

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 1. Halbjahr 2017

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

Dieser Beitrag fasst die im ersten Halbjahr 2017 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht zusammen.¹ Wegen des zum Teil längeren Zeitraums zwischen Absetzen und Veröffentlichung der Entscheidungen ist die Übersicht auf die bis zum 31. Juli 2017 veröffentlichten Entscheidungen beschränkt;² später veröffentlichte Entscheidungen werden in der nachfolgenden Rechtsprechungsübersicht berücksichtigt. Der Rechtsprechungsbericht 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) „Bodendübel“ (Unlautere Nachahmung, § 4 Nr. 3 UWG, § 4 Nr. 9 UWG a.F.)

Am 15. Dezember 2016³ entschied der Bundesgerichtshof über den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz von ehemals patentierten Erzeugnissen. Die Beklagte hatte ähnliche Produkte wie die der Klägerin aus Slo-

³ Urteil vom 15. Dezember 2016 – [I ZR 197/15](#) –.

wenien bezogen und in Deutschland vertrieben. Die Klägerin hatte darin unlautere Nachahmungen ihrer Dübel gesehen. Diese waren bis zum Jahr 2006 durch ein europäisches Patent als Vorrichtung zum Befestigen von stabförmigen Gegenständen, insbesondere Pfosten, im Erdreich geschützt. Auf Antrag der slowenischen Herstellerfirma war die Klagemarke vom Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt für nichtig erklärt worden.

Das Berufungsgericht hatte die Klage auf Unterlassen des Vertriebs abgewiesen, da ein wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz für die Dübel der Klägerin nicht in Betracht komme. Die ehemals patentierten Gestaltungsmerkmale dürften nach Ablauf des Patentschutzes als gemeinfreie technische Lösung verwertet werden und seien deshalb aus Rechtsgründen ungeeignet, eine wettbewerbliche Eigenart zu begründen.

Der I. Zivilsenat hat diese Entscheidung aufgehoben und die Rechtssache zur neuen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Der Senat sah sich nicht in der Lage, selbst zu entscheiden, da Feststellungen zur wettbewerblichen Eigenart des Produkts der Klägerin fehlten. Der Ansicht des Berufungsgerichts, wonach nur von ehemals patentierten Merkmalen unabhängige Bestandteile des Produkts die wettbewerbliche Eigenart begründen können, ist der Senat entgegengetreten. Einem Erzeugnis ist im Hinblick auf den (früheren) Patentschutz seiner Merkmale die wettbewerbliche Eigenart nicht von vornherein zu versagen und es dadurch schlechter zu stellen als andere technische Erzeugnisse, die nicht unter Patentschutz standen.⁴ Dadurch verlängert sich nicht die Schutzzeit, obwohl das Patent abgelaufen ist. Der wettbewerbliche Nachahmungsschutz erfordert zusätzlich bestimmte Unlauterkeitsmerkmale, die einzelfallbezogen festzustellen sind. Darauf verweist der Bundesgerichtshof ausdrücklich in den Hinweisen an das Berufungsgericht für das wiedereröffnete Verfahren.⁵ Die Abgrenzung zwischen technisch notwendigen und lediglich technisch bedingten Gestaltungsmerkmalen erfordert den Blick auf

⁴ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 73.

andere Produkte, die denselben technischen Zweck erfüllen. Der in den Vergleich einzubeziehende Markt kann nicht auf solche Produkte verengt werden, die auf die Lehre des Patents aufbauen.⁶

In Abgrenzung zum Markenschutz sieht der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz keinen allgemeinen Nachahmungsschutz einer technisch bedingten Produktgestaltung vor. Er dient vielmehr der Absicherung eines konkreten Leistungsergebnisses vor Nachahmungen, die im Einzelfall aufgrund eines unlauteren Verhaltens des Mitbewerbers zu missbilligen sind. Die formgebenden technischen Merkmale eines Erzeugnisses können als Herkunftshinweis dienen, selbst wenn sie zur Monopolisierung der Warenform als dreidimensionale Marke ungeeignet sind.⁷ Insgesamt können aus Sicht des I. Zivilsenats die Gestaltungsmerkmale der klägerischen Dübel eine wettbewerbliche Eigenart begründen, die von den angegriffenen Produkten nachgeahmt werden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sei eine Herkunftstäuschung wahrscheinlich und nicht unvermeidbar.

Zudem weist der Senat darauf hin, dass mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung eine unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung der Erzeugnisse der Klägerin i.S.v. § 4 Nr. 3 Buchst. b) UWG nicht verneint werden könne.⁸ Die Übernahme von Merkmalen, die dem freizuhaltenden Stand der Technik angehören und der angemessenen Lösung einer technischen Aufgabe dienen, kann unter dem Gesichtspunkt der Rufausbeutung grundsätzlich nicht als wettbewerbsrechtlich unlauter angesehen werden; würde die Übernahme solcher Merkmale aber zu einer (nahezu) identischen Nachahmung führen, ist einem Wettbewerber regelmäßig zuzumuten, auf eine andere angemessene technische Lösung auszuweichen, wenn er einer Rufausbeutung nicht auf andere Weise entgegenwirken kann. Insoweit hatte das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft angenommen, die Grundgestaltung der frag-

⁶ a.a.O., juris, Rn. 32.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁸ a.a.O., juris, Rn. 66.

lichen Dübel sei auf der Grundlage des Patents technisch notwendig und habe bei der Prüfung einer Rufausbeutung außer Betracht zu bleiben.

b) „World of Warcraft II“ (Mitbewerberschutz, § 4 Nr. 4 UWG, § 4 Nr. 10 UWG a.F.)

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12. Januar 2017⁹ behandelt die wettbewerbliche Behinderung durch das Hinwegsetzen über Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die Beklagten stellten Software zur Automatisierung von Spielzügen zur Verfügung. Die Verwendung solcher „Buddy-Bots“ war in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der europäischen Tochtergesellschaft der Klägerin, die das Spiel „World of Warcraft“ entwickelte und ihren Sitz in den USA hat, untersagt. Land- und Berufungsgericht hatten dem Antrag auf Unterlassen stattgegeben. Der I. Zivilsenat teilt die Ansicht des Berufungsgerichts zur wettbewerbsrechtlichen Verantwortung der Beklagten. Vorab stellt er die Anwendbarkeit deutschen Rechts fest, die sich aus dem EGBGB bzw. aus der Rom-II-VO ergibt und nicht, wie das Berufungsgericht angenommen hat, aus § 3 TMG.¹⁰

Der Schutz eines durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgestalteten Geschäftsmodells vor gezielter Behinderung i.S.v. § 4 Nr. 4 UWG durch Missachtung der Geschäftsbedingungen setzt grundsätzlich voraus, dass die missachteten Bedingungen in die Verträge des Verwenders einbezogen werden und der Inhaltskontrolle standhalten. Dieser Maßstab gilt auch, wenn der Hersteller, Vertreiber oder Veranstalter eines Spiels in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Spielregeln niedergelegt hat. Er verdient den lauterkeitsrechtlichen Schutz vor einer gezielter Behinderung durch einen Verstoß gegen die Spielregeln nur, wenn die Spielregeln rechtlich verbindlich sind.¹¹ So lag es aus Sicht des Bundesgerichtshofs im Streitfall. Die Spieler nehmen sie zwar nicht notwendig bei Erwerb der Client-Software, die notwendig ist, um das Spiel starten zu können, zur

⁹ Urteil vom 12. Januar 2017 – [I ZR 253/14](#) –.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 33 ff.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 51.

Kenntnis; jedoch müssen sie die Bedingungen bei der Registrierung auf dem Server akzeptieren, um starten zu können. Sie werden somit wirksam in die einzelnen Verträge mit einbezogen.¹²

Die alleinige Missachtung von Vertragsbedingungen reicht jedoch für die Bewertung einer geschäftlichen Handlung als wettbewerbswidrig zumeist nicht aus. Es müssen besondere Umstände hinzutreten, die das Wettbewerbsverhalten als unlauter erscheinen lassen. Diese könnten gegeben sein, wenn das pflichtwidrige Verhalten der einen Vertragspartei das durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgestaltete Geschäftsmodell der anderen Vertragspartei beeinträchtigt und damit in unlauterer Weise auf das von der anderen Vertragspartei angebotene Produkt einwirkt. Dabei kann bereits in der mittelbaren Einwirkung auf das Produkt eines Mitbewerbers eine wettbewerbsrechtlich unlautere produktbezogene Behinderung zu sehen sein. Eine Einwirkung auf das Produkt eines Mitbewerbers ist regelmäßig als unlauter anzusehen, wenn dabei eine Schutzvorkehrung unterlaufen wird, die eine solche Einwirkung verhindern soll.¹³

Der Verkauf der „Buddy-Bots“ bewirkt nach der Würdigung des I. Zivilsenats, dass das Spiel „World of Warcraft“ durch Unterlaufen der verbindlichen Spielregeln inhaltlich verändert worden ist; nach den von der Revision nicht durchgreifend angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts führte der regelwidrige Einsatz von „Buddy-Bots“ durch andere Spieler zur Verärgerung und Enttäuschung von ehrlichen Spielern. Dies ist nach den vom Bundesgerichtshof nicht beanstandeten Feststellungen des Berufungsgerichts geeignet gewesen, bei der Klägerin wirtschaftliche Einbußen nach sich zu ziehen. Den Anspruch der Klägerin aus § 8 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG hat der Senat daher als begründet erachtet. Hinsichtlich der Verletzung der Klagemarken und der damit in Verbindung stehenden Anträge hat der Senat die Sache an das Berufungsgericht zurückgewiesen.

¹² a.a.O., juris, Rn. 56 ff.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 68.

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

(1) „Optiker-Qualität“ (§ 3 Satz 1 und 2 Nr. 3 Buchst. a) HWG; § 4 Abs. 1 Nr. 1 MPG)

Bereits am 03. November 2016¹⁴ befasste sich der Senat mit dem Vertrieb von Gleitsichtbrillen im Online-Handel, die mittels Angaben der Sehwerte aus einem „Brillenpass“ angefertigt werden. Der klagende Bundesinnungsverband der Augenoptiker sah in einem solchen „Brillenpass“ keine für die Herstellung solcher Brillen ausreichende Datenbasis. Das Werben mit den Aussagen „hochwertige Gleitsichtbrillen“ und „individuelle Gleitsichtbrillen ... bestehend aus einer modischen Kunststofffassung und Premium-Gleitsichtgläsern in Optiker-Qualität“ sei daher irreführend. Das Tragen ungeeigneter Brillen führe zu einer konkreten Gesundheitsgefährdung und sei bei Teilnahme am Straßenverkehr gefährlich. Deshalb sei das Inverkehrbringen, Anbieten und Bewerben zu unterlassen, mindestens sei ein Warnhinweis auf eine mögliche Gefährdung im Straßenverkehr erforderlich. Das Berufungsgericht hatte eine irreführende Werbung verneint und nur dem hilfsweise geltend gemachten Antrag zum Erfordernis eines Warnhinweises stattgegeben.

