

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 2. Halbjahr 2017

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

Dieser Beitrag fasst die im zweiten 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. Januar 2018 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. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung
5. Sonstiges

I. Lauterkeitsrecht

1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

a) „Wettbewerbsbezug“ (Mitbewerber)

Bereits am 26. Januar 2017³ befasste sich der I. Senat mit dem Mitbewerberbegriff. Die Klägerin, Anbieterin geschlossener Immobilienfonds, wehrte sich gegen den Geschäftsauftritt einer auf Kapitalmarktrecht spezialisierten Rechtsanwaltskanzlei. Diese betrieb im Internet eine Domain, deren Name sich aus dem Firmennamen der Klägerin und dem Wort „-schaden“ zusammensetzte. Dort veröffentlichte sie Pressemitteilungen, die die Klägerin betrafen. Die Klägerin verlangte deshalb festzustellen, dass die beklagte Rechtsanwaltskanzlei ihr zum Ersatz des Schadens verpflichtet sei, der ihr aus dem Betrieb der Domain und damit zusammenhängenden Informationen entstanden sei oder noch entstehen würde. Das Berufungsgericht hatte lauterkeitsrechtliche Ansprüche schon deshalb verneint, weil die Klägerin nicht Mitbewerberin der Beklagten sei, § 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Die Parteien böten keine gleichartigen Leistungen an, es fehle jegliches Konkurrenzmoment. Ein unter der Domain abrufbarer Artikel erzeuge zudem keine Wechselbeziehung zwischen den Vorteilen der Beklagten und den Nachteilen der Klägerin im Sinne einer Förderung des eigenen und der Beeinträchtigung des fremden Wettbewerbs.

Dem hat sich der Bundesgerichtshof angeschlossen. Ein Anbieter geschlossener Immobilienfonds und eine auf Kapitalmarktrecht spezialisierte Rechtsanwalts-gesellschaft, die im Internet zum Zwecke der Akquisition anwaltlicher Beratungsmandate Pressemitteilungen zu dem Fondsanbieter veröffentlicht, sind keine Mitbewerber i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Die anwaltliche Tätigkeit der Rechtsanwalts-gesellschaft kann sich grundsätzlich nachteilig auf die Geschäftstätigkeit der Fondsgesellschaft auswirken, wenn potentielle Kunden vom Erwerb der Anlageprodukte abgehalten wer-

³ Urteil vom 26. Januar 2017 – [I ZR 217/15](#) –.

den. Es fehlt jedoch der für die Begründung der Mitbewerbereigenschaft erforderliche wettbewerbliche Bezug zwischen den Unternehmen.⁴ In Anlehnung an frühere Entscheidungen zum wettbewerblichen Bezug zwischen Akteuren unterschiedlicher Marktsegmente stellt der Senat heraus, dass im Streitfall kein anderes Ergebnis in Betracht komme. Die von den Parteien angebotenen Waren und Dienstleistungen seien vollständig ungleichartig, ein wettbewerblicher Bezug bestehe nicht und eine Beeinträchtigung der geschäftlichen Tätigkeit der Klägerin durch die Beklagte reiche nicht aus, um ein Wettbewerbsverhältnis zu begründen.⁵

Ansprüche wegen Kreditgefährdung (§ 824 BGB) sowie eine Verletzung des Unternehmenspersönlichkeitsrechts der Klägerin (§ 823 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) durch die Domainbezeichnung der Beklagten hat der Bundesgerichtshof ebenfalls verneint.

b) „Eigenbetrieb Friedhöfe“ (geschäftliche Handlung)

Am 27. Juli 2017⁶ entschied der Bundesgerichtshof über die Praxis einer Stadt, behördlich veranlasste Bestattungen durch einen „Eigenbetrieb Friedhöfe“ vornehmen zu lassen. Die beklagte Stadt hatte bis zur Einrichtung ihres Eigenbetriebs den klagenden Bestattungsunternehmer beauftragt, bei Todesfällen, bei denen Angehörige nicht oder nicht rechtzeitig für die Bestattung sorgten, die nach § 31 Abs. 2 Bestattungsgesetz Baden-Württemberg (BestattG-BW) veranlasste Bestattung durchzuführen.

Der Kläger hatte geltend gemacht, es sei unlauter, nun den Eigenbetrieb zu beauftragen, ohne Angebote privater Anbieter zu prüfen. Die Beklagte nutze das Wissen über ihr zur Verfügung stehende Informationen zu Sterbefällen, bei denen eine hoheitlich veranlasste Bestattung erfolgen müsse, für eigene Geschäftsinteressen aus. Die Beklagte hatte sich auf den Standpunkt gestellt, sie handele mit der Einschaltung ihres Eigen-

⁴ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 19, 22.

⁶ Urteil vom 27. Juli 2017 – I ZR 162/15 –.

betriebs im Interesse einer sparsamen Wirtschaftsführung und zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Eine öffentliche Ausschreibung sei nicht notwendig. Land- und Berufungsgericht hatten die Klage abgewiesen. Die Übertragung der zur Bestattung notwendigen Dienstleistungen sei keine geschäftliche Handlung, da ein Marktbezug fehle. Es handele sich um eine öffentlich-rechtliche Pflicht, wenn die Beklagte die Bestattung nach § 31 Abs. 2 BestattG-BW veranlasse.

