

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 1. Halbjahr 2015

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

Dieser Beitrag fasst die im ersten Halbjahr 2015 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht zusammen.¹ Wegen des zum Teil langen Zeitraums zwischen dem Absetzen und der Veröffentlichung der Entscheidungen umfasst die Übersicht zunächst nur die bis zum 31. Juli 2015 veröffentlichten Entscheidungen;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.

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

¹ Frühere Berichtszeiträume sind aufrufbar auf unserer Website („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.

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

a) „Bezugsquellen für Bachblüten“

Den Begriff der „geschäftlichen Handlung“ gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG konkretisiert das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11. Dezember 2014.³ Eine Webseite zum Thema „Original Bach-Blütentherapie“ enthielt neben allgemeinen Informationen auch Hinweise auf Bezugsquellen. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, wonach die Äußerungen im Rahmen des Internetauftritts keine geschäftlichen Handlungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG seien, teilt der I. Senat nicht.

Eine geschäftliche Handlung in diesem Sinne liegt vor, wenn die Handlung bei objektiver Betrachtung vorrangig dem Ziel der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen dient. Dabei kann auch ein fremdes Unternehmen gefördert werden. Ob eine Handlung dem eigenen oder fremden Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen oder anderen Zielen dient, ist aufgrund einer Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Es kommt hierbei nicht nur auf die fragliche Handlung, sondern auch auf die Begleitumstände an.⁴

³ Urteil vom 11. Dezember 2014 – [I ZR 113/13](#) –.

⁴ a.a.O., juris, Rn. 28.

Im Gesamtzusammenhang betrachtet hatte sich der Beklagte nach Ansicht des Bundesgerichtshofs bei den Bezugsquellen nicht auf alle am Markt erhältlichen Produkte bezogen. Im streitigen Fall wurde ein objektiver Zusammenhang zur Absatzförderung eines bestimmten Unternehmens hergestellt, indem der Beklagte einen Link zu einer Produktseite setzte, die ausschließlich Waren eines bestimmten Unternehmens aufführte.⁵

Die Abgrenzung zur Entscheidung „Schöner Wetten“⁶ führte den I. Senat nicht zu einer anderen Beurteilung. Dort hatte der Bundesgerichtshof trotz eines Links zum Internetauftritt eines Unternehmens kein Handeln zu Wettbewerbszwecken angenommen. Das beklagte Medienunternehmen stand aber unter dem besonderen Schutz der Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG.⁷

Das Berufungsgericht muss nun feststellen, ob die beanstandete geschäftliche Handlung im streitigen Fall nach diesen Vorgaben unlauter ist.

2. Per-se-Verbote („Schwarze Liste)

(entfällt)

3. Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen

a) Rufausnutzung (§ 4 Nr. 9 Buchst. a und b) „Exzenterzähne“

Im Urteil vom 22. Januar 2015⁸ hat sich der Bundesgerichtshof mit dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz, also mit der Gefahr einer Herkunftstäuschung, sowie einer Rufausnutzung nach § 4 Nr. 9 Buchst. a, b UWG befasst. Problematisch war die wettbewerbliche Eigenart der Pro-

⁵ a.a.O., juris, Rn. 30ff.

⁶ Urteil vom 01. April 2004 – [I ZR 317/01](#) –.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 34.

⁸ Urteil vom 22. Januar 2015 – [I ZR 107/13](#) –.

dukte nach abgelaufenem Patent, die noch dazu fast ausschließlich über Großabnehmer verkauft wurden. In dem ausführlichen Urteil geht der Senat zunächst auf die wettbewerbliche Eigenart ein, bevor er die Art und Weise der Intensität der Übernahme und die besonderen wettbewerblichen Umstände des Falls betrachtet.

Um von einer wettbewerblichen Eigenart ausgehen zu können, ist es erforderlich, dass der Verkehr mindestens annimmt, die Ware stamme von einem bestimmten Hersteller. Dieser muss ihm nicht namentlich bekannt sein. Zum angesprochenen Verkehr zählen dann nicht nur Endabnehmer, sondern ebenso Abnehmer auf vorangegangenen Vertriebsstufen.⁹ Von Bedeutung kann auch sein, ob bei einer Umverpackung im Weitervertrieb Kennzeichnungen als Herstellerangaben oder Handelsmarken aufgefasst werden.

Für die Beurteilung der wettbewerblichen Eigenart von technisch bedingten Merkmalen eines Erzeugnisses greift der Senat auf die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurück.¹⁰ Demnach ist zu unterscheiden zwischen technisch notwendigen Merkmalen, die aus Rechtsgründen keine wettbewerbliche Eigenart begründen, technisch bedingten, aber austauschbaren Merkmalen, sowie der Kombination einzelner technischer Gestaltungsmerkmale.¹¹

Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass auch ein ehemals patentrechtlich geschütztes Element eines Erzeugnisses diesem wettbewerbliche Eigenart verleihen kann. Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz ist nach Schutzzweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen anders ausgestaltet als die Sonderschutzrechte.¹² Voraussetzung ist, dass die konkrete Gestaltung dieses Elements technisch nicht notwendig ist, aber

⁹ a.a.O., juris, Rn. 15.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 17 f.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 18 f.

¹² a.a.O., juris, Rn. 23.

ohne Qualitätseinbußen ersetzt werden könnte. Von Bedeutung ist auch, ob der Verkehr wegen dieser Merkmale auf die Herkunft des Erzeugnisses aus einem bestimmten Unternehmen Wert legt oder mit ihnen bestimmte Qualitätserwartungen verbindet. Weiter ist der Gesamteindruck eines Produkts maßgebend.¹³ Schließlich geht der Senat noch auf die Vermeidbarkeit der Herkunftstäuschung durch geeignete und zumutbare Maßnahmen ein. Dazu ist eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen.¹⁴

b) Gezielte Behinderungen (§ 4 Nr. 10 UWG) „Uhrenkauf im Internet“

Im Urteil vom 12. März 2015¹⁵ befasste sich der Bundesgerichtshof mit einer Mitbewerberbehinderung nach § 4 Nr. 10 UWG. Gegenstand des Verfahrens war eine allgemeine Markenbeschwerde, die dazu führte, dass eine Werbeanzeige über *Google AdWords* nicht geschaltet werden konnte.