Der Bundesgerichtshof hat es demgegenüber für widersprüchlich gehalten, einerseits die Werbung mit der Angabe „Premium-Gleitsichtgläser in Optikerqualität“ als erlaubt anzusehen und andererseits die Notwendigkeit eines Warnhinweises für das Tragen der Brillen im Straßenverkehr anzunehmen. In der Sache handele es sich bei der fraglichen Werbung vielmehr um eine unzulässige Werbung für Medizinprodukte, da die beanstandete Aussage nach § 1 Abs. 1 Nr. 1a; § 3 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3 Buchst. a) HWG ohne erläuternde Hinweise irreführend ist.¹⁵ Die Annahme, der angesprochene Verbraucher könne zwischen den Optikerleistungen des stationären Handels und solchen, die allein aufgrund der Daten eines „Brillenpasses“ erbracht werden können, unterscheiden, sei nicht plausibel. Da die Beklagte die beim stationären Vertrieb vor Ort zu erbrin-

¹⁴ Urteil vom 03. November 2016 – [I ZR 227/14](#) –.

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 11, 15.

genden Leistungen nicht vollständig anbiete, könne sie nicht mit der Bezeichnung „Optiker-Qualität“ werben.¹⁶

Die ebenfalls kritisierte Anpreisung als „hochwertig“ stellt aus Sicht des I. Zivilsenats eine Aussage ohne Informationsgehalt dar. Es handele sich deshalb nicht um eine Angabe i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG.¹⁷ Der Senat ist insoweit nicht der Rüge der Revision gefolgt, die Notwendigkeit eines Warnhinweises bei der Benutzung der Gleitbrillen schließe die Bezeichnung des Produkts der Beklagten als „hochwertig“ aus. Das Berufungsgericht hatte insoweit keine Feststellungen getroffen, dass nur bei den Gleitsichtbrillen der Beklagten ein entsprechender Hinweis erforderlich sei, während er bei den Brillen anderer Hersteller entfallen könne.¹⁸

Den auf § 3a UWG i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 MPG gestützten Unterlassungsantrag hatte das Berufungsgericht mit der Begründung als nicht gerechtfertigt angesehen, selbst auf der Grundlage des Vortrags des Klägers könne nicht von einem begründeten Verdacht ausgegangen werden, die Brillen der Beklagten würden die Sicherheit und die Gesundheit der Anwender bei sachgemäßer Anwendung über ein nach den Erkenntnissen der Wissenschaften vertretbares Maß hinaus gefährden. Diese Würdigung betrachtete der I. Zivilsenat als rechtsfehlerhaft, da das Berufungsgericht insoweit zu hohe Anforderungen an den Nachweis eines entsprechenden Verdachts gestellt hat. Insoweit habe das Berufungsgericht verkannt, dass die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Schädigung i.S.v. § 4 Abs. 1 Nr. 1 MPG umso geringer anzusetzen sind, je schwerwiegender sich die eintretende Gefahr auswirken kann. Zudem hat das Berufungsgericht seine enge Auslegung des Begriffs „begründeter Verdacht“ i.S.v. § 4 Abs. 1 Nr. 1 MPG zu Unrecht auf Art. 103 Abs. 2 GG gestützt. Soweit die Einhaltung einer Marktverhaltensregelung, die selbst keine straf- oder bußgeldrechtliche Vorschrift ist, nur durch eine (Blankett-) Norm des (Neben-) Strafrechts oder des Bußgeldrechts sanktioniert ist,

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 19.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 23.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 25.

gilt Art. 103 Abs. 2 GG für die Marktverhältnisregelung nur insoweit, als ein Gericht sie in Verbindung mit der Straf- oder Bußgeldnorm zur Verurteilung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit anwendet.¹⁹ Die Beurteilung des Berufungsgerichts hat sich gleichwohl im Ergebnis aus anderen Gründen als richtig dargestellt.

(2) „Freunde werben Freunde“ (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 HWG; § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG)

Am 24. November 2016²⁰ entschied der I. Zivilsenat über die Werbeaktion einer im EU-Ausland ansässigen Online-Apotheke. Diese lobte eine „10 Euro-Sofort-Prämie“ für den Fall aus, dass ein Kunde einen Freund als Kunden für sie warb, der ein Rezept einreichte oder rezeptfreie Produkte im Gesamtwert von 25,00 € bestellte. Darüber hinaus sollte der Kunde zusätzlich einen 10 % Rabatt auf jeden Einkauf rezeptfreier Produkte erhalten, wenn ein zweiter Freund geworben würde. Das Berufungsgericht hatte sich durch Teilurteil entschieden und dabei angenommen, der Klägerin stehe ein Unterlassungsanspruch nur wegen der Werbung mit der 10 €-Prämie und nicht bezüglich der Werbung mit dem 10 %-Rabatt zu.

Der I. Zivilsenat hat diese Berufungsentscheidung bereits wegen des rechtsfehlerhaft ergangenen Teilurteils aufgehoben und die Rechtssache zurückverwiesen. Für die Klageanträge sei die Frage nach der Vereinbarkeit des deutschen Arzneimittelpreisrechts mit dem Unionsrecht gleichermaßen relevant. Deshalb habe nicht hinsichtlich eines Antrags ausgesetzt und durch Teilurteil über die übrigen Klageanträge entschieden werden dürfen.²¹

Für das wieder zu eröffnende Berufungsverfahren hat der Senat umfangreiche Hinweise gegeben. Das Berufungsgericht hat danach rechtsfehlerfrei eine produktbezogene Werbung der Beklagten angenommen i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1; § 7 Abs. 1 HWG. Im Streitfall bestehe der erforderliche Pro-

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 28.

²⁰ Urteil vom 24. November 2016 – [I ZR 163/15](#) –.

²¹ a.a.O., juris, Rn. 13.

duktbezug darin, dass die Beklagte die Zuwendung eines Geldbetrags von 10,00 € davon abhängig gemacht hat, dass ein Kunde unter den o.g. Bedingungen einen Freund als Kunden für sie wirbt. Eine Werbung mit Zuwendungen oder Werbegaben, die sich auf das gesamte Sortiment erstreckt, steht ihrer Bewertung als Absatzwerbung nicht ohne weiteres entgegen.²²

Das Ausloben der Prämie habe in diesem Fall gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 HWG verstoßen, da sie nicht mit der Arzneimittelpreisbindung für rezeptpflichtige Medikamente aus § 78 Abs. 1 AMG und § 1 Abs. 1 und Abs. 4 AMPreisV vereinbar ist. Die Bestimmungen der Arzneimittelpreisverordnung werden verletzt, wenn für das preisgebundene Arzneimittel zwar der korrekte Preis angesetzt wird, dem Kunden aber gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile gewährt werden, die den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen. Dies ist auch der Fall, wenn der Kunde dem geworbenen Freund eine Prämie verschaffen kann.²³

Der Senat konnte in dieser Rechtssache allerdings nicht abschließend entscheiden, da das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hatte, ob eine ausländische Versandapotheke den deutschen Bestimmungen über die Arzneimittelpreisbindung unterliegt, sobald sie solche Arzneimittel an Kunden in Deutschland liefert. Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes hält die Anwendung des deutschen Arzneimittelpreisrechts auf den grenzüberschreitenden Versandhandel für vereinbar mit europäischem Primärrecht.²⁴ Angesichts der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 19. Oktober 2016²⁵ in der Rechtssache „DocMorris“ hält der I. Zivilsenat die weitere Anwendung dieser Rechtsprechung aber für zweifelhaft. Das deutsche Arzneimittelpreisrecht, das für verschreibungspflichtige Humanarzneimittel einheitliche Apothekenab-

²² a.a.O., juris, Rn. 33.

²³ a.a.O., juris, Rn. 37.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 41.

²⁵ EuGH Urteil vom 19. Oktober 2016 – [C-148/15](#) – (Doc Morris).

gabepreise festsetzt, kann nach Auffassung des EuGH nicht mit dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen gemäß Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden, da es nicht geeignet sei, die angestrebten Ziele zu erreichen. Die Klägerin könne – so der I. Zivilsenat – deshalb im Streitfall nur erfolgreich sein, wenn Anhaltspunkte für ein erneutes Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof bestünden.²⁶ In der detaillierten Befassung mit der angesprochenen Entscheidung des EuGH zeigt der Bundesgerichtshof auf, dass verlässliche Feststellungen dazu fehlen, ob die Arzneimittelpreisbindung tatsächlich geeignet ist, die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sicherzustellen.²⁷ Dazu müssen die Parteien im Streitfall vortragen. Es sei Sache der Mitgliedstaaten, das Niveau des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung zu bestimmen. Diese Zuständigkeit sei von der Union nicht nur formal, sondern auch im Zeichen einer loyalen Zusammenarbeit zu beachten.²⁸

(3) „Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln“ (§§ 33 Abs. 8, 69 Abs. 1 SGB V; § 7 HWG)

Die Entscheidung vom 01. Dezember 2016²⁹ behandelt ebenfalls das Heilmittelwerbegesetz und betrifft die Abgabe von Hilfsmittel für Diabetikerbedarf unter Verzicht auf die von gesetzlich Versicherten zu entrichtende Zuzahlung. Die Klägerin sah in der Werbung mit einem solchen Verzicht eine verbotene Absatzförderungsmaßnahme, die nicht mit §§ 33 Abs. 8, 61 SGB V vereinbar sei. Das Berufungsgericht hatte das klageabweisende Urteil aufgehoben und die Beklagte zur Unterlassung verurteilt. Es hatte insoweit gemeint, die Beklagte habe mit ihrer Werbung gegen das Verbot von Werbegaben im Gesundheitswesen aus § 7 HWG verstoßen. Die Ausnahmebestimmung in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a) HWG greife nicht ein, da die Zuwendung wegen der gesetzlichen Einziehungspflicht nach § 33 Abs. 8 SGB V verboten sei.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 43.

²⁷ a.a.O., juris, Rn. 47, 49.

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 48.

²⁹ Urteil vom 01. Dezember 2016 – [I ZR 143/15](#) –.

Auf die Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil aufgehoben und die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht dabei die Regelungen zur Zuzahlungspflicht gesetzlich Versicherter bei Hilfsmitteln gemäß § 33 Abs. 8 i.V.m. § 61 SGB V nicht als Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 3a UWG eingeordnet.³⁰ Wortlaut und Entstehungsgeschichte von § 33 Abs. 8 SGB V zeigen keine Hinweise auf eine Marktverhaltensregelung. Die Systematik verdeutlicht, dass es sich bei dieser sowie anderen Zuzahlungspflichten des gesetzlich Versicherten um eine Form der Selbstbeteiligung handelt, die das Kostenbewusstsein der Versicherten stärken soll.³¹ Diese Verhaltenssteuerung bezweckt nicht die Schaffung gleichwertiger Wettbewerbsbedingungen. Sie dient vielmehr lediglich dazu, die finanzielle Absicherung der Grundversorgung zu erhalten.³² In Fortführung seiner ständigen Rechtsprechung hat der Senat darüber hinaus § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG als Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG eingeordnet; zudem schließt sich der Senat der Beurteilung des Berufungsgerichts an, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Zuzahlungsverzicht um produktbezogene Werbung gehandelt habe.

Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht nach der Würdigung des Bundesgerichtshofs allerdings verkannt, dass sich die Beklagte für ihre Werbung auf den Ausnahmetatbestand in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a) HWG berufen kann. Rabatte für nicht apothekenpflichtige Arzneimittel, Medizinprodukte und andere Heilmittel sind erlaubt, wenn sie in einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag gewährt werden. Da die Versicherten den mit der Ersparnis der Zuzahlung verbundenen Rabatt errechnen können, wenn ihnen der Abgabepreis bekannt ist, sind die Anforderungen eines erlaubten Barrabatts erfüllt.³³ Der § 33 Abs. 8 SGB V enthält zudem keine Pflicht des Leistungserbringers zur

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 19.

³¹ a.a.O., juris, Rn. 25.

³² a.a.O., juris, Rn. 28.

³³ a.a.O., juris, Rn. 41.

Einziehung der Zuzahlung. Sein Vergütungsanspruch gegen die Krankenkasse verringert sich um die Zuzahlung, so dass letztlich er selbst das Inkassorisiko für die Zuzahlung trägt und nicht verpflichtet ist, den Zuzahlungsanspruch geltend zu machen.³⁴

(4) „Energieverbrauchskennzeichnung“ (Art. 4 Buchst. a) und b) VO (EU) Nr. 1059/2010; Art. 3 Richtlinie 2002/40/EG; Art. 4 Abs. 1 Buchst. a) VO (EG) Nr. 65/2014)

Am 15. Dezember 2016³⁵ befasste sich der Bundesgerichtshof in zwei Urteilen mit der Energieverbrauchskennzeichnung von Haushaltsgeräten. Einerseits ging es um Kennzeichnungspflichten für den stationären Handel, andererseits um die Energieverbrauchskennzeichnung im Internet.

Streitgegenstand des ersten Verfahrens³⁶ waren Haushaltsgroßgeräte, in der dortigen Rechtssache Kühlgeräte, Waschmaschinen, Geschirrspüler und Backofen. Die Beklagte hatte solche in einem Baumarkt unverpackt bzw. in Klarsichtfolie oder in undurchsichtigem Karton angeboten. Die Klägerin hatte die fehlende Kennzeichnung der Geräte hinsichtlich des Energieverbrauchs gerügt. Das Berufungsgericht hatte der Unterlassungsklage für die unverpackten und in Klarsichtfolie offerierten Geräte stattgegeben. Diese seien „ausgestellt“ im Sinne der die Etikettierung vorsehenden Vorschriften der Delegierten Verordnungen; nur bei den in Karton verpackten Geräten fehle es an einer „Ausstellung“. Der I. Zivilsenat hat sich dieser Sichtweise angeschlossen. Die jeweils in Art. 4 Buchst. a) bzw. in Art. 4 Abs. 1 Buchst. a) enthaltenen Bestimmungen der Delegierten Verordnungen (EU) Nr. 1060/2010, Nr. 1061/2010, Nr. 65/2014, die eine Information über die Energieeffizienz der Geräte vorsehen, sind Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 3a UWG.³⁷ Diese hat die Beklagte verletzt, als sie unverpackte Haushaltskühlgeräte und -waschmaschinen sowie in Klarsichtfolie verpackte Haushaltswaschmaschinen angeboten hatte, ohne dass diese

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 43, 46 f.

³⁵ Urteil vom 15. Dezember 2016 – [I ZR 213/15](#) – und – [I ZR 221/15](#) –.

³⁶ [I ZR 213/15](#), a.a.o.

³⁷ [I ZR 213/15](#), a.a.O., juris, Rn. 26.

an ihrer Vorder- oder Oberseite ein ausgefülltes Etikett zum Energieverbrauch tragen. Für Elektrobacköfen gibt es die Möglichkeit, diese Informationen entweder an der Vorder- bzw. Oberseite des Geräts anzubringen oder die Informationen in unmittelbarer Nähe darzustellen, Art. 4 Abs. 1 Buchst. a) der Delegierten VO (EU) Nr. 65/2014. Die Rechtslage hatte sich zwar während des Verfahrens geändert;³⁸ das Angebot der Beklagten genügte aber auch den geänderten vereinfachten Anforderungen nicht.

Eine Anbringung an der Verpackung sehen die unionsrechtlichen Vorschriften hingegen nicht vor.³⁹ Ein Etikett, das an der Vorder- oder Oberseite angebracht werden soll, erfordert, dass Vorder- oder Oberseiten ihrerseits sichtbar sind.⁴⁰ Aus Art. 4 Buchst. b) der Delegierten VO (EU) Nr. 1059/2010 und Nr. 1060/2010, der jeweils die Formulierung „ausgestellt sieht“ gebraucht, ergibt sich, dass ein Ausstellen des Geräts im Sinne dieser Bestimmungen dessen ungehinderte optische Wahrnehmbarkeit voraussetzt.⁴¹ Einen Verstoß gegen Art. 4 Buchst. b) Satz 1 und 2 der Delegierten VO (EU) Nr. 1059/2010 und Nr. 1060/2010 in ihren früheren Fassungen hat der Senat dabei verneint, da bei der Kennzeichnung energieverbrauchsrelevanter Produkte im Internet die Informationen auf dem Etikett nur in einer bestimmten Reihenfolge präsentiert werden mussten, ohne dass vorgeschrieben war, dass das Etikett an sich oder das Produktdatenblatt gezeigt werden mussten; hieraus schließt der Senat, dass die Regelungen in ihrer früheren Fassung allein in den Fällen des Fernverkaufs, nicht dagegen auch bei dem in Streit stehenden stationären Handel gelten sollten.⁴²

Die zweite Streitsache betraf Geräte, die dieselbe Beklagte über ihren Onlineshop vertrieb.⁴³ Deren jeweilige Produktseite enthielt keine Informationen zum Energieverbrauch. Die Geräte waren deshalb nicht gemäß

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 24.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 33.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 40.

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 37.

⁴² a.a.O., juris, Rn. 43.

⁴³ [I ZR 221/15](#), a.a.O.

Art. 4 Buchst. b) der Delegierten VO (EU) Nr. 1059/2010, Nr. 1060/2010 und Nr. 1061/2010 gekennzeichnet. Während des Verfahrens eingetretene Rechtsänderungen der entscheidungserheblichen Vorschriften waren nur technischer Art. Der Bundesgerichtshof hat sie daher nicht als geeignet angesehen, die durch das vollständige Fehlen von Hinweisen auf die Energieeffizienz begründete tatsächliche Vermutung der künftigen Wiederholung entsprechender Verstöße entfallen zu lassen.⁴⁴ Bei den verletzten Bestimmungen handelt es sich ebenfalls um Marktverhaltensregelungen nach § 3a UWG.⁴⁵

In beiden Verfahren hatte die Klägerin eine Streitwertermäßigung nach § 12 Abs. 4 UWG beantragt. Diese lehnte der Senat ab. Dabei stellt er klar, dass bei der Betrachtung der wirtschaftlichen Verhältnisse eines Verbraucherschutzverbands die Lage anhand einer Gesamtbetrachtung und nicht anhand der Belastung des Verbands mit den Kosten allein des konkret anstehenden Rechtsstreits einzuschätzen ist. Von Bedeutung ist, ob die Finanzierung des Rechtsstreits auf der Grundlage des vollen Streitwerts die Erfüllung der satzungsmäßigen Aufgaben im Übrigen beeinträchtigt. Dazu ist der Gesamtetat des Verbands zu betrachten.⁴⁶

(5) „Energieeffizienzklasse II“ (Art. 4 Buchst. c) VO (EU) Nr. 626/2011)

An die Entscheidung „Energieeffizienzklasse I“⁴⁷ schließt das Urteil des Senats vom 06. April 2017⁴⁸ an. Die Beklagte hatte im Internet ein Klimagerät beworben und Angaben zur Energieeffizienzklasse erst auf einer Seite aufgeführt, die über den Link „Mehr zum Artikel“ erreichbar gewesen ist. Die Klägerin hatte hiergegen die Auffassung vertreten, die Angaben müssten bereits auf der Übersichtseite aufgeführt werden. Demgegenüber hatte das Berufungsgericht die Verfahrensweise der Beklagten für ausreichend erachtet und die Klage abgewiesen. Der Link „Mehr zum Artikel“ verdeutliche nach Auffassung des Berufungsgerichts

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 24.

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 7 bzw. 8.

dem Interessenten, dass sich dort nähere Angaben zu dem Produkt befänden.

Dem ist der I. Zivilsenat nicht gefolgt. Der Senat stellt in Anlehnung an die bereits entwickelten Kriterien fest, dass Angaben zur Energieeffizienz zwar nicht auf derselben Seite wie die preisbezogene Werbung angegeben werden müssen. Der von der Beklagten gesetzte Link „Mehr zum Artikel“ ist jedoch kein ausreichender Verweis, der auch inhaltlich erkennen lässt, dass die verlinkte Seite Angaben zur Energieeffizienzklasse enthält.⁴⁹ Es genügt nicht, wenn durch Gestaltung des Bestellvorgangs die Informationen zur Energieeffizienz zur Kenntnis genommen werden müssen. Die Regelung des Art. 4 Buchst. c) Satz 1 Delegierten Verordnung sieht vor, dass bereits bei jeglicher Werbung die erforderlichen Angaben zu erteilen sind.⁵⁰

(6) „Motivkontaktlinsen“ (§ 6 Abs. 5 Satz 1 und 2 ProdSG)

Die Entscheidung des Senats vom 12. Januar 2017⁵¹ dreht sich um die Pflicht zur Angabe des Herstellers beim Vertrieb von Motivkontaktlinsen ohne Sehstärke. Die Parteien des Rechtsstreits waren Wettbewerber und boten jeweils über ihre Online-Shops solche Linsen an. Ein Testkauf des Klägers hatte gezeigt, dass der Beklagte Motivlinsen ohne Herstellerangabe verkauft hatte. Er verlangte deshalb das Unterlassen des seiner Ansicht nach wettbewerbswidrigen Verhaltens. Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hatte keinen Verstoß gegen Bestimmungen der Kosmetik- und Produktsicherheitsgesetze erkennen können.

Hierzu hat der I. Zivilsenat klargestellt, dass farbige Motivkontaktlinsen ohne Sehstärke nicht in den Anwendungsbereich der Kosmetik-Verord-

⁴⁷ Urteil vom 04. Februar 2016 – [I ZR 181/14](#) –, zusammengefasst [hier](#).

⁴⁸ Urteil vom 06. April 2017 – [I ZR 159/16](#) –.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 23 f.

⁵⁰ a.a.O., juris, Rn. 25.