Der Senat hat sich dem im Ergebnis angeschlossen. Der Unterlassungsantrag sei zwar nicht zu weit gefasst und deshalb unbegründet. Es fehle aber insoweit an einer geschäftlichen Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, weshalb die Voraussetzungen des Anspruchs aus §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1 UWG nicht vorliegen.

Bei Tätigkeiten der öffentlichen Hand kommt es für die Frage, ob eine relevante geschäftliche Handlung vorliegt, darauf an, ob hoheitlich oder erwerbswirtschaftlich gehandelt wird. Von Bedeutung ist weiterhin, ob ihre Betätigung aufgrund gesetzlicher Ermächtigung hoheitlich erfolgt. Die Umstände des Einzelfalls sind zu würdigen, wobei die Auswirkungen des Handelns sowie die sachliche Notwendigkeit zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe zu berücksichtigen sind.⁷ In Anlehnung daran ist das Berufungsgericht nach Dafürhalten des Senats zu Recht davon ausgegangen, dass das beanstandete Verhalten der Beklagten einen Bereich betreffe, in dem sie aufgrund gesetzlicher Ermächtigung gemäß § 31 Abs. 2 BestattG-BW hoheitlich tätig werde. Es handele sich um behördlich veranlasste Bestattungen, die nicht von einem Angehörigen, sondern von der Beklagten stets an den Eigenbetrieb übertragen werden. Eine Gemeinde nehme keine geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vor, wenn sie mit Bestattungen, die gemäß § 31 Abs. 2 Alt. 2 BestattG-BW behördlich zu veranlassen sind, weil die bestattungspflichtigen Angehörigen nicht oder

⁷ a.a.O., juris, Rn. 23.

nicht rechtzeitig für die Bestattung sorgen, ausschließlich ihren Eigenbetrieb betraut.⁸

Der Senat erkennt, dass es sich bei der durch die Regelung vorgegebenen Pflicht zur Veranlassung der Bestattung um eine gebundene Entscheidung handelt, wohingegen ein Auswahlermessen bestehe, welcher diese Bestattung ausführe. Daraus ergebe sich jedoch keine andere Beurteilung der wettbewerblichen Bedeutung. Die Beklagte handele weder hinsichtlich der Frage, ob sie tätig wird, noch dabei, wie sie tätig wird, geschäftlich. Mithin ist eine Durchführung durch Private und auf Geheiß der Behörde als hoheitliches Handeln einzustufen, wenn das Unternehmen als verlängerter Arm der Verwaltungsbehörde im Rahmen der Gefahrenabwehr tätig wird.⁹

Schließlich hat der für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat auch einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die hoheitliche Tätigkeit der Beklagten verneint.¹⁰ Das vorliegende hoheitliche Handeln der öffentlichen Hand sei der Geltung des Kartellgesetzes von vornherein entzogen. Zudem sei aber auch nicht erkennbar, dass ein besonderer Markt für Bestattungsdienstleistungen nach § 31 Abs. 2 Alt. 2 BestattG-BW bestehe, auf dem die Beklagte gegenüber der Klägerin märktebeherrschend oder marktstark i.S.v. §§ 18 Abs. 1 oder 20 Abs. 1 GWB tätig sei. Auf dem Nachfragemarkt für Bestattungsdienstleistungen, auf dem der Kläger tätig sei, sei die Beklagte nicht marktbeherrschend.

2. Per-se-Verbote

(entfällt)

⁸ a.a.O., juris, Rn. 32, 36.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 35.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 39.

3. Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen

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

In der Entscheidung vom 14. September 2017¹¹ setzt sich der Senat mit der wettbewerblichen Eigenart transportabler Leuchten auseinander. Die Klägerin produzierte und vertrieb transportable Federschirmleuchten, die der Ausleuchtung von Baustellen sowie Feuerwehr- und Polizeieinsatzorten dienten. Die Beklagte befasste sich mit Baustellentechnik und bot einen Leuchtballon an, der den Produkten der Klägerin ähnelte. Die Parteien standen ehemals in geschäftlicher Beziehung. In einem Zeitraum von sieben Jahren belieferte die Klägerin die Beklagte mit Federschirmleuchten. Das gegenwärtige Angebot eines Ballons betrachtete die Klägerin allerdings als unlautere Nachahmung ihrer Produkte, weshalb sie unter anderem Unterlassen verlangte.

Nach Stattgabe durch das Landgericht hatte das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Das Produkt der Klägerin weise eine durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart auf. Die angebotene Leuchte der Beklagten stelle zwar eine Nachahmung dieses Produkts der Klägerin in Form der nachschaffenden Übernahme dar. Eine Herkunftstäuschung sei jedoch unvermeidbar, da keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestünden, um diese zu verhindern.

Die hiergegen vom Berufungsgericht zugelassene Revision ist im Ergebnis ohne Erfolg geblieben. Dabei legt der Senat zugrunde, das Berufungsgericht könne, soweit es um die Beurteilung des optischen Gesamteindrucks der Leuchte gehe, die wettbewerbliche Eigenart aus eigener Sachkunde beurteilen. Es handele sich um eine Rechtsfrage, die der tatrichterlichen Würdigung unterliegt. Rechtsfehler seien dem Berufungsgericht dabei nicht unterlaufen. Gleiches gelte für die Annahme, das Produkt der Beklagten stelle eine nachschaffende Übernahme und keine identische

¹¹ Urteil vom 14. September 2017 – [I ZR 2/16](#) –.

