschriften, die auch im Wirtschaftsgebiet der Klägerin erscheinen, das Kennzeichen mit einem klarstellenden Hinweis verwendet.

Zu der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung stellt der Kartellsenat klar, dass die mündliche Vereinbarung nicht wegen Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis aus § 34 GWB a.F. nichtig ist, da dieses Schriftformerfordernis nicht für kennzeichenrechtliche Abgrenzungsvereinbarungen eingreift. Enthalten zeichenrechtliche Abgrenzungsvereinbarungen mit § 1 GWB vereinbare Wettbewerbsbeschränkungen, handelt es sich um eine tatbestandliche Reduktion des Kartellverbots.¹²⁹ Ob die Ver-

¹²⁷ Urteil vom 12. Juli 2016 – [KZR 69/14](#) –.

¹²⁸ Urteil vom 24. Januar 2013 – [I ZR 61/11](#) –.

¹²⁹ [KZR 69/14](#), juris, Rn. 15.

einbarung zur Gebietsaufteilung gegen Kartellrecht verstößt, so wie vom Berufungsgericht angenommen, lässt der Senat daher offen. Ein vertraglicher Unterlassungsanspruch kann sich nicht ergeben.

Der Kartellsenat hat den eingeklagten vertraglichen Anspruch im Ergebnis als unbegründet angesehen. Bei der Vertragsauslegung lässt der Kartellsenat offen, ob die vereinbarte Beschränkung der Tätigkeit der Parteien unter den fraglichen Unternehmenskennzeichen in Alleinstellung nicht nur den Betrieb von Bekleidungshäusern, sondern grundsätzlich auch Werbemaßnahmen umfasst habe. Selbst wenn dies unterstellt würde, ergibt sich daraus nicht, dass die Parteien eine Vereinbarung darüber getroffen haben, unter welchen konkreten Voraussetzungen der Auftritt einer Partei im Wirtschaftsraum der jeweils anderen zulässig sein sollte, bei dem die Unternehmenskennzeichen nicht in Alleinstellung, sondern mit klarstellenden Zusätzen benutzt werden¹³⁰. Bei Abschluss der Vereinbarung kam für die Parteien für die Vermeidung von Irreführungen und kennzeichenrechtlichen Auseinandersetzungen außer der Beschränkung auf das eigene Wirtschaftsgebiet oder der Verwendung gänzlich abweichender Kennzeichen auch eine gebietsübergreifende Tätigkeit mit den fraglichen Unternehmenskennzeichen unter Hinzufügung unterscheidungskräftiger Zusätze in Betracht. Über solche Zusätze haben die Parteien nach dem vom Bundesgerichtshof in Bezug genommenen Vortrag der Klägerin aber keine Einigung erzielt.

b) „Lottoblock II“ (Umfang der Bindungswirkung aus § 33 Abs. 4 GWB)

Am selben Tag¹³¹ entschied der Kartellsenat über einen Schadensersatzanspruch aufgrund eines Verstoßes gegen § 1 GWB durch abgestimmtes Verhalten. Die Klägerin hatte versucht, eine terrestrische Vermittlung von Spieleinsätzen bei den staatlichen Lotterien aufzubauen. Unter Beteiligung des Geschäftsführers der Beklagten, die Lottogesellschaft des Bundeslan-

¹³⁰ a.a.O., juris, Rn. 18 ff.

¹³¹ Urteil vom 12. Juli 2016 – [KZR 25/14](#) –.

des Nordrhein-Westfalen, forderte der Rechtsausschuss des Deutschen Lotto- und Totoblocks (DLTB) die Lottogesellschaften der Länder dazu auf, durch solche Spielvermittlung erzielte Umsätze nicht anzunehmen. Diesen Beschluss hatte das Bundeskartellamt untersucht und mit sofort vollziehbarer Abstellungsverfügung einen Verstoß gegen § 1 GWB, Art. 81 EG sowie gegen § 21 Abs. 1 GWB, Art. 82 EG festgestellt. Die dagegen gerichtete Rechtsbeschwerde war vor dem Bundesgerichtshof¹³² ohne Erfolg geblieben.