⁵¹ Versäumnisurteil vom 12. Januar 2017 – [I ZR 258/15](#) –.

nung fallen. Die Pflicht zur Angabe der verantwortlichen Person kann im Streitfall daher nicht aus Art. 19 Abs. 1 Buchst. a) Satz 1 VO (EG) Nr. 1223/2009 folgen. Da der Beklagte allein als Händler auftrat, traf ihn auch nicht die Pflicht aus § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ProdSG. Darin sind nur der Hersteller sowie sein Bevollmächtigter und der Einführer aufgefordert, entsprechende Informationen am Verbraucherprodukt anzubringen.⁵²

Allerdings hat der Senat entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts eine Verletzung der den Beklagten nach § 6 Abs. 5 Satz 1 und Satz 2 ProdSG treffenden Pflichten angenommen. Diese Vorschriften regeln die Pflicht des Händlers, dazu beizutragen, dass nur sichere Verbrauchsprodukte bereitgestellt werden; vor allem solche Produkte, die nicht den Anforderungen des § 3 ProdSG entsprechen, darf er nicht vertreiben. Es handelt sich bei diesen Bestimmungen um Marktverhaltensregelungen, die dem Schutz der Verbraucher dienen und sie davor bewahren sollen, mit unsicheren Produkten i.S.v. § 3 ProdSG in Berührung zu kommen.⁵³ Die Angabe des Namens und der Kontaktanschrift des Herstellers sind Daten, die für die Sicherheit der Verbraucherprodukte von Bedeutung sind.⁵⁴ Das Berufungsgericht hatte dagegen noch angenommen, dass diese Angaben für die Sicherheit der Produkte nicht von Bedeutung seien, da deren Fehlen die Verwendung nicht beeinflusse. Nach Auffassung des I. Zivilsenats hat das Berufungsgericht damit jedoch die Systematik des Produktsicherheitsgesetzes und der zugrundeliegenden Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG verkannt. Nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 Produktsicherheitsrichtlinie haben die Händler mit der gebotenen Umsicht zur Einhaltung der anwendbaren Sicherheitsanforderungen, wie beispielsweise die Angabe des Herstellers und seiner Adresse auf dem Produkt (Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 4 Buchst. a) Produktsicherheitsrichtlinie), beizutragen.⁵⁵ Fehlen solche Angaben, hat der Vertrieb zu unterbleiben. Der Verstoß gegen die Verpflichtung, nur sichere Verbraucherprodukte auf dem Markt bereitzustellen, ist

⁵² a.a.O., juris, Rn. 18.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 24.

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 26.

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 28, 31.

regelmäßig dazu geeignet, die Interessen der Verbraucher spürbar zu beeinträchtigen.⁵⁶

(7) „YouTube-Werbekanal“ (§§ 1 Abs. 1, 5 Abs. 1 und 2 Pkw-EnVKV)

Durch Beschluss vom 12. Januar 2017⁵⁷ hat der Bundesgerichtshof ein anhängiges Revisionsverfahren ausgesetzt und den EuGH dazu angerufen, inwieweit das Erfordernis der Angabe von Kraftstoffverbrauch und CO₂-Emissionen auch bei einer Werbung für einen PKW in einem YouTube-Video besteht. Die Beklagte dieses Rechtsstreits betrieb einen solchen Kanal, auf dem sie das von der Klägerin beanstandete Werbevideo einstellte. Die Klägerin vertrat die Auffassung, die Beklagte habe Informationen zum offiziellen Kraftstoffverbrauch und zu den offiziellen CO₂-Emissionen (§ 5 Abs. 1 PKW-EnVKV) in die Angaben unter das Video aufnehmen müssen. Das Berufungsgericht hatte diese Ansicht geteilt; es hatte hierzu gemeint, die in § 5 Abs. 2 PKW-EnVKV vorgesehene Ausnahme für audiovisuelle Mediendienste i.S.v. Art. 1 Abs. 1 Buchst. a) Richtlinie 2010/13/EU greife im Streitfall nicht ein, da der von der Beklagten betriebene YouTube-Kanal keinen audiovisuellen Mediendienst in diesem Sinne darstelle.

Zu dieser Frage hat der I. Zivilsenat nunmehr den EuGH angerufen, da insoweit keine Klärung in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH bestehe. Der Senat hat dabei zugrunde gelegt, dass das von der Klägerin beanstandete Video nicht als audiovisueller Mediendienst i.S.v. Art. 1 Abs. 1 Buchst. a) Ziff. i Richtlinie 2010/13/EU einzuordnen sei.⁵⁸ Der Senat hat allerdings als klärungsbedürftig angesehen, ob es sich bei dem fraglichen YouTube-Video um einen audiovisuellen Mediendienst i.S.v. Art. 1 Abs. 1 Buchst. a) Ziff. ii Richtlinie 2010/13/EU handelt. Danach ist auch die audiovisuelle kommerzielle Kommunikation, die der Absatzförde-

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 37.

⁵⁷ Beschluss vom 12. Januar 2017 – [I ZR 117/15](#) –.

⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 32.

zung dient, ein audiovisueller Mediendienst.⁵⁹ Zwar handelt es sich bei dem YouTube-Kanal der Beklagten nicht um Fernsehwerbung, Sponsoring, Teleshopping oder Produktplatzierung. Diese in der Richtlinie angeführten Beispiele für audiovisuelle kommerzielle Kommunikation sind aus Sicht des I. Zivilsenats aber möglicherweise dem Betreiben eines YouTube-Kanals ähnlich. Der Senat hat daher dem EuGH die Frage vorgelegt, ob derjenige, der bei dem Internetdienst YouTube einen Videokanal unterhält, von dem Internetnutzer kurze Werbevideos für Modelle neuer Personenkraftwagen abrufen können, einen audiovisuellen Mediendienst i.S.v. Art. 1 Abs. 1 Buchst. a) der Richtlinie 2010/13/EU betreibt.

(8) „Detox Brennnessel - Grüner Tee“ (Art. 10 Health-Claims-VO)

Die Health-Claims-Verordnung behandelt die Entscheidung des Senats vom 29. März 2017⁶⁰. Das Berufungsgericht hatte die von der Beklagten verwendete Bezeichnung „Detox“ als verbotene gesundheitsbezogene Angabe i.S.d. Art. 10 Abs. 1 Health-Claims-VO eingestuft, da gesundheitsbezogene Angaben nicht produktbezogen, sondern nur stoffbezogen erfolgen dürften. Die zu dieser Entscheidung vom Berufungsgericht zugelassene Revision hat der Bundesgerichtshof durch Beschluss nach § 552a ZPO zurückgewiesen. Die vom Berufungsgericht aufgeworfenen Rechtsfragen waren nach Auffassung des I. Zivilsenats zwischenzeitlich bereits durch sein Urteil vom 04. April 2016 in der Sache „Repair-Kapseln“⁶¹ geklärt worden; danach ist eine gesundheitsbezogene Angabe bei einem nicht nur aus einem Stoff bestehenden Produkt nur zulässig, wenn sie die Substanz benennt, die die behauptete Wirkung hat.⁶² Der Senat weist ergänzend in seinem Hinweisbeschluss vom 29. März 2017 darauf hin, dass die Revision auch in der Sache keinen Erfolg hätte haben können. Die Annahme des Berufungsgerichts, bei der Produktbezeichnung „Detox“ handele es sich um eine gesundheitsbezogene Angabe i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 Health-Claims-VO, sei in Übereinstimmung mit der Senatsrechtsprechung

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 34.

⁶⁰ Beschluss vom 29. März 2017 – [I ZR 71/16](#) –.

⁶¹ Urteil vom 07. April 2016 – [I ZR 81/15](#) – Zusammenfassung [hier](#).

⁶² [I ZR 81/15](#), a.a.O., juris, Rn. 40.

erfolgt. Vom Begriff „gesundheitsbezogene Angabe“ ist danach jeder Zusammenhang erfasst, der eine Verbesserung des Gesundheitszustands dank des Verzehrs des Lebensmittels suggeriert.⁶³ Das Berufungsgericht habe auch ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Produktbezeichnung „Detox“ für den von der Beklagten vertriebenen Tee nicht nur ein Verweis auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile für die Gesundheit im Allgemeinen oder das gesundheitsbezogene Wohlbefinden enthielt, sondern eine spezielle gesundheitsbezogene Angabe i.S.v. Art. 10 Abs. 1 der Health-Claims-VO darstellte. Zwar wirkt nach Darstellung des Senats das Trinken größerer Mengen Wasser oder Kräutertee an sich entschlackend oder entwässernd; dieser Umstand ändert aber nichts daran, dass dem streitgegenständlichen Produkt mit der Bezeichnung „Detox“ aus der Sicht der angesprochenen Konsumenten eine ganz spezielle Wirkung auf den menschlichen Körper zugeschrieben wird.

(9) „Calcium im Mineralwasser“ (Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Health-Claims-Verordnung; Mineralwasser-Richtlinie; Mineral- und Tafelwasser-Verordnung)

Der Beschluss vom 20. Januar 2017⁶⁴ zur Zurückweisung einer Nichtzulassungsbeschwerde behandelt die Vermarktung von Mineralwasser als besonders calcium- und magnesiumreich.

Die Beschwerde hatte geltend gemacht, das Berufungsgericht habe bei seiner Entscheidung nicht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung „ENERGY & VODKA“⁶⁵ berücksichtigt, wonach für sich gesehen produktunabhängige und sachliche Angaben in deren werblichem Umfeld und ihrem Gesamteindruck zu berücksichtigen sind. Dem ist der Senat entgegengetreten. Das Berufungsgericht habe vielmehr bei seiner tatrichterlichen Würdigung des zu beurteilenden Sachverhalts in Übereinstimmung mit der Senatsrechtsprechung die Einbettung der konkret angegriffenen Aussagen in die insgesamt beanstandeten Werbeauf-

⁶³ [I ZR 71/16](#), a.a.O., juris, Rn. 9.

⁶⁴ Beschluss vom 30. Januar 2017 – [I ZR 257/15](#) –.

⁶⁵ Urteil vom 09. Oktober 2014 – [I ZR 167/12](#) –.

tritte der Beklagten berücksichtigt. Rechtsfehlerfrei sei das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gekommen, dem Durchschnittsverbraucher werde suggeriert, dass die angegebenen Calcium- und Magnesiumwerte nicht in allen Mineralwässern enthalten sind. Er geht deshalb davon aus, dass die Angabe eine besondere Eigenschaft des Wassers bezeichnet.⁶⁶ Rechtsfehlerfrei habe das Berufungsgericht daher die werblichen Aussagen als Angaben i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Health-Claims-VO eingeordnet.

Weiter hatte die Beschwerde geltend gemacht, die Health-Claims-VO werde im Streitfall von der Mineralwasser-Richtlinie verdrängt; letztere sowie die Mineral- und Tafelwasserverordnung enthielten niedrigere Grenzwerte, um ein Produkt als calcium- und magnesiumhaltig bewerben zu können; diese Werte seien für die Beurteilung heranzuziehen, ob das Wasser eine signifikante Menge des Minerals enthalte.⁶⁷ Auch dieser unter dem Gesichtspunkt der Rechtsfortbildung geltend gemachten Rüge ist der Senat nicht gefolgt. Vielmehr hat er in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht angenommen, dass die Mineralwasser-Richtlinie keine speziellen Regelungen zu gesundheitsbezogenen Angaben enthält, die den allgemeinen Bestimmungen vorgehen.⁶⁸

(10) „ARD-Buffer“ (§§ 11a Abs. 1 Satz 2, 16a RStV)

Die kommerzielle Tätigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist Gegenstand der Entscheidung vom 26. Januar 2017⁶⁹ gewesen. Bei den Beklagten dieses Verfahrens handelte es sich um die Landesrundfunkanstalt, welche die Sendung „ARD-Buffer“ produziert, sowie um ihre rechtlich selbständige Tochtergesellschaft zur kommerziellen Vermarktung von Rechten der Rundfunkanstalt. Die Klägerin, ein Zeitschriftenverlag, hatte beanstandet, dass die Landesrundfunkanstalt zu ihrer Sendung „ARD-Buffer“ in Zusammenarbeit mit einem anderen Verlag das Printmagazin

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 4.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 5, 11.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 6.