Der I. Senat stellt dazu fest, dass allein die Markenbeschwerde bei *Google* nicht ausreicht um anzunehmen, dass der Tatbestand der gezielten Behinderung erfüllt ist. Vorausgesetzt ist eine Handlung, die über eine mit dem Wettbewerb verbundene Beeinträchtigung hinausgeht und bestimmte Unlauterkeitsmerkmale aufweist.¹⁶ Gemeint ist z.B. die Hinderung von Mitbewerbern an ihrer wettbewerblichen Entfaltung, um sie vom Markt zu verdrängen. Legt der Markenrechtsinhaber die allgemeine Markenbeschwerde ein, stellt es sich objektiv als legitime Durchsetzung seiner Rechte dar. Für die Mitbewerber bedeutet es eine wettbewerbsimmanente Handlungsbeschränkung und deshalb keine unlautere Behinderung.¹⁷ Ihnen bleibt die Möglichkeit, die Zustimmung des Rechteinhabers einzuholen.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 24 f.

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 32 f.

¹⁵ Urteil vom 12. März 2015 – [I ZR 188/13](#) –.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 17.

Sobald der Markeninhaber diese verweigert, obwohl seine Rechte durch die beabsichtigte Werbung nicht verletzt werden, ist von einer gezielten Behinderung auszugehen.¹⁸ Die Verweigerung der Zustimmung bedeutet mithin eine unlautere Behinderung durch aktives Tun. Die allgemeine Markenbeschwerde und die Zustimmungsverweigerung zu einer markenrechtlich unbedenklichen Werbung sind als einheitliches Verhalten des Markeninhabers anzusehen, wodurch die Sperrwirkung einer Marke zweckentfremdet wird.¹⁹

Der Markeninhaber wird schließlich auch nicht mit umfassenden Prüfpflichten belegt. Er prüft nach Aufforderung lediglich, ob er einer konkreten Werbung zustimmen muss, und trifft die Abwägung, ob er bei komplexeren markenrechtlichen Fragestellungen den höheren Aufwand tragen oder die Werbung zulassen möchte.²⁰

c) Verletzung von Marktverhaltensregelungen

(1) „Kostenlose Zweitbrille“ (§ 7 HWG)

Bereits am 06. November 2014²¹ hat der Bundesgerichtshof über die Werbung mit einer kostenlosen Zweitbrille entschieden. Die Annahme des Berufungsgerichts, wonach die Werbung mit der kostenlosen Abgabe einer zweiten Brille gegen § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 7 Abs. 1 S. 1 HWG verstoße, betrachtete der I. Senat rechtsfehlerfrei. Es handelt sich um eine unzulässige Werbegabe, die eine abstrakte Gefahr für eine unsachliche Beeinflussung des Werbeadressaten begründet. Der I. Senat verneint mit dem Berufungsgericht das Vorliegen einer einheitlichen, mit einem Gesamtpreis zu entgeltenden Offerte.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 32.

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 36.

²¹ Urteil vom 06. November 2014 – [I ZR 26/13](#) –.

Das in Rede stehende Angebot war aufgrund der blickfangmäßigen und bildlichen Hervorhebung der Kostenlosigkeit so zu verstehen, dass die Zweitbrille unentgeltlich abgegeben wird. Deshalb ging der Bundesgerichtshof vorliegend auch nicht davon aus, dass dieses Angebot im Sinne von „zwei Waren zum Preis von einer“ aufgefasst werden kann.²²

Schließlich ließ der I. Senat auch den Vergleich der Revision mit früheren Entscheidungen nicht durchgreifen, in denen ein einheitliches entgeltliches Angebot in Rede stand. Diesen Entscheidungen lagen Sachverhalte zugrunde, bei denen der Verkehr ein Gesamtangebot annahm, weil es sich um Waren handelte, die üblicherweise zusammen genutzt werden. Können Waren hingegen unabhängig voneinander gebraucht werden, fehlt ein solcher enger funktionaler Zusammenhang.²³ Das Angebot stellt dann keine funktionale Einheit dar.

Ein zulässiger Naturalrabatt nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2b HWG erfordert mithin die Abgabe derselben Ware in identischer Qualität wie die gegen Entgelt abgegebene Ware. Die vom I. Senat zu § 1 Abs. 2 Buchst. c Zugabe VO aufgestellten Kriterien gelten entsprechend für das HWG, so dass eine Gleichartigkeit, Ähnlichkeit oder Gebrauchsnähe nicht ausreicht.²⁴

(2) „Fahrdienst zur Augenklinik“ (§ 7 HWG)

Um einen Verstoß gegen das Heilmittelwerbegesetz ging es auch in der Entscheidung des I. Senats vom 12. Februar 2015.²⁵ In Streite stand, ob der vom Beklagten angebotene, kostenlose Fahrdienst die Voraussetzungen einer unzulässigen Zuwendung oder sonstigen Werbegabe erfüllt. § 7 Abs. 1 S. 1 HWG ist Marktverhaltensregel im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG, da es dem Gesundheitsschutz von Verbrauchern dient. Seine Anwendung

²² a.a.O., juris, Rn. 17 ff.

²³ a.a.O., juris, Rn. 23.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 27.

²⁵ Urteil vom 12. Februar 2015 – [I ZR 213/13](#) –.

ist im Fall auch nicht durch die harmonisierende UPG-Richtlinie gesperrt.²⁶ Die Dienstleistungsrichtlinie findet gem. Art. 2 Abs. 2 Buchst. f auf Gesundheitsdienstleistungen keine Anwendung. Dabei ist der Begriff der Gesundheitsdienstleistung sehr weit gefasst und meint auch die in einer Privatklinik erbrachten ärztlichen Leistungen, sowie wegen des Sachzusammenhangs die Werbung dafür.²⁷

§ 7 Abs. 1 S. 1 HWG erfordert eine abstrakte Gefahr für eine unsachliche Beeinflussung. Insoweit ist für die Bemessung des Werts einer Werbegabe der Verkehrswert entscheidend, den die Werbegabe für den Durchschnittsadressaten hat. Im Fall war trotz geringem Aufwand pro beförderten Patienten nicht davon auszugehen, dass es sich bei dem angebotenen Fahrdienst lediglich um eine geringwertige Kleinigkeit handelt; ungeachtet des vom Beklagten vorgetragenen geringen Aufwands für den Fahrdienst ist nicht auszuschließen, dass die Aussicht auf einen kostenlosen Fahrdienst die Entscheidung des Patienten für eine bestimmte Augenklinik beeinflussen kann.²⁸

Eine handelsübliche Nebenleistung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, 2. Halbs. HWG hat der Bundesgerichtshof ebenfalls verneint. Die Übernahme von Fahrtkosten nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 2. Halbs. HWG meint nicht einen privaten Fahrdienst für Patienten.²⁹ Ob es sich bei dem Fahrdienst aber um eine handelsübliche Nebenleistung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, 1. Halbs. HWG handelt, ist vom Berufungsgericht innerhalb der neuen Verhandlung festzustellen. Die Spürbarkeitsgrenze nach § 3 Abs. 1 UWG ist bei Vorschriften, die dem Schutz der Gesundheit von Verbrauchern dienen, jedenfalls nur ganz ausnahmsweise nicht erreicht.³⁰

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 10 f.