Nachdem die Klägerin lediglich mit Hilfe erstrittener gerichtlicher Anordnungen Spieleinsätze platzieren konnte und ihr Geschäftsmodell auch wegen mangelnder Kooperationsbereitschaft der Regionalgesellschaften nicht funktionierte, gab sie die terrestrische Vermittlung auf. Sie begehrte Schadensersatz, weil sich die Lottogesellschaften aufgrund kartellrechtswidrigen, abgestimmten Verhaltens geweigert hätten, mit ihr zu kooperieren. Wegen der Bindungswirkung aus § 33 Abs. 4 GWB stehe fest, dass die Beklagte und die anderen Gesellschaften ihr Verhalten abgestimmt und sich kartellrechtswidrig verhalten hätten. Dieser Argumentation folgend hatte das Berufungsgericht die Beklagte als schadensersatzpflichtig angesehen. Dem Grunde nach stellt auch der Bundesgerichtshof die Ersatzpflicht der Beklagten fest. Allerdings hat der Kartellsenat ausreichende Feststellungen zu der Frage vermisst, ob der Klägerin auch ein Schaden entstanden ist. Feststellungen dazu sind nachzuholen.

Die Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 GWB besteht bei im Rechtsbeschwerdeverfahren ergangenen Entscheidungen für diejenigen tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts, die nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs die Zurückweisung der Beschwerde tragen.¹³³ Wegen dieser Bindungswirkung steht für den vorliegenden Schadensersatzprozess fest, dass es die Lottogesellschaften unter Verstoß gegen § 1 GWB und Art. 81 EG in Umsetzung des Beschlusses des Rechtsaus-

¹³² Beschluss vom 14. August 2008 – [KVR 54/07](#) – „Lottoblock“.

¹³³ [KZR 25/14](#), juris, Rn. 15.

schusses des DLTB ablehnten, die terrestrisch vermittelten Spieleinsätze anzunehmen. Diese Feststellung beruht auf der im Kartellverwaltungsverfahren nicht ausgeräumten Vermutung, der in Rede stehende Beschluss sei von den Lottogesellschaften bei ihrem späteren Marktverhalten berücksichtigt worden.

Anders als das Berufungsgericht gemeint hat, steht aus Sicht des Bundesgerichtshofs wegen dieser Vermutung allerdings nicht fest, dass die Lottogesellschaften ihr kartellrechtswidriges Verhalten bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Beschwerdegericht im Kartellverwaltungsverfahren fortgesetzt haben. Für den Umfang der Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 GWB kommt es auf die im Vorprozess getroffenen tatsächlichen Feststellungen an. Bußgeldentscheidungen enthalten regelmäßig Angaben zur Dauer des Verstoßes, weil es sich dabei um ein wesentliches Zumessungskriterium im Rahmen von § 17 OWiG handelt. Im Kartellverwaltungsverfahren gibt es hingegen nicht zwangsläufig entsprechende Feststellungen, das Vorliegen einer Begehungsfahr kann ausreichen.¹³⁴ In Anlehnung daran steht der fortgesetzte Verstoß der Beklagten nicht bereits aufgrund der Bindungswirkung aus § 33 Abs. 4 GWB fest.

Dafür, dass die Gesellschaften bei ihrem Verhalten im relevanten Zeitraum den Beschluss des Rechtsausschusses weiterhin berücksichtigt haben, spricht aber eine tatsächliche Vermutung. Für das Eingreifen der Vermutung einer andauernden Zuwiderhandlung setzt der EuGH¹³⁵ voraus, dass eine Abstimmung vorliegt und die Unternehmen weiterhin am Markt tätig sind. Als Bestandteil des integralen Unionsrechts müssen die nationalen Gerichte diese Vermutung anwenden.¹³⁶ Eine davon abweichende Beurteilung folgt auch nicht aus der „Oddset“-Entscheidung des

¹³⁴ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹³⁵ EuGH, Urteil vom 08. Juli 1999 – C-49/92 P – „Anic Partecipazioni“ – juris, Rn. 43; vgl. BGH, Beschluss vom 14. August 2008 – a.a.O. – juris, Rn. 43.

¹³⁶ a.a.O., juris, Rn. 24.

BVerfG vom 28. März 2006¹³⁷. Dieses Urteil räumt die genannte Vermutung nicht aus, da der infolgedessen abgeschlossene Glücksspielstaatsvertrag eine länderübergreifende gewerbliche Spielvermittlung nicht ausgeschlossen, sondern unter Erlaubnisvorbehalt gestellt hat. Den Lottogesellschaften war es nicht verboten, mit der Klägerin eine Vertriebskooperation einzugehen.¹³⁸

Die Vermutung entfällt auch nicht mit der Zustellung der Abstellungsverfügung durch das Bundeskartellamt, die den Kartellteilnehmern bei Fortsetzung der Zuwiderhandlung ein Bußgeld in Aussicht stellte. Bei einem punktuellen Kartellrechtsverstoß wie einer einmaligen Verhaltensabstimmung, deren Auswirkungen potentiell zeitlich unbeschränkt sind, kann die Zustellung der Verfügung für sich allein die Vermutung einer andauernden Bestimmung oder Beeinflussung des Marktgeschehens durch die Verhaltenskoordination regelmäßig nicht entfallen lassen. Die Kartellteilnehmer könnten sich, ohne aktive kartellrechtswidrige Handlung, weiterhin an die getroffene Absprache halten. Deshalb ist selbst nach der Zustellung einer Abstellungsverfügung eine offene und eindeutige Distanzierung von der Abstimmung erforderlich.¹³⁹