⁶⁹ Urteil vom 26. Januar 2017 – [I ZR 207/14](#) – (an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt).

„ARD-Buffer – das monatliche Magazin zur erfolgreichen TV-Sendung“ vertreibt. Hierzu räumte die Tochtergesellschaft der Landesrundfunkanstalt dem Verlag das Recht zur Nutzung der Marken u.a. an dieser Sendung ein. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts lagen Chefredaktion und presserechtliche Verantwortung für das Printmagazin bei dem Verlag; der Inhalt der Zeitschrift wurde aber vom Verlag mit der zuständigen Redaktion der Landesrundfunkanstalt abgestimmt.

Der klagende Verlag hatte geltend gemacht, die Beklagten würden durch ihre Mitarbeit an der Zeitschrift gegen die Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrages zu programmbegleitenden Druckerzeugnissen und kommerziellen Tätigkeiten (§§ 11a Abs. 1 Satz 2, 16a RStV) verstoßen; bei diesen Regelungen handele es sich um Marktverhaltensregelungen. Dieser Beurteilung war das Berufungsgericht nicht gefolgt. Es hatte angenommen, bei den fraglichen Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages handele es sich bereits nicht um Marktverhaltensregelungen; jedenfalls seien die Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages durch das beanstandete Verhalten auch nicht verletzt.

Dieses Berufungsurteil hat der I. Zivilsenat aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts könne der Klägerin – ungeachtet des als nicht hinreichend bestimmt angesehenen Hauptantrags – in der Sache ein Unterlassungsanspruch zustehen. In Anlehnung an sein Urteil „Tagesschau-App“⁷⁰, zu § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV stellt der Senat zunächst klar, dass auch die im vorliegenden Rechtsstreit relevante Bestimmung zum Verbot nicht-programmbegleitender Druckwerke öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG darstelle.⁷¹ Aus der Vorschrift ergibt sich das an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gerichtete Verbot, Druckwerke (selbst) anzubieten oder – was dem gleichsteht – (durch Dritte) anbieten zu lassen, wenn es sich dabei nicht

⁷⁰ Urteil vom 30. April 2015 – [I ZR 13/14](#) – zusammengefasst [hier](#).

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 34.

um programmbegleitende Druckwerke mit programmbezogenem Inhalt handelt.⁷² Weiterhin lässt sich § 11a Abs. 1 Satz 2 RStV das an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gerichtete Verbot entnehmen, das Angebot von Druckwerken durch Dritte zu unterstützen, und zwar auch dann, wenn es sich dabei um programmbegleitende Druckwerke mit programmbegleitendem Inhalt handelt. Der Wortlaut gestattet dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk allein das eigene Angebot von Druckwerken.⁷³

Zwar verneinte der Senat, dass die fragliche Zeitschrift von der beklagten Landesrundfunkanstalt oder ihrer Tochtergesellschaft angeboten werde. Dem stehe entgegen, dass die Beklagten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts weder die wirtschaftliche noch die publizistische Verantwortung für die Zeitschrift tragen. Anbieter ist, wer die inhaltliche oder die wirtschaftliche Gesamtverantwortung für die Zeitschrift trägt.⁷⁴ Gleichwohl hat der Senat einen Verstoß gegen § 11a Abs. 1 Satz 2 RStV angenommen. Ein solcher könne auch darin bestehen, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten das Angebot von Druckschriften durch Dritte fördern. Eine solche Förderung sei durch die Beklagten erfolgt, da sie das Printmagazin auf ihrer Internetseite beworben und die geschützten Marken lizenziert hatten.⁷⁵ Dafür hafte neben der öffentlich-rechtlichen Rundfunkgesellschaft auch die rechtlich selbständige Tochtergesellschaft.⁷⁶

Die von den Beklagten aus § 16a Abs. 1 Satz 1 RStV abgeleitete Rechtfertigung für ihre Beteiligung an der fraglichen Zeitschrift hat der I. Zivilsenat verneint. Die Bestimmung des § 16a Abs. 1 Satz 1 RStV, wonach die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio berechtigt sind, kommerzielle Tätigkeiten auszuüben, ist im Hinblick auf die Regelung des § 11a Abs. 1 Satz 2 RStV dahin einschränkend auszulegen, dass sie den öffentlich-rechtlichen

⁷² a.a.O., juris, Rn. 35.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 36.

⁷⁴ a.a.O., juris, Rn. 43, 45.

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 57.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 60.

Rundfunk weder berechtigt, Druckwerke anzubieten oder anbieten zu lassen, wenn es sich dabei nicht um programmbegleitende Druckwerke mit programmbezogenem Inhalt handelt, noch, das Angebot von Druckwerken durch Dritte zu unterstützen. Andernfalls würden die gesetzlichen Grenzen des Angebots des öffentlich-rechtlichen Rundfunks über den Umweg kommerzieller Betätigung umgangen.⁷⁷

(11) „Konsumgetreide“ (§ 3 Abs. 1 SaatG)

Der Bundesgerichtshof befasste sich am 02. März 2017⁷⁸ mit der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung eines Verstoßes gegen das Saatgutverkehrsgesetz. Der einen Agrarhandel betreibende Beklagte hatte sogenanntes Konsumgetreide an einen Landwirt verkauft, der es entgegen seiner Bestimmung zur Aussaat verwandte. Der klagende Verband zur Förderung gewerblicher Interessen hatte in seiner Klage geltend gemacht, der Beklagte habe wettbewerbswidrig gehandelt, da er die nicht bestimmungsgemäße Verwendung des Saatguts durch den Landwirt habe erkennen müssen. Landgericht und Berufungsgericht hatten der Klägerin daher den hiergegen gerichteten Unterlassungsanspruch zuerkannt.

Im Ergebnis hat der I. Zivilsenat diese Entscheidung bestätigt. Der Senat stellt zunächst klar, dass § 3 SaatG eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG darstellt. Die Vorschrift enthält ein öffentlich-rechtliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für das Inverkehrbringen von Saatgut zu gewerblichen Zwecken, das nicht nach den Vorschriften des Saatgutverkehrsgesetzes aufgrund staatlicher Kontrolle als Saatgut anerkannt oder genehmigt worden ist.⁷⁹ Dadurch legt die Regelung ein Absatzverbot für nicht den Vorschriften entsprechendes Saatgut fest. Sie erschöpft sich also nicht in dem Zweck, den Ernteertrag im Interesse der Lebensmittelversorgung zu sichern.⁸⁰

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 41.

⁷⁸ Urteil vom 02. März 2017 – [I ZR 194/15](#) –.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 23.

Im Ergebnis teilt der Bundesgerichtshof die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass der Beklagte durch die Veräußerung an den Landwirt gegen das Verbot des gewerblichen Inverkehrbringens von nicht zertifiziertem Saatgut verstoßen hat. Die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts, welches für seine Beurteilung die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Sortenschutzgesetz herangezogen hatte, teilt der Bundesgerichtshof nicht. Da dem Saatgutverkehrsgesetz der immaterialgüterrechtliche Einschlag fehlt, lassen sich diese Grundsätze jedoch nicht auf die Auslegung der §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a), 3 Abs. 1 SaatG übertragen.⁸¹ Die Entscheidung des Berufungsgerichts hat sich jedoch aus anderen Gründen als richtig erwiesen. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) SaatG ist Saatgut Samen, der zur Erzeugung von Pflanzen bestimmt ist. Bei dem Merkmal „bestimmen“ handelt es sich um ein objektives, durch äußere Umstände feststellbares Tatbestandsmerkmal, wobei die tatsächliche Zweckbestimmung zur Zeit des Vertreibens entscheidend ist. Wenn für denjenigen, der das Saatgut gewerblich in Verkehr bringt, die von seinem Abnehmer später vorgenommene Aussaat des Konsumgetreides aufgrund objektiver Umstände voraussehbar ist, liegt eine „Bestimmung“ zur Aussaat bereits im Zeitpunkt des Inverkehrbringens vor.⁸²

(12) „Aufzeichnungspflicht“ (§ 27 Abs. 1 Nr. 2 SaatG i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 6 SaatAufzV)

Das Urteil vom 27. April 2017⁸³ behandelt die Aufzeichnungspflicht für Saatgut. Die Klägerin hatte die dortige Beklagte wegen einer Verletzung dieser Aufzeichnungspflicht in Anspruch genommen. Die Tätigkeit der Beklagten bestand in der entgeltlichen Aufbereitung von Saatgut, das Landwirte erzeugt haben; für dieses sogenannte Nachbausaatgut waren nach Auffassung der Beklagten die Bestimmungen der Saatgutaufzeichnungsverordnung (SaatAufzV) nicht anwendbar. Die in erster Instanz erfolgreiche Klage hatte das Berufungsgericht abgewiesen. Das Berufungsgericht hat insoweit gemeint, die Beklagte verstoße zwar gegen die Auf-

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 32.

⁸² a.a.O., juris, Rn. 35.

⁸³ Urteil vom 27. April 2017 – [I ZR 215/15](#) –.

zeichnungspflicht; diese treffe auch den gewerblichen Aufbereiter. Die in § 27 Abs. 1 Nr. 2 SaatG i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 6 SaatAufzV vorgesehene Aufzeichnungspflicht stelle aber keine Marktverhaltensregelung dar. Sie diene vielmehr der Erleichterung der behördlichen Überwachung und gewährleiste allein eine möglichst lückenlose Kenntnis des im Feldanbau verwendeten Saatguts.

Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt. Mit dem Berufungsgericht nimmt der I. Zivilsenat zwar einen Verstoß gegen die Aufzeichnungspflicht an. Nach § 27 Abs. 1 Nr. 2 SaatG i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 6 SaatAufzV unterliegt Nachbausaatgut gemäß § 10a Abs. 2 SortG der Pflicht, über Eingänge und Ausgänge von Saatgut Aufzeichnungen zu fertigen. Die lückenlose Kontrolle erfordert die Erstreckung auf zur Bearbeitung überlassenes Nachbausaatgut.⁸⁴ Für die Erfüllung dieser Pflicht muss der Saatgutverarbeiter zumutbare Anstrengungen unternehmen, um die erforderlichen Informationen vom einliefernden Landwirt zu erhalten.⁸⁵ Abweichend vom Berufungsgericht hat der I. Zivilsenat die fragliche Aufzeichnungspflicht aber als Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG eingeordnet.⁸⁶ Der Saatgutverbraucher hat ein Interesse daran, dass die Versorgung mit qualitativ hochwertigem Saatgut durch eine lückenlose Dokumentation des verwendeten Saatguts gewährleistet wird. Dieser Schutzzweck erfasst auch Dritterwerber, weil die Möglichkeit besteht, dass der einliefernde Landwirt – außerhalb der sortenschutzrechtlichen Privilegierung des § 10a Abs. 2 SortG – aufbereitetes Saatgut weiterveräußert. Aufgrund der den Bestimmungen innewohnenden Erkundigungspflicht bestehen Anforderungen an die Art und Weise der Leistungserbringung des Saatgutaufbereiters. Sie regeln mithin sein Marktverhalten.⁸⁷

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 13 f.