Nachahmung dar. Auch dieser Aspekt sei nur eingeschränkt überprüfbar. Die Revision konnte auch nicht mit ihrer Ansicht durchdringen, das Berufungsgericht habe den Grundsatz vernachlässigt, wonach zur Beurteilung der Ähnlichkeit auf den Erinnerungseindruck abzustellen sei, bei dem die übereinstimmenden Merkmale stärker hervortreten würden. Der Hinweis auf die Benutzungssituation, in der der Ballon auf einem Stativ montiert sei und daher zumeist von unten wahrgenommen werde, führt zu keiner anderen Beurteilung hinsichtlich der Ähnlichkeit der Leuchten.¹²

Der Senat hat entscheidend darauf abgestellt, das angegriffene Produkt löse zwar eine Herkunftstäuschung aus, da die Vertriebswege der Leuchten ähnlich seien. Die Feststellung der Vermeidbarkeit der Herkunftstäuschung und die Frage nach den zu ergreifenden Maßnahmen, um eine solche zu verhindern, würden jedoch ebenfalls der tatrichterlichen Würdigung im Einzelfall sowie einer umfassenden Interessenabwägung unterliegen. Auch hierbei seien dem Berufungsgericht keine Fehler unterlaufen. Es liege lediglich eine nachschaffende Nachahmung vor. Die Übernahme der Federspannvorrichtung als gemeinfreie, angemessene technische Lösung könne der Beklagten nicht verwehrt werden, da sie durch eine abweichende Gestaltung versucht habe, der Herkunftstäuschung entgegenzuwirken. In der Sache habe das Interesse der Beklagten als Wettbewerberin an der Nutzung einer gemeinfreien technischen Lösung sowie das Interesse der Abnehmer an einem Preis- und Leistungswettbewerb Vorrang gegenüber dem Interesse der Klägerin an der Vermeidung einer Herkunftstäuschung.¹³

b) „Portierungsauftrag“ (§ 4 Nr. 4 UWG, § 4 Nr. 10 UWG a.F.)

Um die Regelung zur Rufnummernmitnahme in § 46 TKG und eine gezielte Behinderung dreht sich die Entscheidung des Senats vom 11. Oktober 2017.¹⁴

¹² a.a.O., juris, Rn. 33 ff.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 42 f.

¹⁴ Urteil vom 11. Oktober 2017 – [I ZR 210/16](#) –.

Gegenstand dieses Verfahrens war der technische Prozess des Anbieterwechsels für Telefonanschlüsse im Festnetz und die mit dem Anbieterwechsel verbundene Rufnummernmitnahme. Für eine Rufnummernmitnahme nach einer Kündigung des Vertrags mit der Klägerin hatte die Beklagte als neuer Anbieter Kündigung und Portierungsauftrag des Kunden an die Klägerin als altem Anbieter weitergeleitet. Nach Eingang der Wechselanzeige rief ein Mitarbeiter der Klägerin den Kunden im Rahmen eines "Kundenrückgewinnungsprogramms" an, um die Kündigung zu verifizieren. Entschloss sich der Kunde vor Ausführung der Portierung, die Kündigung rückgängig zu machen, führte die Klägerin die Portierung nicht durch und informierte den neuen Anbieter hierüber durch eine mit "SON" (Sontiges)-gekennzeichnete Mitteilung. Die Klägerin hatte behauptet, die Beklagte habe nach Erhalt der Nachricht "SON" systematisch Kündigungsmittteilung und Portierungsaufträge erneut an die Klägerin geleitet. Dadurch sei bei ihr der unzutreffende Eindruck entstanden, die Kunden hätten sich zum wiederholten Male zugunsten der Beklagten entschieden. Das Unterlassungsbegehren der Klägerin war vor dem Landgericht erfolgreich gewesen; das Berufungsgericht hingegen hatte die Verurteilung der Beklagten aufgehoben.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts war das Handeln der Beklagten nicht als unlauteres Abfangen von Kunden einzuordnen, weil die Klägerin bereits durch den ersten Portierungsauftrag gebunden gewesen sei und diesen nicht habe zurückweisen können. Nach § 46 Abs. 4 Satz 1 TKG sei sie verpflichtet, die Rufnummernportierung durchzuführen. Der Wille des Kunden, von der Portierung nachträglich Abstand nehmen zu wollen, sei unbeachtlich. Deshalb habe die Klägerin ohnehin einen Anbieterwechsel mit Rufnummernmitnahme vornehmen müssen, so dass weitere Übermittlungen von Kündigungen zwar irreführend wirken konnten. Die Beklagte habe sich hierdurch aber nicht in unangemessener Weise zwischen die Klägerin und den Kunden gedrängt.