²⁷ a.a.O., juris, Rn. 13.

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 21.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 22.

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 25.

(3) „Abgabe ohne Rezept“ (§ 48 AMG)

Die Gesundheit als hohes Gut hat auch die Entscheidung vom 08. Januar 2015³¹ zum Gegenstand. Ein Apotheker hatte ein verschreibungspflichtiges Medikament ohne vorherige Verordnung durch einen Arzt abgegeben. Das Berufungsgericht hatte zwar einen Verstoß gegen § 48 AMG angenommen, allerdings aufgrund besonderer Umstände des Falls die erforderliche Spürbarkeit der Beeinträchtigung nach § 3 UWG verneint.

Nach Ansicht des I. Senats hat das Berufungsgericht die Spürbarkeit des Wettbewerbsverstoßes zu Unrecht verneint. Bei dem Verbot der Abgabe verschreibungspflichtiger Medikamente ohne Verschreibung aus § 48 AMG handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG. Ein Verstoß gegen eine solche Regelung ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofs stets spürbar, so dass für eine einzelfallbezogene Abwägung kein Raum bleibt. Die Gefahren, die mit einer Fehlmedikation verbunden sein können, erfordern es, dass Verstöße gegen die Verschreibungspflicht grundsätzlich als unlauter einzustufen sind.³²

Im streitigen Fall war die Abgabe auch nicht mit Hilfe der Bestimmung in § 4 Abs. 1 AMVV zu rechtfertigen. Danach kann die Verschreibung fermündlich vom behandelnden Arzt erklärt werden, wenn kein Aufschub möglich ist. Voraussetzung ist aber eine Therapieentscheidung des behandelnden Arztes auf der Grundlage einer regelrechten, eigenen Diagnose. Der Verzicht auf eine ärztliche Verschreibung ist damit nicht gemeint.³³

Schließlich lehnte es der Bundesgerichtshof ab, die Abgabe durch den beklagten Apotheker unter dem Aspekt des rechtfertigenden Notstands ana-

³¹ Urteil vom 08. Januar 2015 – [I ZR 123/13](#) –.

³² a.a.O., juris, Rn. 17.

³³ a.a.O., juris, Rn. 22.

log § 34 StGB zu legitimieren. Der I. Senat hob daher das Berufungsurteil auf und entschied selbst in der Sache.

Seite 10 von 27

(4) „Monsterbacke II“ (§ 11 LFGB, Art. 2 HCVO)

Am 12. Februar 2015³⁴ hat der Bundesgerichtshof über die Lauterkeit der Gleichstellungsbehauptung „So wichtig wie das tägliche Glas Milch“ entschieden, die für die Bewerbung eines Kinderfrüchtequarks verwendet worden war. Mit dem Berufungsgericht nimmt der I. Senat an, dass die Werbeaussage keine nährwertbezogene Angabe nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 HCVO enthält. Allerdings sieht der Bundesgerichtshof eine gesundheitsbezogene Angabe im Sinne eines Verweises auf allgemeine, nichtspezifische Vorteile eines Lebensmittels gem. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5, Art. 10 Abs. 3 HCVO. Diese erfordert möglicherweise zusätzliche Informationen nach Art. 10 Abs. 2 HCVO. Feststellungen dazu sind in der wiedereröffneten Berufungsinstanz nachzuholen.

Der Annahme des Berufungsgerichts, wonach die Verwendung der Werbeaussage eine Irreführung nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 LFGB bedeute, folgt der I. Senat nicht. Da sich das beworbene Produkt aufgrund seiner Zusammensetzung deutlich von Milch unterscheidet, kann die Gleichstellungsbehauptung nicht auf sämtliche Inhaltsstoffe und somit auch nicht auf den Zuckergehalt bezogen werden.³⁵ Der Zuckeranteil ist bei dem beworbenen Früchtequark schon allein aufgrund des enthaltenen Fruchtzuckers höher als bei Milch. Das Berufungsgericht ist deshalb zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Verbraucher bei einem täglichen Konsum auch ähnliche Vorteile wie Milch erwarte.

Indem es annahm, dass die Werbeaussage die Behauptung enthalte, die Zusammensetzung des Produkts weiche nicht generell ab und der Quark sei für die Ernährung von Kindern auch nicht mit Nachteilen verbunden,

³⁴ Urteil vom 12. Februar 2015 – [I ZR 36/11](#) –.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 22.

hat das Berufungsgericht die Werbeaussage in revisionsrechtlich relevanter Weise überinterpretiert. Der in dem Slogan enthaltene Eigenschaftsvergleich bezieht sich nur auf die Wichtigkeit der verglichenen Produkte.³⁶ Milch ist dabei nach allgemeinem Verständnis für den Knochenaufbau von Bedeutung und diesbezüglich bleibt das beworbene Produkt nicht hinter den Erwartungen zurück. Dagegen ist der Zuckergehalt von Milch kein für eine ausgewogene Ernährung wichtiger Faktor. Dem Verkehr ist mithin auch bekannt, dass die im Quark verarbeiteten Früchte Fruchtzucker enthalten. Deshalb wäre eine Irreführung über die Zusammensetzung des beworbenen Produkts nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 LFGB aF nur unter besonderen Umständen anzunehmen, wenn etwa zusätzlich gesüßt werden würde.

Schließlich ist auch der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten nicht begründet. Das Abmahnschreiben der Klägerin enthielt den Verweis auf einen Verstoß gegen die Vorschriften der LMKV und des LFGB. Die Beklagte konnte deshalb einen vermeintlichen Verstoß gegen Art. 10 Abs. 2 HCVO nicht erkennen. Der Anspruch auf Ersatz pauschaler Abmahnkosten aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG setzt aber eine berechtigte Abmahnung voraus.³⁷

4. Irreführung

a) „Schlafzimmer komplett“

Um die Irreführung des Verbrauchers durch eine Werbung für Schlafzimmermöbel ging es in dem Urteil des I. Senats vom 18. Dezember 2014.³⁸ Das Berufungsgericht hatte die Auffassung vertreten, der Verbraucher sei daran gewöhnt, dass Bettgestelle nicht isoliert dargestellt würden; Lattenroste und Matratzen seien darüber hinaus in verschiedensten Ausstattungsformen erhältlich; deshalb gehe er auch ohne aufklärenden Hinweis,

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 24.