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 19, 22.

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 26 f.

(13) „Flugpreisangabe“ (Art. 23 VO (EG) Nr. 1008/2008)

Mit Beschluss ebenfalls vom 27. April 2017⁸⁸ hat der Bundesgerichtshof ein Verfahren zur Preisangabe bei der Buchung von Flügen im Internet ausgesetzt. Das beklagte Flugunternehmen hatte den Preis für einen Flug von Stuttgart nach London ausschließlich in britischen Pfund angegeben. Die klagende Verbraucherzentrale rügte die fehlende Angabe des Preises für den Flug in Euro. Die Beklagte hatte sich damit verteidigt, ihre Wettbewerber in London würden die Preise für vergleichbare Flüge ebenfalls nur in britischen Pfund angeben.

Die in erster Instanz zunächst erfolgreiche Klage blieb in zweiter Instanz erfolglos. Das Berufungsgericht hatte die Auffassung vertreten, Art. 23 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1008/2008 über gemeinsame Vorschriften über die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft regule nur, dass der Endpreis anzugeben sei und nicht, in welcher Währung dies zu geschehen habe. Aus der Begriffsbestimmung „Flugpreise“ in Art. 2 Nr. 18 dieser Verordnung ergebe sich ebenfalls keine Pflicht, den Preis in Euro anzugeben.

Zu diesen Fragen hat der Bundesgerichtshof nunmehr den EuGH zur Klärung angerufen. Er hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 VO (EG) Nr. 1008/2008/EG auszuweisenden Flugpreise für innergemeinschaftliche Flugdienste, soweit sie nicht in Euro ausgedrückt werden, in einer bestimmten Währung anzugeben sind. Hierzu hat der Senat die weitere Frage aufgeworfen, in welcher Landeswährung die in Art. 2 Nr. 18 und Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 VO (EG) Nr. 1008/2008/EG genannten Preise angegeben werden können, wenn ein in einem Mitgliedstaat (hier Deutschland) niedergelassenes Luftfahrtunternehmen gegenüber einem Verbraucher im Internet einen Flugdienst mit Abflugort in einem anderen Mitgliedstaat (hier Vereinigtes Königreich) bewirbt und anbietet.

⁸⁸ Beschluss vom 27. April 2017 – [I ZR 209/15](#) –.

(14) „Uber Black“ (§ 49 Abs. 4 S. 2 PBefG)

In einem weiteren Vorabentscheidungsverfahren des I. Zivilsenats⁸⁹ geht es um die Abgrenzung von Taxen- und Mietwagenverkehr. Die Beklagte bietet von den Niederlanden aus eine Applikation an, über die ein Mietwagen mit Fahrer buchbar ist. Bei Bestellung erhält einerseits direkt der Fahrer den Fahrauftrag; andererseits wird eine E-Mail an den Betreiber des angeschriebenen Mietwagens versendet. Ein Berliner Taxiunternehmer verlangte Unterlassen der Vermittlung von Fahraufträgen mit Hilfe der „Uber App“ für Mietwagenfahrer und -unternehmer. Dem in zweiter Instanz auf entgeltliche Beförderungsfahrten beschränkten Begehren hatte das Berufungsgericht stattgegeben.

Entscheidungserheblich war in dieser Sache § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG, der nach Auffassung des I. Zivilsenats eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG enthält und regelt, dass Mietwagenbetreiber nur Beförderungsaufträge ausführen dürfen, die am Betriebssitz des Unternehmers eingegangen sind.⁹⁰ Die unmittelbare Annahme von Beförderungsaufträgen durch den Fahrer während der Fahrt ist dagegen den Taxen vorbehalten.⁹¹ Die streitige Applikation des Beklagten ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofs damit unvereinbar. Unerheblich ist, von wem der Beförderungsauftrag letztlich erteilt wird. Die Parteien stehen zudem in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis, da die Nutzung der beanstandeten Smartphone-Applikation den Kläger im Absatz seiner Dienstleistungen als Taxifahrer behindern kann.⁹²

Die Vereinbarkeit von § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG mit der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 Abs. 1 AEUV hat der Bundesgerichtshof jedoch als klärungsbedürftig angesehen. Dem Unionsrecht sowie der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs lasse sich nicht mit ausreichender Sicher-

⁸⁹ Beschluss vom 18. Mai 2017 – [I ZR 3/16](#) –.

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁹² a.a.O., juris, Rn. 17.

heit entnehmen, ob die Tätigkeit des Beklagten eine Dienstleistung auf dem Gebiet des Verkehrs darstellt und somit Sonderbestimmungen greifen, Art. 58 AEUV.⁹³ Ungeklärt ist weiter, ob aufgrund des Ziels, die Wettbewerbs- und Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs zu erhalten, ein Verbot der streitigen Dienstleistung nach Art. 16 Abs. 1 Dienstleistungsrichtlinie unter dem Aspekt des Schutzes der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt sein kann.⁹⁴

Der Senat hat dem EuGH u.a. die Frage vorgelegt, ob ein Unternehmen, das in Kooperation mit zur Personenbeförderung zugelassenen Mietwagenunternehmen eine Smartphone-Applikation bereitstellt, über die Nutzer Mietwagen mit Fahrern bestellen können, selbst eine Verkehrsdienstleistung i.S.v. Art. 58 Abs. 1 AEUV und Art. 2 Abs. 2 Buchst. d) der Richtlinie 2006/123/EG erbringt, wenn die Organisationsleistungen dieses Unternehmens eng mit der Beförderungsleistung verbunden sind. Für den Fall, dass der Gerichtshof diese Frage verneinen sollte, hat der Senat die Frage angeschlossen, ob es aufgrund des Ziels, die Wettbewerbs- und Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs zu erhalten, unter dem Aspekt des Schutzes der öffentlichen Ordnung nach Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2006/123/EG bei den gegenwärtigen Verkehrsverhältnissen gerechtfertigt sein kann, eine Dienstleistung der im Streitfall in Rede stehenden Art zu untersagen.

Das bereits anhängige Vorabentscheidungsverfahren vom Handelsgericht Barcelona⁹⁵ hat der I. Zivilsenat berücksichtigt. Er hat jedoch potentiell entscheidungserhebliche Unterschiede in den Sachverhalten gesehen und daher eigene Vorlagefragen formuliert.

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 33.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 40.

⁹⁵ C-434/15 – Asociación Profesional Elite Taxi.

(15) „Werbeprospekt mit Bestellkarte“ (§ 312d Abs. 1 BGB, Art. 246a §§ 1, 3 und 4 EGBGB, Art. 6 Abs. 1 Buchst. h), 8 Abs. 4 Verbraucherrechtlinie)

In einem Verfahren um die Gestaltung der Widerrufsbelehrung eines Werbeprospekts mit Bestellpostkarte hat der I. Zivilsenat dem EuGH Fragen zur Auslegung der Verbraucherrechtlinie vorgelegt.⁹⁶ Die Klägerin hat in diesem Verfahren die Auffassung vertreten, in dem Werbeprospekt der Beklagten seien entgegen § 312d Abs. 1 BGB eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung sowie das Muster-Widerrufsformular nicht beigefügt worden. Demgegenüber hatte die Beklagte die Auffassung vertreten, zu ihren Gunsten greife die Ausnahme für erleichterte Informationspflichten bei begrenzter Darstellungsmöglichkeit aus Art. 246a § 3 Satz 1 Nr. 4 EGBGB ein; der Verweis auf ihre Internetseite reiche aus. Dieser Rechtsauffassung der Beklagten war das Berufungsgericht nicht gefolgt. Seiner Beurteilung nach war der Prospekt der Beklagten nicht als Fernkommunikationsmittel einzuordnen. Es sei mithin objektiv zu bestimmen, ob ausreichend Platz für eine ordnungsgemäße Information der Verbraucher bestehe. Immerhin könne es nicht dem Unternehmer überlassen sein, durch die Gestaltung des Werbeprospekts selbst zu bestimmen, ob die Pflichtinformationen in diesem oder in einem anderen Fernkommunikationsmittel zu erteilen seien.

Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus, das Berufungsgericht habe die Vorschriften der § 312d BGB, Art. 246a §§ 1,3 und 4 EGBGB zutreffend als Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 3a UWG eingeordnet. Der Senat hat sich allerdings außerstande gesehen, selbst eine abschließende Auslegung von Art. 246a § 3 Satz 1 Nr. 4 EGBGB, der auf Art. 6 und Art. 8 der Verbraucherrechtlinie 2011/83/EU (VRR) zurückgeht, vorzunehmen. Der Werbeprospekt der Beklagten solle Verbrauchern mittels der darin enthaltenen Bestellpostkarte den Abschluss einen Fernabsatzvertrages i.S.v. § 312c Abs. 1 BGB und Art. 2 Nr. 7 VRR ermöglichen. Dabei habe die Beklagte die nach Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB und

⁹⁶ Beschluss vom 14. Juni 2017 – [I ZR 54/16](#) –.

Art. 6 Abs. 1 Buchst. h) VRR erforderlichen Informationen über das Widerrufsrecht grundsätzlich unmittelbar in ihrem Prospekt selbst zu erteilen. Für die Entscheidung des Streitfalls komme es aber darauf an, ob sich die Beklagte mit Erfolg auf die erleichterten Informationspflichten bei begrenzter Darstellungsmöglichkeit nach Art. 246a § 3 Satz 1 Nr. 4 EGBGB berufen könne. Dies hätte vorausgesetzt, dass der Fernabsatzvertrag mittels eines Fernkommunikationsmittels geschlossen worden wäre, das nur begrenzten Raum oder begrenzte Zeit für die dem Verbraucher zu erteilenden Informationen bietet; die Beantwortung dieser Frage hing aus Sicht des I. Zivilsenats von der Auslegung von Art. 8 Abs. 4 Satz 1 und Art. 6 Abs. 1 Buchst. h) VRR ab. Bei der Auslegung dieser Bestimmungen sei der Zweck der VRR zu berücksichtigen, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen.⁹⁷ Andererseits sei zu berücksichtigen, dass Art. 16 der EU-Grundrechtecharta die auch die Werbefreiheit umfassende unternehmerische Freiheit gewährleiste. Insoweit vertritt der I. Zivilsenat die Auffassung, die Werbefreiheit werde unverhältnismäßig beschränkt, wenn umfangreiche Informationspflichten stets sofort und unmittelbar zu erfüllen sind.⁹⁸ Weiter gibt der Senat zu bedenken, dass Verbraucher möglicherweise besser geschützt sind, wenn ihnen die Informationen über das Widerrufsrecht innerhalb einer angemessenen Frist nach Abschluss des Fernabsatzvertrages auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden (Art. 8 Abs. 7 Buchst. a) VRR).