Dieser Beurteilung stimmte der Bundesgerichtshof nicht zu. Der Endnutzer könne den Portierungsauftrag, solange er nicht ausgeführt worden sei, gegenüber der Klägerin widerrufen.¹⁵ An dem Portierungsauftrag sei der neue Vertragspartner des Kunden rechtlich nicht beteiligt, auch wenn er faktisch betroffen sei. Es handele sich um einen Werkvertrag zwischen dem abgebenden Netzbetreiber und dem wechselwilligen Kunden. Ob eine Portierung durchzuführen sei, hänge sowohl im Festnetz- als auch im Mobilfunkbereich allein vom Willen des Endnutzers ab.¹⁶

Der Senat hat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Aufgrund der getroffenen Feststellungen komme ein Verstoß der Beklagten gegen das Verbot der gezielten Mitbewerberbehinderung in Betracht. Ein Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen handele nach § 4 Nr. 4 UWG unlauter, wenn er zu seinen Gunsten von Kunden eines Wettbewerbers erteilte, vor Ausführung aber widerrufene Portierungsaufträge in Kenntnis des Widerrufs planmäßig erneut dem Wettbewerber zuleite, so dass der unzutreffende Eindruck entstehe, die Kunden hätten sich zum wiederholten Male zu seinen Gunsten entschieden.¹⁷

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

(1) „Herstellerkennzeichnung“ (§ 6 Abs. 5 S. 1 und 2 ProdSG)

Durch Versäumnisurteil entschied der Bundesgerichtshof am 11. Mai 2017¹⁸ über die Verpflichtung eines Händlers gemäß § 6 Abs. 5 Satz 1 ProdSG, dazu beizutragen, dass nur sichere Verbraucherprodukte auf dem Markt bereitgestellt werden. Die in dritter Instanz säumige Beklagte hatte Kopfhörer in ihrem Online-Shop vertrieben, die keine Herstellerangaben bzw. –kennzeichnung enthielten. Die Klägerin, die ebenfalls solche Produkte vertreibt, hatte dies bei mehreren Testkäufen ermittelt. Das

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 26.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 34.

¹⁸ Versäumnisurteil vom 11. Mai 2017 – [I ZR 59/16](#) –.

begehrte Unterlassen wegen Verstoßes gegen Kontroll- und Eingriffspflichten nach Elektro- und Elektronikgeräte-Stoff-Verordnung sowie nach Produktsicherheitsgesetz hatten Land- und Berufungsgericht als unbegründet erachtet. Die in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ProdSG geregelte Pflicht zur Angabe der Kontaktdaten würde nur den Hersteller, nicht aber den Händler treffen. Die Pflicht aus § 6 Abs. 5 Satz 1 ProdSG betreffe hingegen lediglich sicherheitsrelevante Umstände, zu denen die Angabe der Kontaktanschrift des Herstellers nicht gehöre.

Dieser Beurteilung ist der Senat nicht gefolgt und hat dabei insbesondere auf seine Entscheidung „Motivkontaktlinsen“¹⁹ Bezug genommen. Lediglich zur originären Pflicht zur Herstellerangabe teile er die Ansicht des Berufungsgerichts. Im Übrigen handele es sich auch bei Name und Kontaktanschrift des Herstellers um Angaben, die für die Sicherheit der Verbraucherprodukte von Bedeutung sind.²⁰ Dies ergebe sich aus der Systematik des Produktsicherheitsgesetzes und der Produktsicherheitsrichtlinie. Nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Produktsicherheitsrichtlinie haben die Händler mit der gebotenen Umsicht zur Einhaltung der anwendbaren Sicherheitsanforderungen beizutragen, indem sie vor allem keine Produkte liefern, von denen sie wissen oder hätten davon ausgehen müssen, dass sie diesen Anforderungen nicht genügen.²¹

Die Beklagte habe demnach gegen die ihr obliegende Verpflichtung verstoßen, „dazu beizutragen“, dass nur sichere Verbraucherprodukte auf dem Markt bereitgestellt werden. Sie habe wissen müssen, dass die von ihr auf dem Markt bereitgestellten Kopfhörer wegen der fehlenden Herstellerangaben nicht sicher i.S.v. § 6 Abs. 5 Satz 1 ProdSG waren. Auf das Verschulden kommt es bei Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen aus § 8 UWG nicht an; ein entschuldbarer Rechtsirrtum wäre insofern ohne Belang. § 6 Abs. 5 Satz 1 ProdSG sei als Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG einzuordnen, mit der Gesundheits- und Sicherheitsaspek-

¹⁹ Versäumnisurteil vom 12. Januar 2017 – [I ZR 258/15](#) – [hier](#) zusammengefasst.

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 19.

²¹ a.a.O., juris, Rn. 21.

te von Produkten in unionsrechtskonformer Weise und daher in Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 3 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG geregelt würden.

(2) „Märchensuppe“ (Artt. 8, 9 HCVO)

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18. Mai 2017²² betrifft die Angabe zu einer Trockensuppe, die die Beklagte auf der Umverpackung als „mild gesalzen – voller Geschmack“ anpries. Fraglich war die Vereinbarkeit mit den Vorgaben der Health-Claims-Verordnung Nr. 1924/2006 (HCVO) zu nährwertbezogenen Angaben.