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 44.

³⁸ Urteil vom 18. Dezember 2014 – [I ZR 129/13](#) –.

dass diese das Angebot nicht umfassen, nicht davon aus, dass das Gegenteil der Fall sei.

Der Bundesgerichtshof wertete diese Tatsachenwürdigung als erfahrungswidrig und widersprüchlich zu oberlandesgerichtlicher Rechtsprechung.³⁹ Die vom Bundesgericht angenommene Verkehrsgewöhnung hätte deshalb entsprechend begründet werden müssen. Der Vergleich zu anderen Dekorationsartikeln, die vom Verbraucher ebenfalls als nicht umfasst erkannt werden, überzeugt nicht, genauso wie der Aspekt, dass Matratzen und Lattenroste in verschiedensten Ausführungen erhältlich sind. Der Verkehr kann gleichwohl annehmen, das Angebot schließe Matratzen und Lattenroste in nicht näher konkretisierten Ausstattungen mit ein.⁴⁰

Dagegen stimmt der Bundesgerichtshof im konkreten Fall mit dem Berufungsgericht insofern überein, als dass die in kleiner Schrift erläuternden Hinweise auch ohne Sternchenhinweis zur Kenntnis genommen werden. Nicht in jedem Fall ist ein solcher klarstellender Hinweis an den blickfangmäßigen Angaben in einer Werbung erforderlich, um einen Irrtum auszuschließen. Vor allem, wenn es um langlebige und teure Waren geht, beschäftigt sich der Verbraucher eingehend und nicht nur flüchtig mit einer übersichtlich gestalteten Werbung.⁴¹ Der angesprochene Verbraucher interessiert sich bei der Bewerbung von Möbeln regelmäßig für deren Maßangaben und wird deshalb den gesamten Inhalt der Werbeaussage lesen. Aus diesem Anlass nimmt er den erläuternden Text, der in kleinerer Schrift abgefasst sein kann, auch ohne einen Sternchenhinweis zur Kenntnis.⁴²

39 a.a.O., juris, Rn. 13 f.

40 a.a.O., juris, Rn. 14.

41 a.a.O., juris, Rn. 19.

42 a.a.O., juris, Rn. 18.

Für die Annahme einer Irreführung im Sinne von § 5 Abs. 1 UWG und Art. 6 UPG-RL ist es schließlich nicht ausreichend, dass der Verbraucher durch die Werbung zu einer eingehenden Befassung mit dem Angebot veranlasst wird. Es handelt sich dabei nicht um eine geschäftliche Entscheidung.⁴³

b) „TIP der Woche“

Das Urteil des I. Senats vom 05. Februar 2015⁴⁴ behandelt neben der Irreführung von Werbeanzeigen mit Warentestlogos auch die eingeschränkte Verantwortlichkeit der Presse für Ansprüche aus § 8 UWG. Das Berufungsgericht hatte angenommen, das in Rede stehende Erzeugnis sei ein Werbeblatt vergleichbar mit einem Werbeprospekt; der Herausgeber könne sich daher nicht auf Haftungserleichterungen berufen.

Die hiergegen gerichtete Revision blieb ohne Erfolg. Bei der Beurteilung der Irreführung der Werbeanzeige, die neben getesteten Produkten einer Marke auch solche enthielt, die nicht einem Warentest unterzogen worden waren, hatte das Berufungsgericht richtigerweise auf den situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlich informierten Verbraucher abgestellt.⁴⁵ Durch beiläufiges Durchblättern wird der beschränkte Testgegenstand nicht hinreichend herausgestellt. Der Verbraucher nimmt die Werbeanzeige in dem Blatt nämlich nur flüchtig wahr. Rechtsfehler bei der tatrichterlichen Würdigung konnte der I. Senat nicht feststellen.

Streitig war schließlich die Verantwortung für die wettbewerbswidrigen Werbeanzeigen. Neben dem Urheber der Äußerung haftet zunächst jeder, der durch eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG an der Weitergabe und Verbreitung beteiligt ist. Zur Gewährleistung der Pressefreiheit geht der Bundesgerichtshof von einer eingeschränkten Prüfpflicht

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁴⁴ Urteil vom 05. Februar 2015 – [I ZR 136/13](#) –.

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 23.

für Presseunternehmen aus, die auf grobe und unschwer erkennbare Rechtsverstöße beschränkt ist.⁴⁶ Nach seiner Ansicht hatte das Berufungsgericht die eingeschränkte Prüfpflicht nach diesen Grundsätzen vorliegend zu Recht abgelehnt. Er betont, dass die Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG grundsätzlich auch für das Blatt der Beklagten gilt. Allerdings ist der Schutzzumfang der Pressefreiheit umso geringer, je mehr eigennützige Geschäftsinteressen wirtschaftlicher Art im Vordergrund stehen. Wenn eine Zeitschrift keinen nennenswerten meinungsbildenden Bezug hat, kann sie sich nicht auf die eingeschränkte Haftung für gesetzeswidrige Anzeigen Dritter berufen.⁴⁷

5. Vergleichende Werbung

(entfällt)

6. Unzumutbare Belästigung

(entfällt)

7. Rechtsfolgen

a) „Keksstangen“

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23. Oktober 2014⁴⁸ befasst sich mit den Voraussetzungen der Annahme einer Erstbegehungsgefahr nach § 8 Abs. 1 S. 2 UWG. Der Kläger begehrte Unterlassung einer Herkunftstäuschung sowie einer unangemessenen Ausnutzung der Wertschätzung gem. § 4 Nr. 9 UWG.

Der I. Senat fordert für die Annahme einer Erstbegehungsgefahr ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass der Anspruchsgegner sich in naher Zukunft rechtswidrig verhalten wird. Die Erstbegehungsgefahr muss sich dabei auf eine konkrete Verletzungshandlung

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 31.

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 37.