Vor dem Hintergrund dieser Überlegung hat der Senat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob es bei der Anwendung von Art. 8 Abs. 4 der VRR für die Frage, ob bei einem Fernkommunikationsmittel für die Darstellung der Informationen nur begrenzter Raum oder begrenzte Zeit zur Verfügung steht, darauf ankommt, ob das Fernkommunikationsmittel (abstrakt) seiner Art nach nur begrenzten Raum oder begrenzte Zeit zur Verfügung stellt oder ob es (konkret) in seiner vom Unternehmer gewählten Gestaltung nur begrenzten Raum oder begrenzte Zeit bietet. Weiter hat der Senat u.a. die

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 23 und Rn. 26.

Frage vorgelegt, ob es mit Art. 8 Abs. 4 und Art. 6 Abs. 1 Buchst. h) VRR vereinbar ist, die Information über das Widerrufsrecht im Fall begrenzter Darstellungsmöglichkeit i.S.v. Art. 8 Abs. 4 VRR auf die Information über das Bestehen eines Widerrufsrechts zu beschränken.

4. Irreführung, § 5 UWG
(entfällt)

5. Vergleichende Werbung
(entfällt)

6. Unzumutbare Belästigung
(entfällt)

7. Rechtsfolgen
(entfällt)

8. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung

a) „Anwaltsabmahnung II“ (Kosten der anwaltlichen Abmahnung)

Mit Urteil vom 06. April 2017⁹⁹ hat der Bundesgerichtshof nochmals über die Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten eines Fachverbands nach § 12 UWG entschieden. Die Klägerin, ein Verband zur Förderung gewerblicher Interessen, hatte einen Taxifahrer abgemahnt, weil er außerhalb von behördlich zugelassenen Stellen einen Fahrauftrag angenommen hatte.

Der Bundesgerichtshof stellt fest, dass die Abmahnung berechtigt war. Bei dem gesetzlich geregelten Verbot, Taxen außerhalb behördlich zugelassener Stellen für Beförderungsaufträge bereitzuhalten, handelt es sich um eine Berufsausübungsregelung, die der Wahrung der Chancengleichheit der Taxiunternehmer beim Wettbewerb um Fahraufträge dient. Es handelt sich um eine Marktverhaltensregelung nach § 3a UWG.¹⁰⁰ Der Anspruch auf Erstattung der für die Abmahnung erforderlichen Aufwendungen nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG war deshalb dem Grunde nach entstanden. Die

⁹⁹ Urteil vom 06. April 2017 – [I ZR 33/16](#) – (an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt).

¹⁰⁰ a.a.O., juris, Rn. 11.

vorgerichtlichen Anwaltskosten waren aber nach der Beurteilung des I. Zivilsenats zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich. Ein Fachverband, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Verfolgung der in seinem Gebiet auftretenden Wettbewerbsverstöße gehört, muss in personeller und sachlicher Hinsicht so ausgestattet sein, dass sich für typische und durchschnittlich schwierige Abmahnungen die Einschaltung eines Rechtsanwalts erübrigt.¹⁰¹ Die Beobachtung und Bewertung des Wettbewerbsverhaltens ist eine dem klagebefugten Verband gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG originär obliegende Aufgabe. Die Klägerin hätte daher als Verband, in dem sich Taxiunternehmen zusammengeschlossen haben, den Wettbewerbsverstoß des Beklagten selbst abmahnen müssen. Die Kosten für eine anwaltliche Abmahnung, mit der typische und durchschnittlich schwer zu verfolgende Wettbewerbsverstöße geltend gemacht werden, sind auch dann nicht erstattungsfähig, wenn ein Fachverband nur ausnahmsweise wettbewerbsrechtliche Ansprüche verfolgt.¹⁰²

b) „Teststreifen zur Blutzuckerkontrolle II“ (Zwischenfeststellungswiderklage)

Die Entscheidung¹⁰³ des Senats vom 01. Juni 2017 zu parallelimportierten Teststreifen für die Blutzuckermessung enthält verschiedene Klarstellungen zu prozessrechtlichen Fragen.

Die Beklagte hatte in diesem Verfahren widerklagend beantragt festzustellen, dass sie nicht gegenüber der Klägerin verpflichtet sei, die streitgegenständlichen Produkte nur nach einem gegebenenfalls ergänzenden Konformitätsbewertungsverfahren in den Verkehr zu bringen. Hilfsweise unter der Bedingung, dass die Klägerin mit ihren Klageanträgen auf Auskunft und Schadensersatzfeststellung scheitere, seien die Beschlussverfügung des Landgerichts als von Anfang an unbegründet aufzuheben und der Klägerin die Kosten des Verfügungs- und Aufhebungsverfahrens aufzuerlegen. Für den Fall, dass diesem Antrag stattgegeben werde, sollte zudem

¹⁰¹ a.a.O., juris, Rn. 14.

¹⁰² a.a.O., juris, Rn. 22.

¹⁰³ Urteil vom 01. Juni 2017 – [I ZR 152/13](#) –.

die Ersatzpflicht der Klägerin für die mit dem Vollzug der Beschlussverfügung entstandenen Schäden festgestellt werden. Aufgrund der bisherigen Senatsrechtsprechung hatte das Berufungsgericht zugunsten der Klägerin entschieden. Die als Zwischenfeststellungswiderklage eingestufte Widerklage der Beklagten hatte es jedoch abgewiesen, da zwischen den Parteien als Hauptklage lediglich ein Auskunfts- und Schadensersatzanspruch anhängig gewesen sei. Das Bestehen des Unterlassungsanspruchs sei dafür nicht vorgreiflich. Dieser Beurteilung ist der I. Zivilsenat gefolgt. Der Senat ergänzt, dass Unterlassungsansprüche, Auskunfts- und Schadensersatzansprüche sowie Ansprüche auf Abmahnkostenersatz nicht in einer Weise voneinander abhängen, die die Erhebung einer Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 Abs. 2 ZPO zulässt.¹⁰⁴ Hinsichtlich des Aufhebungsantrags stellt er klar, dass gegenüber einer nach vorausgegangenem Verfügungsverfahren erhobenen Hauptsacheklage im Wege der Widerklage ein Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung verfolgt werden kann.¹⁰⁵

9. Sonstiges (entfällt)

II. Kartellrecht

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

a) „Häusliche Krankenpflege“ (gesetzliche Krankenkassen als Adressaten des Kartellverbots)

Am 24. Januar 2017¹⁰⁶ entschied der Kartellsenat zur Unternehmens-eigenschaft einer gesetzlichen Krankenkasse im Sinne des Kartellrechts. Die Klägerin, die außerklinische Intensivpflegeleistungen anbietet, hatte der beklagten Kasse eine unzulässige Preisabsprache vorgeworfen,

¹⁰⁴ a.a.O., juris, Rn. 33.

¹⁰⁵ a.a.O., juris, Rn. 36 f.

¹⁰⁶ Urteil vom 24. Januar 2017 – [KZR 63/14](#) –.

indem sie die Stundensätze für die Leistungen der Klägerin mit einer Regionaldirektion besprochen habe. Mit ihrer Klage auf Unterlassen war die Klägerin in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Das Berufungsgericht hatte gemeint, die Beklagte sei als Krankenkasse kein Unternehmen i.S.d. Art. 101 AEUV, da sie keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübe, sondern primär soziale Zwecke verfolge. Hierbei hatte das Berufungsgericht darauf hingewiesen, dass eine einheitliche Bestimmung des Unternehmensbegriffs im Kartell- und im Lauterkeitsrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des EuGH nicht angelegt sei. Die Anwendung des GWB sei zudem wegen § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V gesperrt, da die gesetzlichen Krankenkassen zum Abschluss der hier fraglichen Verträge zur Versorgung mit häuslicher Krankenpflege verpflichtet seien.

Dieser Würdigung des Berufungsgerichts hat sich der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs im Ergebnis angeschlossen. Die Rückausnahme nach § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V von der ausnahmsweise entsprechenden Anwendung der §§ 1 und 33 GWB nach § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V auf Rechtsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten und sonstigen Leistungserbringern hat der Kartellsenat im Streitfall als anwendbar betrachtet. Die Beklagte ist nach § 132a Abs. 2 SGB V gesetzlich verpflichtet, mit der Klägerin Verträge mit Pflegedienstleistungen über die Versorgung mit häuslicher Intensivpflege zu schließen. Streitig ist zwar, ob § 132a Abs. 2 SGB V einen Kontrahierungszwang i.S.v. § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V begründet. Der Kartellsenat verweist insoweit auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, das unter Verweis auf eine gesetzliche Pflicht zum Vertragsschluss die Anwendbarkeit von §§ 19 f. GWB verneint hat. Dieser Würdigung hat sich der Kartellsenat angeschlossen und die Beurteilung auf die danach fehlende Anwendbarkeit von § 1 GWB übertragen; für eine unterschiedliche Behandlung gebe es keine sachlichen Erwägungen.¹⁰⁷

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 24 f.

Der Kartellsenat verweist insoweit auf die Gesetzesmaterialien zur Rückausnahme vom Kartellverbot in § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V. Die Krankenkassen sind in Bezug auf Verträge nach § 132a SGB V nicht frei zu entscheiden, mit wem sie einen Vertrag schließen.¹⁰⁸ Die Spitzenverbände auf Bundesebene geben Rahmenempfehlungen über die einheitliche Versorgung mit häuslicher Krankenpflege ab, § 132 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Nr. 6 SGB V. Dazu zählen auch Vergütungsstrukturen. Damit wird auch diese Regelung von der Anwendung des Kartellrechts ausgenommen, § 69 Abs. 2 Satz 3 SGB V. Aufgrund dieser Systematik kann sich nach der Würdigung des Kartellsenats im Bereich der Verträge mit Pflegediensten über die Versorgung mit häuslicher Intensivpflege nur ein eingeschränkter Geheimwettbewerb entwickeln.¹⁰⁹

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

a) „Kabelkanalanlagen“ (Ausbeutungsmissbrauch, § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB)

Ein weiteres Urteil des Kartellsenats vom 24. Januar 2017¹¹⁰ betrifft die Zurverfügungstellung von Kabelkanalanlagen und den dafür erhobenen Mietpreis durch das beklagte Telekommunikationsunternehmen (Deutsche Telekom AG). Die Klägerin hatte von der Beklagten die Beteiligung an Regionalgesellschaften erworben, in denen das Breitbandkabelgeschäft der Beklagten eingebracht worden war. Das dazugehörige Anlagevermögen der Gesellschaften betraf neben den Netzen aber nicht die Kabelkanalanlagen, in denen die Breitbandkabel lagen. Deren Nutzung regelten die Parteien in einem Mietvertrag, der u.a. die Mitbenutzung der Rohrzüge in den Kabelkanalanlagen vorsah. Die Vergütung war zunächst für drei Jahre i.H.v. 3,41 € pro Meter und Jahr festgeschrieben; nach Ablauf dieses Zeitraums hätte die Beklagte bei gestiegenen Kosten eine begrenzte Erhöhung vornehmen dürfen. Die Mietverträge liefen auf unbestimmte Zeit, wobei der Klägerin ein ordentliches Kündigungsrecht zustand, das für

¹⁰⁸ a.a.O., juris, Rn. 30.