Nach erfolgloser erster Instanz hatte das Berufungsgericht die Beklagte antragsgemäß auf Unterlassen der angegriffenen Aussagen verurteilt. Der Durchschnittsverbraucher könne die Angabe im Sinne von „natriumarm/kochsalzarm“ bzw. als „weniger gesalzen“ auffassen. Ersteres bedeutete einen Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 HCVO, da der vorgeschriebene Grenzwert überschritten werde. Die zweite Deutungsvariante bedeute einen Vergleich nach Art. 9 Abs. 1 Satz 2 HCVO, auch wenn kein Vergleichsprodukt angegeben sei. Diese Vorgaben würden daher ebenfalls nicht eingehalten.

Der Senat hat sich dieser Beurteilung umfänglich angeschlossen. Artt. 8 und 9 HCVO sind Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 3a UWG²³. Beide Deutungsvarianten der Aussage auf der Verpackung bedeuten, dass die Beklagte mit einer nährwertbezogenen Angabe i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 HCVO wirbt. Setzt der Durchschnittsverbraucher „mild gesalzen – voller Geschmack“ mit „natriumarm/kochsalzarm“ gleich, überschreitet das Produkt den im Anhang der HCVO vorgeschriebenen Grenzwert des Natriumgehalts, der einzuhalten wäre, wenn man ein Produkt als „natriumarm/kochsalzarm“ anpreisen möchte. Die Aussage verstößt deshalb ge-

²² Urteil vom 18. Mai 2017 – [I ZR 100/16](#) –.

²³ a.a.O., juris, Rn. 10.

gen Art. 8 Abs. 1 HCVO, da nur solche Angaben zulässig sind, die im Anhang aufgeführt sind und den festgelegten Bedingungen entsprechen.

Versteht der Verbraucher die Aussage im Sinne von „weniger gesalzen“, handelt es sich um eine nährwertbezogene Angabe über einen reduzierten Nährstoffanteil, die den Anforderungen des Art. 9 Abs. 1 Satz 2 HCVO entsprechen muss. Vom Berufungsgericht war im Streitfall unterstellt worden, dass diese Deutungsvariante den Vorgaben des Art. 8 HCVO entsprechen könnte, den hinreichenden Unterschied im Natriumgehalt unterstellt.

Die Beklagte hatte zu ihrer Verteidigung vorgebracht, es liege kein Vergleich im Sinne der Bestimmung vor, weil sie keine Wettbewerbsprodukte erkennbar mache. Dazu stellt der Senat klar, dass eine vergleichende Angabe i.S.v. Art. 9 HCVO nicht mit dem Begriff der vergleichenden Werbung nach Art. 2 Buchst. c) Werberichtlinie gleichbedeutend sei. Es komme auch nicht darauf an, dass die Beklagte kein Vergleichsprodukt nenne. Eine nährwertbezogene Angabe über einen reduzierten Nährstoffanteil stelle auch dann eine vergleichende Angabe i.S.d. Art. 9 HCVO dar, wenn sie auf einen erhöhten oder verminderten Nährstoffgehalt hinweist, ohne Vergleichsprodukte zu benennen. Eine solche Angabe unterliege, selbst wenn sie die in Art. 8 Abs. 1 in Verbindung mit dem Anhang der HCVO genannten Bedingungen einhält, zusätzlich den Anforderungen des Art. 9 Abs. 1 Satz 2 dieser Verordnung.²⁴ Die Ansicht der Revision, wonach eine nach Art. 8 HCVO zulässige Angabe nicht zusätzlich an den Voraussetzungen des Art. 9 der Verordnung zu messen sei, widerspreche dem Schutzzweck der Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus. Der Anhang der HCVO sei insofern nicht abschließend.²⁵

Die nach Art. 9 Abs. 1 Satz 2 HCVO erforderliche Information über den Unterschied in der Menge des Nährstoffs sei so zu erteilen, dass der

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 25.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 30.

Durchschnittsverbraucher sie unschwer zur Kenntnis nehmen kann. Dies erfordere, wenn die Information nicht in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang mit der nährstoffbezogenen Angabe erfolgt, mindestens einen im räumlichen Zusammenhang mit der Angabe angebrachten Hinweis darauf, wo die Zusatzinformation aufgefunden werden kann.²⁶ Im Streitfall erfolgte die erforderliche Pflichtangabe nicht im Zusammenhang mit der Angabe „mild gesalzen – voller Geschmack“ auf der Packungsvorderseite.

(3) „Detox/Detox mit Zitrone“ (Art. 10 Abs. 1 HCVO)

Unzulässige gesundheitsbezogene Angaben i.S.d. HCVO behandelt auch die Entscheidung vom 06. Dezember 2017²⁷. Der Beklagte vertrieb den Kräutertee „Detox“/„Detox mit Zitrone“, deren Bezeichnung der Kläger jeweils für irreführend hielt. Das Berufungsgericht hatte der Unterlassungsklage mit der Begründung stattgegeben, beim Durchschnittsverbraucher werde der Eindruck erweckt, der Verzehr des Tees habe wegen der enthaltenen pflanzlichen Stoffe eine entgiftende Wirkung und führe zur Verbesserung des Gesundheitszustands.

Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision hat der Bundesgerichtshof durch einstimmigen Beschluss (§ 552a ZPO) zurückgewiesen. Der Senat erachtete die Revision wegen der gefestigten Rechtsprechung zu Art. 10 Abs. 1 HCVO als unbegründet.²⁸ Die Bezeichnung „Detox“ für die vom Beklagten vertriebenen Tees stelle eine spezielle gesundheitsbezogene Angabe i.S.v. Art. 10 Abs. 1 HCVO dar und nicht einen bloßen Verweis nach Art. 10 Abs. 3 HCVO. Die Bezeichnung sei auf das gesamte Produkt und nicht nur auf eine Zutat bezogen. Daher habe die Substanz, die die beschriebene Wirkung haben soll, benannt werden müssen.²⁹ Unzulässig sei die Angabe zudem, weil die den Produkten zugeschriebene physiologische Wirkung nicht besteht und sich daher nicht nachweisen

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 34.

²⁷ Beschluss vom 06. Dezember 2017 – [I ZR 167/16](#) –.

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 6.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 14.

lasse.³⁰ Der Verbraucher gehe wegen der gewählten Bezeichnung von einer Entgiftung des Körpers aus.

Der Hinweis auf die Übergangsregelung in Art. 28 Abs. 5 HCVO verfange nicht, da die danach noch zulässigen Angaben nur substanz- und nicht produktbezogen sein dürften.³¹ Die Übergangsvorschrift aus Art. 28 Abs. 2 HCVO ist nicht einschlägig.

(4) „RESCUE-Produkte II“ (Artt. 4 Abs. 3, 28 Abs. 2 HCVO)

Mit Urteil vom 21. September 2017³² hat der I. Zivilsenat das Verfahren beendet, in dem er durch Beschluss vom 12. März 2015³³ dem EuGH Fragen zur Auslegung von Art. 4 und Art. 28 HCVO vorgelegt hatte. Dabei ging es um sogenannte "RESCUE"-Produkte, die die Beklagte in Apotheken vertrieben hatte; die Bewerbung dieser Bachblütenprodukte hatte nach Ansicht der Klägerinnen nicht den Vorgaben aus Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 HCVO für alkoholhaltige Getränke mit Hinweisen auf eine gesundheitsfördernde oder gesundheitlich unbedenkliche Wirkung entsprochen. Sowohl die "ORIGINAL RESCUE TROPFEN" als auch das "RESCUE NIGHT SPRAY" hatte die Beklagte nach eigenen Angaben jedoch bereits vor dem 01. Januar 2005 unter den angegriffenen Bezeichnungen in den Verkehr gebracht. Vor diesem Stichtag waren die Produkte als Arzneimittel vermarktet worden, danach als Lebensmittel.

Der Bundesgerichtshof hatte drei Vorlagenfragen formuliert, mit denen er klären wollte, ob es sich bei den in Streit stehenden Fläschchen um Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Volumenprozent gemäß Art. 4 Abs. 3 HCVO handele, wenn die Dosierungshinweise beachtet würden. Danach sollten jeweils vier Tropfen bzw. zwei Sprühstöße eingenommen werden. Die zweite Frage verhielt sich zu Art. 10 Abs. 3 HCVO und den Vorgaben für allgemeine, nicht spezifische Vorteile. Beide Fragen be-

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 12.

³¹ a.a.O., juris, Rn. 16.

³² Urteil vom 21. September 2017 – [I ZR 29/13](#) –.

³³ Beschluss vom 12. März 2015 – [I ZR 29/13](#) –.

trachtete der EuGH als nicht entscheidungserheblich, da es um die sofortige Unterlassung der geschäftlichen Handlungen gegangen sei; er beantwortete nur die dritte Vorlagenfrage zur Auslegung der Übergangsregelung.³⁴ Art. 28 Abs. 2 Halbsatz 1 HCVO über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel sei dahin auszulegen, dass diese Bestimmung auf ein mit einer Handelsmarke oder einem Markennamen versehenes Lebensmittel anwendbar sei, das vor dem 01. Januar 2005 als Arzneimittel und danach – mit den gleichen materiellen Eigenschaften und unter derselben Handelsmarke oder demselben Markennamen – als Lebensmittel vermarktet worden sei.

Der Senat hat vor diesem Hintergrund das Urteil des Berufungsgerichts in dem Umfang aufgehoben, in dem es zum Nachteil der Beklagten entschieden hat. In der wiedereröffneten Berufungsinstanz wird zu prüfen sein, ob die Änderungen der Darreichungsform zu einer Änderung der Eigenschaften des Produkts geführt haben. Der Senat merkt an, dass das Berufungsgericht unter Umständen einen eigenen Vorlagebeschluss nach Art. 267 Abs. 2 AEUV erwägen oder die Revision zulassen müsse, wenn es davon absehen sollte.

(5) „Kulturchampignons“ (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB; Art. 7 Abs. 1 Buchst. a) LMIV)

Am gleichen Tag³⁵ befasste sich der Senat mit sogenannten Kulturchampignons und die Angabe ihres Ursprungslandes mit „Ursprung: Deutschland“. Die in Rede stehenden Pilze wurden erst im vierten Herstellungsschritt und nach ca. 15 Tagen nach Deutschland transportiert, wo innerhalb von ein bis fünf Tagen die Ernte erfolgte. Das Berufungsgericht hat eine Irreführung über das Ursprungsland für möglich gehalten. Viele Verbraucher wüssten nicht, dass es für pflanzliche Erzeugnisse grenzüberschreitende Produktionsprozesse gebe. Die Beklagte sei jedoch zu der beanstandeten Ursprungsangabe nach Unionsrecht verpflichtet. Als Ur-

³⁴ EuGH Urteil vom 23. November 2016 – [C-177/15](#) –.