⁴⁸ Urteil vom 23. Oktober 2014 – [I ZR 133/13](#) –.

beziehen, wobei die Darlegungs- und Beweislast beim Anspruchsteller liegt.⁴⁹

Der Beurteilung des Berufungsgerichts, wonach das Ausstellen von Produkten auf einer Messe üblicherweise einhergeht mit der Erstbegehungsgefahr des Anbietens, Vertreibens oder sonstigen Inverkehrbringens, tritt der Bundesgerichtshof entgegen. Er nimmt hingegen an, dass die Umstände des Einzelfalls entscheidend sind und allein die Präsentation der Ware auf einer Messe nicht in jedem Fall ausreicht, um die Erstbegehungsgefahr anzunehmen.⁵⁰

Es gibt verschiedene Formen von Messen und der Präsentation von Produkten auf Messen. Dabei können vertriebsfertige Produkte oder Prototypen ausgestellt werden. Bei Letzteren ist nicht davon auszugehen, dass diese in naher Zukunft vertrieben werden können. Die Erstbegehungsgefahr ist dann nicht gegeben. Von Bedeutung ist auch, wem gegenüber die Produkte präsentiert werden. Deshalb nimmt der I. Senat an, dass eine Präsentation ausschließlich gegenüber Fachkreisen nicht auch ein Anbieten der Produkte gegenüber Verbrauchern bedeutet.⁵¹

Darüber hinaus ist auch zu berücksichtigen, ob für die Feststellung einer Rechtsverletzung eine bestimmte Verkehrsanschauung vorausgesetzt wird und auf welches Publikum die Messe ausgerichtet ist. Wenn der Hersteller mit seinem Produkt nur Fachleute anspricht, richtet er auch seine Präsentation allein am Maßstab des durchschnittlichen Fachbesuchers aus. Dabei ist nicht ohne weiteres anzunehmen, dass er seine Produkte dann in gleicher Form sowie Art und Weise auch gegenüber dem allgemeinen Verbraucher vertreibt.⁵² Ähnliches nimmt der Bundesgerichtshof für den Ausstellungsort an. Allein die Präsentation des Produkts auf einer

49 a.a.O., juris, Rn. 17.

50 a.a.O., juris, Rn. 19.

51 a.a.O., juris, Rn. 22.

52 a.a.O., juris, Rn. 23.

internationalen Messe im Inland kann nicht die Annahme stützen, dass ein zeitnahe Vertriebe im Inland erfolgt.

b) „Motorradteile“

Im Urteil vom 15. Januar 2015⁵³ behandelt der I. Senat den auch für das Wettbewerbsrecht relevanten Herausgabeanspruch aus § 852 BGB.

Bei Dauerhandlungen erzeugt die Fortdauer der schädigenden Handlung fortlaufend neue Schäden und damit neue Ersatzansprüche. Zur Bestimmung des Beginns der Verjährung ist die Dauerhandlung gedanklich in Einzelhandlungen aufzuspalten, für die jeweils eine gesonderte Verjährungsfrist läuft.⁵⁴ Nach § 852 Satz 1 BGB muss der Ersatzpflichtige auch nach Eintritt der Verjährung des Schadensersatzanspruchs dasjenige herausgeben, was er durch eine unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten erlangt hat. Die Vorschrift findet nicht nur im Urheberrecht Anwendung (§ 102 UrhG), sondern auch im Wettbewerbsrecht.

§ 852 BGB ist ein Restschadensersatzanspruch und somit ein Anspruch aus unerlaubter Handlung, der in Höhe der Bereicherung nicht verjährt ist. Deshalb ist das durch einen Wettbewerbsverstoß Erlangte auch nach Eintritt der Verjährung des Anspruchs aus unerlaubter Handlung als ungerichtfertigte Bereicherung herauszugeben.⁵⁵ Mithin stellt der Bundesgerichtshof zu dem Anspruch aus § 852 BGB fest, dass der Verletzer für dessen Anwendung nicht notwendig einen Gewinn erzielt haben muss. Vermögensvorteile in Gestalt eines Gebrauchsvorteils reichen aus.⁵⁶

⁵³ Urteil vom 15. Januar 2015 – [I ZR 148/13](#) –.

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 23.

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 29 f.

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 34.

8. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung

a) „Kosten für Abschlusschreiben II“

Mit Urteil hat der Bundesgerichtshof am 22. Januar 2015⁵⁷ über die Erstattung von Kosten für ein Abschlusschreiben entschieden. Der I. Senat teilt die Auffassung des Berufungsgerichts, wonach ein Anspruch auf Aufwendungsersatz nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag bestehe. Deshalb waren die Voraussetzungen der §§ 677, 683, 670 BGB zu prüfen.

Ein kostenauslösendes Abschlusschreiben entspricht aber nur dann dem mutmaßlichen Willen des Schuldners, wenn ihm vorher angemessene Zeit gewährt wurde, die Abschlusserklärung unaufgefordert abzugeben. Diese Wartefrist wird um eine Erklärungsfrist ergänzt, innerhalb derer der Schuldner eine Prüfung vornehmen kann.⁵⁸ Insgesamt entspricht der ihm gewährte Zeitraum der Berufungsfrist, § 517 ZPO. Da der Unterlassungsanspruch des Gläubigers durch die einstweilige Verfügung vorläufig gesichert und die Verjährung gehemmt ist, stehen dem auch nicht die Gläubigerinteressen entgegen.⁵⁹ Der Schuldner hingegen unterwirft sich durch die Abgabe der Erklärung endgültig, weshalb er ausreichend Zeit zur Prüfung benötigt.

Die Wartefrist wird durch die Zustellung des Urteils in vollständiger Form ausgelöst. Ausreichend sind zumeist zwei Wochen, wobei eine dreiwöchige Frist denkbar ist, wenn die einstweilige Verfügung durch Beschluss und somit regelmäßig ohne begründete gerichtliche Entscheidung erlassen wurde.⁶⁰ Die Erklärungsfrist beträgt im Regelfall auch mindestens zwei Wochen. Enthält das Abschlusschreiben eine zu kurz bemessene Erklärungsfrist, wird stattdessen eine angemessene Erklärungsfrist in Gang

⁵⁷ Urteil vom 22. Januar 2015 – [I ZR 59/14](#) –.

⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 21 f.

gesetzt, während derer der Schuldner durch § 93 ZPO vor einer Kostenbelastung geschützt wird, wenn der Gläubiger Hauptsacheklage erhebt.⁶¹ Ein Kostenerstattungsanspruch ist also trotz zu kurz bemessener Erklärungsfrist möglich.

Auf die Anschlussrevision des Verfügungsgläubigers und Klägers geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass der Kostenerstattungsanspruch in Höhe einer 1,3-fachen Geschäftsgebühr besteht. Eine Herabsetzung der Gebühr widerspricht der Vergleichbarkeit mit einer berechtigten Abmahnung, für die ebenfalls eine Gebühr von 1,3 angemessen ist.⁶²

b) Wertgrenze für Nichtzulassungsbeschwerden (§ 26 Nr. 8 EGZPO)

Besonderheiten bezüglich der Verfahrens- und Prozessführung ergeben sich aus drei Entscheidungen über die Nichtzulassung der Revision. Alle Beschwerden verwarf der Bundesgerichtshof als unzulässig, weil der Wert der jeweiligen Beschwer 20.000,00 € jeweils nicht überstieg, § 26 Nr. 8 EGZPO.