¹⁰⁹ a.a.O., juris, Rn. 31.

¹¹⁰ Urteil vom 24. Januar 2017 – [KZR 2/15](#) –.

die Beklagte nicht vorgesehen war. Als die Klägerin mit Ablauf der dreijährigen Frist, in der die Vergütung festgeschrieben war, um eine Neuverhandlung bat, lehnte die Beklagte eine Absenkung des Entgelts ab. Nach Ansicht der Klägerin hatte sie hierdurch ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht. Die auf Rückzahlung eines Teils der in der Vergangenheit gezahlten Entgelte und auf Feststellung, dass die Klägerin nicht verpflichtet ist, für die Nutzung der Kabelkanalanlagen mehr als einen bestimmten Betrag pro Monat zu zahlen, gerichtete Klage blieb in beiden Instanzen erfolglos. Nach Klageerhebung hatte die Bundesnetzagentur für den der Regulierung nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG) unterliegenden Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung durch die Beklagte die Überlassung eines Viertels eines Kabelkanalrohrs auf 1,44 € pro Meter und Jahr festgelegt; etwa eineinhalb Jahre später legte die Behörde das Entgelt auf 1,08 € pro Meter und Jahr fest. Beide Verfügungen sind nicht bestandskräftig geworden.

Der Kartellsenat hat in dieser Angelegenheit entschieden, dass die auf § 33 Abs. 1 und Abs. 3 i.V.m. § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 GWB gestützten Ansprüche der Klägerin nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneint werden können; er hat daher die Rechtssache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Der Kartellsenat legt insoweit zunächst in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht zugrunde, der für die Bestimmung der Marktmacht relevante Markt sei nicht derjenige für Unternehmensübernahmen, sondern der für die Zurverfügungstellung von Kabelkanalanlagen zur Verlegung von Breitbandkabeln. Darin stimmt der Kartellsenat mit dem Berufungsgericht überein. Hiervon ausgehend hatte das Berufungsgericht gemeint, die Weigerung der Beklagten, den vertraglich vereinbarten Preis zu reduzieren, bedeute keine missbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht. Vielmehr sei die fehlende Bereitschaft sachlich gerechtfertigt. Es hatte in der vereinbarten Miete einen Teil der für den Unternehmenskauf zu erbringenden Gegenleistung gesehen; eine Reduzierung der Mietkosten käme daher einer nachträglichen Herabsetzung des Kaufpreises mindestens nahe. Diese Ansicht teilt der Kartellsenat

nicht. Das Entgelt, das die Bundesnetzagentur für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung und nach Maßgabe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung festgesetzt hat, liege deutlich unter dem vereinbarten Mietpreis. Diese von der Klägerin vorgetragene Vergleichswerte gingen zwar nicht auf eine Vergleichsmarktbetrachtung zurück. Die Abweichung des von einem marktbeherrschenden Unternehmen geforderten Entgelts von demjenigen, das sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergäbe, kann – wie der Kartellsenat darlegt – grundsätzlich auch durch den Verweis darauf dargetan werden, dass das geforderte Entgelt die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für eine vergleichbare Leistung deutlich übersteigt.¹¹¹

Die einzelfallbezogene Interessenabwägung zur Beantwortung der Frage, ob das Festhalten an dem vertraglich vereinbarten und nicht wettbewerbskonformen Entgelt sachlich gerechtfertigt ist, fiel in dieser Sache zugunsten der Klägerin aus. Der Kartellsenat berücksichtigt insoweit mit dem Berufungsgericht, dass die Parteien den Mietvertrag zusammen mit dem Unternehmenskaufvertrag geschlossen haben; Kaufpreis und Entgelt für die Miete könnten zusammenhängen.¹¹² Dennoch war die Klägerin nach der Würdigung des Kartellsenats nicht auf Dauer daran gehindert, eine Anpassung des vertraglich vereinbarten Entgelts mit der Begründung zu fordern, dass sich bei wirksamem Wettbewerb ein geringerer Mietpreis ergeben würde. Das in dem Mietvertrag vereinbarte Kündigungsrecht für die Klägerin zeigt, dass an die bei Abschluss vereinbarten Bedingungen nur so lange festzuhalten ist, wie die Klägerin den vereinbarten Mietpreis beanstandungslos hinnimmt. Die Überprüfung der Miete gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB setzt mithin keine Kündigung durch die Klägerin voraus. War die Beklagte wegen ihrer marktbeherrschenden Stellung Normadressatin des § 19 GWB, wäre sie im Falle einer Kündigung der Klägerin nach §§ 33, 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 4 GWB ohnehin ver-

¹¹¹ a.a.O., juris, Rn. 27.

¹¹² a.a.O., juris, Rn. 32 ff.

pflichtet gewesen, ihr die weitere Mitbenutzung der Kabelkanalanlagen gegen ein angemessenes Entgelt zu gestatten.¹¹³

Der Kartellsenat hat gleichwohl für das wiederzueröffnende Berufungsverfahren für klärungsbedürftig gehalten, ob der Beklagten auf den jeweiligen regionalen Märkten eine beherrschende Stellung zukommt und das geforderte Entgelt überhöht ist. Weiter hatte das Berufungsgericht nach dem Standpunkt seiner Rechtsauffassung keine Feststellungen dazu getroffen, wann genau die Klägerin eine Herabsetzung der Miete verlangt hatte.

b) „VBL-Gegenwert II“ (Konditionenmissbrauch, § 19 Abs. 1 GWB)

Eine dritte Entscheidung¹¹⁴ des Kartellsenats vom 24. Januar 2017 behandelt die auf Kartellrecht gestützte Rückforderung der Zahlung auf eine Gegenwertforderung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL). Diese hatte in ihrer Satzung eine Regelung vorgesehen, wonach ausscheidende Beteiligte einen Gegenwert zur Deckung der aus dem Anstaltsvermögen nach dem Ausscheiden zu erfüllenden Verpflichtungen zahlen müssen. Die Klägerin hielt diese Satzungsregelung für nichtig und beehrte neben der Feststellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch die Verwendung der Satzungsregelung die Erstattung geleisteter Gegenwertzahlungen.

Das Berufungsgericht hatte weder in der ursprünglich geltenden noch in der später geänderten Satzungsregelung einen Rechtsgrund für die als Gegenwert empfangene Leistung gesehen. Beide Regelungen hatten die Klägerin nach Auffassung des Berufungsgerichts unangemessen benachteiligt, da ausscheidende Beteiligte einem erheblichen Prognoserisiko ausgesetzt gewesen seien.

¹¹³ a.a.O., juris, Rn. 41.

¹¹⁴ Urteil vom 24. Januar 2017 – [KZR 47/14](#) – (an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt).

Dem hat sich der Kartellsenat im Ergebnis angeschlossen. Der Senat tritt zunächst der Ansicht der Beklagten entgegen, relevant sei der (gesamte) Markt für private Altersversorgungen; vielmehr legt der Kartellsenat als sachlich relevant den Markt für zusätzliche betriebliche Alters-, Erwerbsminderungs- und Hinterbliebenenversorgung für im öffentlichen Dienst Beschäftigte zugrunde. Im öffentlichen Dienst sind andere Vorgaben maßgeblich als in der Privatwirtschaft.¹¹⁵ Eine weitere Abgrenzung unter dem Gesichtspunkt der Angebotsumstellungsflexibilität wegen der Systemumstellung auf ein kapitalgedecktes Modell lehnte der Kartellsenat ab. In jedem Einzelfall ist sorgfältig zu prüfen, ob das aktuelle Wettbewerbsverhalten des Normadressaten schon im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt tatsächlich durch eine grundsätzlich bestehende Angebotsumstellungsflexibilität von Wettbewerbern kontrolliert wird.¹¹⁶ Eine Beschränkung der Handlungsspielräume der Beklagten im maßgeblichen Zeitraum sei vorliegend aber nicht aufgezeigt oder festgestellt worden.

Die VBL hatte nach der Beurteilung des Kartellsenats zudem eine marktbeherrschende Stellung inne.¹¹⁷ Diese hat die Beklagte durch den Gebrauch der in Streit stehenden Satzungsregelung missbraucht. Die Verwendung von Geschäftsbedingungen, die eine Kündigung der oder den Austritt aus einer Vertragsbeziehung mit dem Normadressaten des § 19 Abs. 1 GWB unangemessen erschweren, bedeutet einen Ausbeutungsmisbrauch in Form eines Konditionenmissbrauchs.¹¹⁸

Die von der Klägerin bereits ab Zahlung im April 2005 geltend gemachten Zinsen hat der Kartellsenat nur eingeschränkt zugesprochen. § 33 Abs. 3 Satz 4 und Satz 5 GWB 2005 ist nicht anwendbar gewesen, da der Kartellrechtsverstoß, der die Rückzahlungspflicht der Beklagten begründet, für den im April 2005 gezahlten Betrag mit dessen Entgegennahme durch die Beklagte vollendet und abgeschlossen gewesen ist. Der Kartellsenat

¹¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 20.

¹¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 25.

¹¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 28 ff.

¹¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 35.

hat allerdings deliktische Zinsen aus § 849 BGB i.V.m. § 246 BGB i.H.v. 4 % p.a. für begründet erachtet.

Seite 41 von 41

3. Zusammenschlusskontrolle
(entfällt)

4. Sonstiges
(entfällt)

5. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung

„Preisspaltung“ (Grundversorgungstarife; §§ 19, 20 GWB)

Im Urteil vom 07. März 2017¹¹⁹ befasst sich der Kartellsenat mit dem Verhältnis von § 36 Abs. 1 EnWG zur kartellrechtlichen Preismissbrauchskontrolle. Nach der Bestimmung in § 36 Abs. 1 EnWG gilt im Bereich der Grundversorgung von Haushaltskunden im Grundsatz eine Gleichpreisigkeit; das Wettbewerbsprinzip findet hier in Anbetracht der Versorgungspflicht des Grundversorgers keine Anwendung. Obwohl der Grundversorger kraft Gesetzes im Rahmen der Grundversorgung als Monopolist einzuordnen ist, steht es einem Energieversorgungsunternehmen auch im Rahmen der Grundversorgung frei, verschiedene – etwa verbrauchsabhängige – Tarife anzubieten. Davon unabhängig ist eine Preisspaltung zwischen Grundversorgungskunden (Tarifkunden) und Sondervertragskunden nach § 36 Abs. 1 EnWG zulässig und kartellrechtlich nicht verboten. Davon unberührt bleibt eine Preismissbrauchskontrolle nach § 29 GWB und §§ 19, 20 GWB.¹²⁰

Karlsruhe, den 22. September 2017

Dr. Peter Rädler

¹¹⁹ Urteil vom 07. März 2017 – [EnZR 56/15](#) –.

¹²⁰ a.a.O., juris, Rn. 25.