³⁵ Beschluss vom 21. September 2017 – [I ZR 74/16](#) –.

sprungsland pflanzlicher Erzeugnisse gelte das Ernteland. Besondere Kennzeichnungspflichten bei grenzüberschreitender Produktion sehe das Unionsrecht allein für Fleisch vor. Die unionsrechtlich angeordnete Irreführung könne der Beklagten lauterkeitsrechtlich nicht zur Last gelegt werden.

Der Bundesgerichtshof hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH Fragen u.a. zur Klärung des Begriffs „Ursprungsland“ in Art. 7 Abs. 1 Buchst. a) der EU-Verordnung Nr. 1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel vorgelegt. Es gehe um die Konkretisierung dieses Begriffs mit Blick auf den inländischen Ursprung von Kulturchampignons, deren wesentliche Produktionsschritte in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union erfolgen und die erst ca. drei Tage vor der Ernte ins Inland verbracht worden sind.³⁶ Weiter sei die Anwendbarkeit des Irreführungsverbots gemäß dieser Verordnung sowie der Richtlinie Nr. 2000/13/EG über die Etikettierung und Aufmachung von Lebensmitteln bei der Angabe des Ursprungslandes zu klären.³⁷ Fraglich sei auch, ob aufklärende Zusätze zu den erforderlichen Angaben des Ursprungslandes und zur Vermeidung einer Irreführung erlaubt sind.³⁸

(6) „Grüne Woche II“ (§ 312d BGB, Art. 246a EGBGB)

Mit Beschluss vom 13. Juli 2017³⁹ hat der Bundesgerichtshof dem EuGH verschiedene Fragen zur Auslegung des Widerrufsrechts bei Geschäften außerhalb von Geschäftsräumen i.S.v. Art. 2 Nr. 9 Verbraucherrechtlicher Richtlinie 2011/83/EG vorgelegt. Die Beklagte des deutschen Ausgangsverfahrens hatte bei Bestellung eines Dampfstaubsaugers auf der Messe "Grüne Woche" einem Kunden keine Widerrufsbelehrung erteilt. Die Klägerin war der Ansicht, es handele sich um den Abschluss eines Kaufvertrags außerhalb von Geschäftsräumen, weshalb der Kunde über sein Widerrufsrecht nach §§ 312g, 355 BGB hätte informiert werden müssen. Dem folg-

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 18 ff; 31 ff.

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 41 ff.

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 45 f.

³⁹ Beschluss vom 13. Juli 2017 – [I ZR 135/16](#) –.

ten Land- und Berufungsgericht nicht und wiesen die Klage auf Unterlassen entsprechender geschäftlicher Handlungen ab. Das Berufungsgericht hatte gemeint, die Beklagte handele nicht außerhalb von Geschäftsräumen. Der Messestand sei vielmehr ein beweglicher Geschäftsraum i.S.v. § 312b Abs. 2 BGB, in dem die Beklagte ihre Tätigkeit für gewöhnlich ausübe. Der Verbraucher habe im Streitfall mit dem Auftreten des Unternehmers rechnen müssen. Es handele sich nicht um das Angebot eines überraschend fachfremden Produkts.

Der Senat hat zu diesen Fragen nunmehr den EuGH zur Klärung angerufen. Zunächst fragt er, ob es sich bei einem Messestand in einer Halle, den ein Unternehmer während einer für wenige Tage im Jahr stattfindenden Messe zum Zweck des Verkaufs seiner Produkte nutzt, um einen unbeweglichen bzw. um einen beweglichen Gewerberaum i.S.v. Art. 2 Nr. 9 Buchst. a) oder b) Verbraucherrechtlinie handelt. Der Bundesgerichtshof selbst geht im Einvernehmen mit dem Berufungsgericht davon aus, dass der Messestand der Beklagten ein beweglicher Gewerberaum sei bzw. sein könne. Weiterhin stelle sich die Frage, nach welchen Kriterien zu beurteilen ist, ob der Unternehmer seine Tätigkeit für gewöhnlich in diesen Gewerberäumen ausübt. Sofern es auf die Sicht des Verbrauchers ankomme, sei zudem klärungsbedürftig, wie die Verbrauchersicht zu bestimmen sei.

(7) „Rückrufsystem“ (Art. 6 Abs. 1 Buchst. c) Verbraucherrechte-RL, Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EGBGB)

Einen ähnlichen Gegenstand hat das mit Beschluss am 05. Oktober 2017⁴⁰ zur Vorlage an den EuGH ausgesetzte Verfahren. Der klagende Verbraucherschutzverband war der Ansicht, die Beklagte informiere die Verbraucher in ihrem Onlineshop entgegen ihrer Pflicht zur Ermöglichung einer effizienten Kommunikation nur unzureichend über ihre Telefon- und Telefaxnummer. Ein angebotener Rückrufservice sei nicht ausreichend,

⁴⁰ Beschluss vom 05. Oktober 2017 – [I ZR 163/16](#) –.

da eine Vielzahl von Schritten erforderlich gewesen sei, um in Kontakt mit der Beklagten treten zu können.