Im Beschluss vom 05. Februar 2015⁶³ hält der Bundesgerichtshof an dem Grundsatz fest, dass die wirtschaftliche Bedeutung eines Klauselverbots zulasten des Verwenders und Beschwerdeführers keine ausschlaggebende Bedeutung habe, weil Verbraucherschutzverbände vor unangemessenen Kostenrisiken zu schützen seien; Ausnahmen hiervon sind aber nicht von vornherein ausgeschlossen. Der herausragenden wirtschaftlichen Bedeutung einer Klausel für den Verwender kann ausnahmsweise Rechnung getragen werden, wenn sie für die gesamte Branche von wesentlicher Bedeutung ist und die betroffenen Verkehrskreise damit Rechtsfragen von großer wirtschaftlicher Tragweite regeln.⁶⁴

61 a.a.O., juris, Rn. 25.

62 a.a.O., juris, Rn. 35.

63 Beschluss vom 05. Februar 2015 – [I ZR 106/14](#) –.

64 a.a.O., juris, Rn. 6.

Die Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde vom 05. März 2015⁶⁵ behandelt die Zulässigkeit neuer Angaben zum Wert der Beschwer im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren. Einer beklagten Partei, die weder die Streitwertfestsetzung in den Vorinstanzen beanstandet noch sonst glaubhaft gemacht hat, dass für die Festlegung des Streitwerts maßgebliche Umstände, die bereits dort vorgebracht worden sind, nicht hinreichend berücksichtigt worden sind, ist es regelmäßig versagt, sich erst im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde auf einen höheren, die erforderliche Rechtsmittelbeschwer erreichenden Wert zu berufen.⁶⁶ Die Beklagte hatte im Kostenfestsetzungsverfahren erster Instanz selbst angeregt, den Streitwert auf nur 10.000,00 € festzusetzen. Im Verfahren um die Nichtzulassungsbeschwerde hat sie den Wert dann erstmalig und in Abweichung von den Wertsetzungen der Tatsacheninstanzen mit über 20.000,00 € beziffert. Eine solche Anhebung hat ihr der Bundesgerichtshof verwehrt.

Im Beschluss vom 02. April 2015⁶⁷ betont der I. Senat, dass die Bestimmung des Wertes der Beschwer auf die angefochtene Unterlassungsverpflichtung beschränkt ist. Das Landgericht hatte die Beklagte antragsgemäß dazu verurteilt, es zu unterlassen, ohne Angabe von Identität und Anschrift des Unternehmens zu werben. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs entspricht dies aber nicht einer Verurteilung zur Ergänzung der beanstandeten Werbung um die Identität und Anschrift des Unternehmens. Deshalb können solche Mehrkosten nicht den Wert der Beschwer beeinflussen.

9. Sonstiges

(entfällt)

⁶⁵ Beschluss vom 05. März 2015 – [I ZR 161 /14](#) –.

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 5.

⁶⁷ Beschluss vom 02. April 2015 – [I ZR 131/14](#) –.

II. Kartellrecht

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

Im Urteil vom 27. Januar 2015⁶⁸ beschäftigt sich der Kartellsenat mit einem Mittelstandskartell, das durch den Beitritt der Klägerin zur beklagten Gesellschaft die Voraussetzungen für eine Freistellung vom Kartellverbot nach § 4 Abs. 2 GWB nicht mehr erfüllte. Die Gesellschaft sollte empfangene Leistungen zurückzahlen, die nach Ansicht der Klägerin wegen des Verstoßes gegen § 1 GWB rechtsgrundlos erfolgten, § 134 BGB.

Im Einvernehmen mit dem Berufungsgericht wendet der Bundesgerichtshof die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nicht an, wenn es um den Erwerb eines Geschäftsanteils an einer GmbH geht. Die Leistung erfolgte also nicht deshalb mit Rechtsgrund. Der Kartellsenat nimmt aber im Gegensatz zur Berufungsinstanz an, dass § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. auch dann zur Anwendung kommt, wenn Anteilsübertragungsverträge gegen § 1 GWB verstoßen und deshalb nach § 134 BGB nichtig sind.⁶⁹ Das Schutzbedürfnis der Gesellschaft und ihrer Gläubiger sowie das der beteiligten Gesellschafter bestehen auch, wenn der Beitritt wegen Verstoßes gegen § 1 GWB nichtig ist.⁷⁰

Dadurch entsteht kein Widerspruch zu vorrangigen kartellrechtlichen Wertungen.⁷¹ Trotz § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. ist die Gültigkeit des Erwerbsvorgangs nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen. Der Erwerbsvertrag ist aufgrund des Verstoßes gegen § 1 GWB ex-tunc nichtig. Die Regelung in § 16 Abs. 1 GmbHG aF bestimmt nur, dass der Erwerb des Geschäftsanteils gegenüber der Gesellschaft als solcher wirksam ist.⁷² Im entschiedenen Fall hatte die Klägerin folglich mit Rechtsgrund geleistet. Die

⁶⁸ Urteil vom 27. Januar 2015 – [KZR 90/13](#) –.

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 19.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁷² a.a.O., juris, Rn. 25.

Leistungen, die zurückverlangt werden, gehen auf Rechtsbeziehungen im Sinne von § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. zurück.⁷³

Im Rahmen der Anschlussrevision der Klägerin teilt der Kartellsenat die Auffassung des Berufungsgerichts und sieht keine Rechtsfehler. Ansprüche der Klägerin aus Bereicherungsrecht bestehen nicht. Auch wenn das Verhältnis eines GmbH-Gesellschafters zur Gesellschaft regelmäßig nicht als gegenseitiger, auf einen Leistungsaustausch gerichteter Vertrag einzustufen ist, können Leistungsbeziehungen bestehen, die wie Austauschverträge zu behandeln sind.⁷⁴

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

In seinen beiden Entscheidungen vom 16. Juni 2015⁷⁵ hat sich der Kartellsenat mit der Einspeisung von öffentlich-rechtlichen Rundfunkprogrammen in das Kabelnetz befasst. Beide Verfahren behandelten die Frage, ob die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gehalten sind, mit der klagenden Kabelnetzbetreiberin nach Kündigung des bisherigen Einspeisevertrages einen neuen Vertrag zu schließen, der die Rundfunkanstalten zur Zahlung eines Entgelts für die Übertragung der Programmsignale in bisheriger Höhe verpflichtet.