Schließlich befasst sich der Kartellsenat mit den Ursachen für das Scheitern des Geschäftsmodells der Klägerin und dem dadurch entstandenen Schaden. Hierbei stellt er heraus: Die Regelung aus § 287 ZPO betrifft die Haftungsausfüllung und somit nicht nur die Höhe des Schadens, sondern auch die Frage, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist. Dagegen gilt für Umstände, die zur haftungsbegründenden Kausalität gehören, § 286 ZPO. Entsteht ein Schadensersatzanspruch – wie bei einem Verstoß gegen Kartellrecht – unabhängig von der Verletzung eines Rechtsguts, ist bereits der erste Schaden der haftungsausfüllenden Kausalität zuzurechnen. Deshalb ist für die Frage, ob infolge eines Kartellrechtsverstoßes ein Schaden entstanden ist, § 287 ZPO maßgeblich, wohingegen die Betrof-

¹³⁷ Urteil vom 28. März 2006 – 1 BvR 1054/01 = NJW 2006, 1261.

¹³⁸ a.a.O., juris, Rn. 27 ff.

¹³⁹ a.a.O., juris, Rn. 36.

fenheit des Anspruchstellers durch den Kartellrechtsverstoß nach § 286 ZPO festzustellen ist.¹⁴⁰ Im Streitfall hat das Berufungsgericht nicht alle erheblichen Umstände berücksichtigt und die Erleichterung aus § 252 Satz 2 BGB, die im Rahmen von § 287 ZPO zur Anwendung kommt, nicht zutreffend angewandt. Es steht nicht fest, dass ohne die kartellrechtswidrige Verhaltensabstimmung eine Zusammenarbeit zwischen der Klägerin und der Lottogesellschaften zustande gekommen wäre und ob die Klägerin dabei den als entgangen geltend gemachten Gewinn erzielt hätte.

2. Marktbeherrschung, sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (§ 18 bis § 21 GWB, Art. 102 AEUV)

(vgl. dazu unter Ziff. II. 5.)

3. Zusammenschlusskontrolle

(entfällt)

4. Sonstiges

(entfällt)

5. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung

Mit Beschluss vom 07. Juni 2016¹⁴¹ hat der Kartellsenat dem EuGH Fragen zum Verhältnis der nationalen Eisenbahnregulierung gemäß der Richtlinie 2001/14/EG zur Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB vorgelegt. Das klagende Eisenbahnverkehrsunternehmen hat das beklagte Eisenbahninfrastrukturunternehmen auf Rückzahlung überhöhter Entgelte für die Nutzung von Bahnhöfen (Verkehrsstationen) in Anspruch genommen und sich hierbei auf die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB gestützt. Der Kartellsenat hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob eine nationale Vorschrift wie § 315 Abs. 3 BGB, nach der ein Eisenbahnverkehrsunternehmen geltend machen kann, das von dem Infrastrukturbetrei-

¹⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 42 f., 47.

¹⁴¹ Beschluss vom 07. Juni 2016 – [KZR 12/15](#) –; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt; vgl. nunmehr Vorabentscheidungsverfahren des EuGH in der Sache C-344/16.

ber festgesetzte Entgelt entspreche nicht billigem Ermessen, mit den Bestimmungen der Richtlinie 2001/14/EG zur Unabhängigkeit der Geschäftsführung des Infrastrukturunternehmens, zu den Grundsätzen der Entgeltfestsetzung und zu den Aufgaben der Regulierungsstelle vereinbar ist. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs sind die gesetzlichen Aufgaben und Befugnisse der Regulierungsbehörde in Umsetzung der Richtlinie 2001/14/EG nicht so weit entwickelt, dass sie die von den Infrastrukturunternehmen verlangten Entgelte umfassend darauf prüfen könnten, ob sie auf einem Missbrauch von Marktmacht beruhen. Vor diesem Hintergrund dient die Möglichkeit des Infrastrukturnutzers, in einem zivilgerichtlichen Verfahren die Billigkeit des ihm abverlangten Nutzungsentgelts überprüfen zu lassen, nicht zuletzt der privatrechtlichen Durchsetzung des Verbots und des Missbrauchs von Marktmacht i.S.v. Art. 102 AEUV.¹⁴²

Karlsruhe, den 10. März 2017

Dr. Peter Rädler

¹⁴² a.a.O., juris, Rn. 48 und Rn. 49.