Der Kartellsenat prüft zunächst, ob sich ein Kontrahierungszwang aus dem Rundfunkrecht ergeben kann. Die einschlägige Vorschrift des Rundfunkstaatsvertrags zu Einspeise- und Übertragungsverpflichtungen von Plattformbetreibern, § 52b RStV, sieht eine kraft Gesetzes bestehende Verpflichtung zur Übertragung vor, ohne dass es dafür eines Vertrags bedarf.⁷⁶ Damit einher geht die Verpflichtung der Sendeanstalten, den Kabelnetzbetreibern das Programmsignal zur Verfügung zu stellen. Eine

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 29.

⁷⁴ a.a.O., juris, Rn. 45.

⁷⁵ Urteile vom 16. Juni 2015 – [KZR 83/13](#) – (Leitsatzentscheidung) und – [KZR 3/14](#) –.

⁷⁶ Urteil vom 16. Juni 2015 – KZR 83/13 – a.a.O., juris, Rn. 20.

Vergütung für die Weitersendung ist in § 52b RStV hingegen nicht vorgesehen. Nichts anderes ergibt sich aus § 52b RStV. Danach dürfen Anbieter von Programmen durch die Ausgestaltung der Entgelte und Tarife der Betreiber von Plattformen nicht unbillig behindert oder gegenüber anderen Anbietern ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt werden. Auch diese Norm richtet sich aber nur an den Betreiber der Plattform und begründet damit keine Verpflichtung des Programmanbieters, ein Entgelt für die Übertragung von Programmsignalen zu versprechen.⁷⁷ Die Universaldienstrichtlinie enthält ebenfalls keine Entschädigungsregelung, wenngleich eine Zumutbarkeitsgrenze vorgesehen ist, Art. 31 Abs. 1 Satz 1 UDRL 2002/22 EG. Die wirtschaftliche Betrachtung muss dann aber auch berücksichtigen, dass durch die Überlassung des Programmsignals auch deren kommerzielle Verwertung möglich ist.⁷⁸

Somit stellte sich im zweiten Schritt die Frage, ob sich eine solche Verpflichtung aus dem Wettbewerbsrecht ergeben kann. Hierzu stellt der Kartellsenat zwar zunächst fest, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Unternehmen im Sinne des Kartellrechts sind.⁷⁹ Trotz der Tatsache, dass die Anstalten den Einspeisevertrag mit dem klagenden Kabelnetzbetreiber nicht fortführen wollen und daher gekündigt haben, liegt ein Marktgeschehen vor. Sie könnten grundsätzlich nochmals einen entgeltlichen Einspeisevertrag abschließen. Dem steht auch § 19 RStV nicht entgegen, wonach die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei der Wahl geeigneter Übertragungswege zu beachten sind.⁸⁰

Der Kartellsenat verneint allerdings einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Rundfunkanstalten. Die marktbeherrschende Stellung auf dem regulierten Markt für Einspeisekapazitäten ergibt sich aus den rundfunkrechtlichen Regelungen. Diese verpflichten die Kabel-

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn. 31.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 35 ff.

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 40.

netzbetreiber dazu, Kapazitäten für die gebührenfinanzierten Programme freizuhalten, die dann nicht an andere Programmanbieter vergeben werden können. Bei der Nachfrage nach Übertragungsleistungen müssen sich die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten deshalb nicht dem Wettbewerb stellen.⁸¹ Die Weigerung der Rundfunkanstalten, einen neuen Vertrag mit bisherigen Konditionen abzuschließen, bedeutet hingegen keinen Missbrauch dieser Stellung im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB. Insbesondere der Vergleich mit anderen Übertragungswegen, die weiterhin nur gegen Entgelt in Anspruch genommen werden, kann die Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB nicht erfüllen, weil ein sachlicher Grund zur Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung vorliegt. Zwar nimmt die beklagte öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt die Leistungen von Anbietern anderer Übertragungstechniken – per Satellit und über terrestrische Sendeanlagen – weiterhin gegen Entgelt in Anspruch. Diese Anbieter von anderen Übertragungstechniken stehen aber nicht mit den Endkunden in vertraglicher Beziehung; ihre Leistung beschränkt sich auf die Übertragung.⁸²

Sofern die einzelnen Rundfunkanstalten ihr Verhalten koordiniert haben und die Entscheidung über die Kündigung des Vertrags zur Weitersendung des Programmsignals nicht bei jeder einzelnen Anstalt gelegen haben sollte, wäre allerdings ein Verstoß gegen § 1 GWB gegeben. Die Abrede ist dann wegen § 134 BGB nichtig. Von erheblicher Bedeutung ist in diesem Fall die Frage, ob eine Kündigung, die eine kartellrechtswidrige Absprache umsetzt, wirksam sein kann. Der Kartellsenat geht davon aus, dass eine solche Kündigung grundsätzlich unwirksam ist. Die Unwirksamkeit würde nur dann nicht eintreten, wenn das Unternehmen eine autonome Entscheidung darüber getroffen hätte, ob es den Vertrag beenden möchte.⁸³ Feststellungen dazu hat das Berufungsgericht in neuer Verhandlung zu treffen. Der Bundesgerichtshof weist hierzu darauf hin, dass

81 a.a.O., juris, Rn. 46.

82 a.a.O., juris, Rn. 52.

83 a.a.O., juris, Rn. 60, 62.

der Ursachenzusammenhang zwischen Absprache und Kündigung einer gesonderten Feststellung bedarf. Nicht zu beanstanden wäre gleichwohl, wenn sich die beklagte Rundfunkanstalt im Anschluss an eine unwirksame Abrede zur Kündigung aufgrund autonomer Entscheidung erneut zur Kündigung entschliesse.⁸⁴

Abschließend weist der Senat darauf hin, dass den Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages (§§ 52b, 52d RStV) keine Pflicht zur unentgeltlichen Übertragung der Signale zu entnehmen ist. Bedingungen über die zukünftige Einspeisung können im Einklang mit § 1 GWB von den öffentlich-rechtlichen Anstalten gemeinsam ausgehandelt werden, wenn die Entscheidung darüber, ob das Ergebnis der Verhandlungen umgesetzt werde, autonom von jeder Anstalt getroffen wird.⁸⁵ Wirtschaftlich werthaltige Leistungen sind grundsätzlich zu vergüten. Bei der Frage nach der Entgeltlichkeit der Einspeisung wird es maßgeblich darauf ankommen, in welchem Verhältnis zueinander die Werte der beiderseitigen Leistungen nach der Beurteilung des Marktes oder eines Vergleichsmarktes stehen.

3. Zusammenschlusskontrolle

(entfällt)

4. Sonstiges

a) Bußgeldverfahren „Silostellgebühren III“

Bereits am 16. Dezember 2014⁸⁶ hat der Kartellsenat mit Beschluss über eine bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit nach § 30 Abs. 1 OWiG entschieden. Der Geschäftsführer einer GmbH traf kartellrechtswidrige Absprachen mit Wettbewerbern, bevor sein Unternehmen knapp vier Jahre später auf die Nebenbetroffene verschmolzen wurde. Identität oder Nahezu-Identität dieser beiden Gesellschaften lehnte das Oberlandesge-

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 65.

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 67.

⁸⁶ Beschluss vom 16. Dezember 2014 – [KRB 47/13](#) –.

richt ab. Trotz des relativen Übergewichts des bebußten Unternehmens sah das Gericht keine hinreichende Prägung des Gesamtvermögens durch das übernommene Vermögen. Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 1/2003 sei mithin nur die Ahndung durch nationale Wettbewerbsbehörden nach nationalem Recht vorgesehen. Der Kartellsenat bestätigte, dass die bußgeldrechtliche Verantwortung der Nebenbetroffenen vom Oberlandesgericht zutreffend verneint wurde.

Die Verantwortung der juristischen Person, auf die verschmolzen wurde, konnte nicht mit dem erst nach den fraglichen Vorgängen in Kraft getretenen § 30 Abs. 2a OWiG begründet werden. Danach ist eine Verhängung eines Bußgelds gegen den Gesamtrechtsnachfolger möglich. Für den vorliegenden Fall würde die Anwendung eine unzulässige Rückwirkung nach Art. 103 Abs. 2 GG bedeuten.⁸⁷

Die Verhängung einer Geldbuße nach § 30 OWiG a.F. wäre dennoch möglich gewesen, wenn zwischen der früheren und der neuen Vermögensverbindung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nahezu Identität bestanden hätte. Dazu ist erforderlich, dass das haftende Vermögen weiterhin vom Vermögen des nach § 30 OWiG Verantwortlichen getrennt, in gleicher oder ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt wird und in der neuen juristischen Person einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmacht. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB 2005. Dieser betrifft allein die Rechtsfolgenseite, wohingegen § 30 OWiG abschließend regelt, ob eine juristische Person durch das Handeln ihrer Leitungsperson mit einem Bußgeld belegt werden darf.⁸⁸

Der Kartellsenat lehnt es ab, ein Bußgeld aufgrund von Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003 i.A. Art. 81 EG/Art. 101 AEUV als eigenständige Befug-

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 13.

nisnorm zu verhängen.⁸⁹ Die starre Anbindung an den Rechtsträger, so wie sie in § 30 OWiG vorgesehen ist, kennt das Unionsrecht nicht. Nach Art. 23 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 ist der Adressat das Unternehmen, so dass dem Erwerber und Rechtsnachfolger Zuwiderhandlungen grundsätzlich zugerechnet werden können. Allerdings ist durch die Vorschrift allein die Kommission ermächtigt.

Die Generalstaatsanwaltschaft hatte in ihrer Rechtsbeschwerde geltend gemacht, Art. 5 Abs. 1 S. 2, 4. Spiegelstrich VO (EG) Nr. 1/2003 berechti-ge dem Grunde nach dazu, Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts mit einer Geldbuße zu belegen, die das nationale Recht nur der Höhe nach näher ausgestalte, und dabei nach den für die Entscheidungen der Kommission gemäß Art. 23 VO (EG) Nr. 1/2003 anerkannten Grundsätzen den Adressaten auszuwählen. Dem folgte der Kartellsenat nicht.⁹⁰ Art. 5 Abs. 1 Satz 2, 4. Spiegelstrich VO (EG) Nr. 1/2003 rechtfertigt nicht, unabhängig von nationalen Bestimmungen über die Begründung einer Bußgeldhaftung die Rechtsträger nach denselben Grundsätzen in die Haftung zu nehmen, die im Rahmen des Art. 23 VO (EG) 1/2003 gelten.⁹¹ Sowohl Systematik als auch Entstehungsgeschichte des Art. 5 VO (EG) Nr. 1/2003 sprechen dafür, dass nur im Verhältnis zwischen der Union und den Mitgliedsstaaten Entscheidungsbefugnisse und Aufgaben zur Stärkung der dezentralen Anwendung des Unionsrechts auf die Mitgliedsstaaten übertragen werden sollten. Eine eigenständige Rechtsgrundlage für das Tätigwerden der nationalen Wettbewerbsbehörden gegenüber dem Bürger sollte nicht geschaffen werden.⁹² Die Ansicht der Rechtsbeschwerde zur Auslegung des Art. 5 VO (EG) 1/2003 ist aus Sicht des Kartellsenats insgesamt offenkundig unzutreffend, weshalb von einer Vorlage an den EuGH abgesehen wurde.

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 22 ff.

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 26 ff.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 25.

⁹² a.a.O., juris, Rn. 28.

b) Nahezu-Identität „Kaffeekartell“

Auch der Beschluss vom 27. Januar 2015⁹³ behandelt die Erstreckung der bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit auf Nebenbetroffene. Im entschiedenen Fall machte das haftende Vermögen einen wesentlichen Teil des Vermögens der Nebenbetroffenen aus. Das Oberlandesgericht hatte hier aus Sicht des Kartellsenats zu Recht eine wirtschaftliche Nahezu-Identität angenommen.

Der Kartellsenat konkretisiert hier seine Rechtsprechung zu den Voraussetzungen einer Nahezu-Identität. Wenn die wirtschaftliche Betrachtungsweise ergibt, dass das übernommene Vermögen eine wirtschaftlich selbständige, die neue juristische Person prägende Stellung behalten hat, demgegenüber der neue Rechtsträger nur einen neuen rechtlichen und wirtschaftlichen Mantel bildet, genügt dies, um Nahezu-Identität anzunehmen.⁹⁴ Das übrige Vermögen der neuen juristischen Person muss demgegenüber nicht in jedem Fall vollständig in den Hintergrund treten.

5. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung

(entfällt)

Karlsruhe, den 26. August 2015

Dr. Peter Rädler

⁹³ Beschluss vom 27. Januar 2015 – [KRB 39/14](#) –.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 3.