Das Berufungsgericht hatte sich dem Landgericht angeschlossen und die Klage auf Unterlassen abgewiesen. Stelle der Unternehmer ausreichend andere Möglichkeiten zur Verfügung, sei weder die Angabe einer Telefonnummer noch die Angabe einer Telefaxnummer vor der Vertragserklärung des Verbrauchers zwingend erforderlich. Diesen Anforderungen genüge die Beklagte, indem sie mit ihrem Rückrufsystem und den Möglichkeiten, per Chat oder E-Mail mit ihr Kontakt aufzunehmen, dem Verbraucher ausreichende anderweitige Kommunikationsmöglichkeiten einräume.

Der Bundesgerichtshof legte nun dem EuGH Fragen zur Auslegung von Art. 6 Abs. 1 Buchst. c) Verbraucherrechterichtlinie Nr. 2011/83/EU vor. Es sei nicht hinreichend geklärt, unter welchen Voraussetzungen der Unternehmer den Verbraucher vor Abschluss eines Fernabsatzvertrages eine Telefonnummer, eine Telefaxnummer oder eine E-Mail-Adresse zur Kontaktaufnahme nennen muss.⁴¹ Nach Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EGBGB besteht stets die Pflicht, eine Telefonnummer anzugeben. Die erste Vorlagenfrage zielt auf die Vereinbarkeit dieser deutschen Umsetzungsregelung mit der Verbraucherrechterichtlinie ab.⁴²

Daneben sei fraglich, welche Bedeutung der Einschub „gegebenenfalls“ in Art. 6 Abs. 1 Buchst. c) Verbraucherrechterichtlinie hat. Sind lediglich vorhandene Kommunikationsmittel anzugeben oder müssen Zugänge eröffnet werden, wenn diese noch nicht verfügbar sind? Damit hängt auch die Frage zusammen, ob Kommunikationsmittel nur dann vorhanden sind, wenn sie auch für die Kommunikation mit dem Verbraucher genutzt werden.⁴³

41 a.a.O., juris, Rn. 12.

42 a.a.O., juris, Rn. 14 ff.

43 a.a.O., juris, Rn. 17 ff.

Der Senat hat weiter die Frage vorgelegt, ob weitere, in Art. 6 Abs. 1 Buchst. c) Verbraucherrechtlich nicht aufgeführte Kommunikationsmittel einsetzbar sind, um eine schnelle Kontaktaufnahme zu ermöglichen.⁴⁴ Im Streitfall bot die Beklagte einen Chat sowie einen Rückrufservice an. Dem Sinn und Zweck nach sieht der Bundesgerichtshof selbst die in der Regelung aufgeführten Kommunikationsmittel nicht als abschließend an, wengleich sie nicht mit dem Zusatz „beispielsweise“ oder ähnlichem dargestellt sind.

Endlich geht es dem Senat um die Maßstäbe für Klarheit und Verständlichkeit der vom Unternehmer an den Verbraucher zu gebenden Informationen. Die letzte Vorlagefrage soll klären, welchen Anforderungen die vom Unternehmer zu erteilenden Informationen über die Kontaktmöglichkeiten genügen müssen, um das unionsrechtliche Transparenzgebot der Klarheit und Verständlichkeit bei einem über das Internet abgeschlossenen Fernabsatzgeschäft gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. c) Verbraucherrechtlich zu erfüllen.⁴⁵

(8) „Tabakwerbung im Internet“ (§ 21a Abs. 4 VTabakG; § 19 Abs. 3 TabakerzG)

Am 05. Oktober 2017⁴⁶ entschied der Bundesgerichtshof über die Gestaltung der Webpräsenz eines Tabakherstellers. Die Beklagte hatte auf ihrer Startseite eine Abbildung von vier Personen in Partykleidung beim Tabakkonsum gezeigt. Nach einer informellen Beanstandung durch den Kläger hatte sie das Bild zwar entfernt, sich aber nach einer Abmahnung durch den Kläger geweigert, eine Unterlassungserklärung abzugeben. Das Berufungsgericht hatte die antragsgemäße Verurteilung der Beklagten durch das Landgericht bestätigt. Die beanstandete Abbildung verstoße gegen das Werbeverbot für Tabakerzeugnisse gemäß § 21a Abs. 4 VTabakG, da sie mindestens indirekt zum Kauf anregen solle. Durch ihre Webpräsenz habe die Beklagte in einem „Dienste der Informationsgesellschaft“ im

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 23 ff.

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 30.

Sinne dieser Bestimmung geworben. Die Entgeltlichkeit der Online-Dienstleistung im engeren Sinn sei nicht entscheidend.

Der Senat teilt die Einschätzung des Berufungsgerichts zum Merkmal eines „Dienstes der Informationsgesellschaft“. Vorab stellt er fest, dass das Vorläufige Tabakgesetz mit Wirkung vom 20. Mai 2016 durch das Tabakerzeugnisgesetz ersetzt worden ist; inhaltliche Änderungen hätten sich dadurch nicht ergeben. Gleiches gelte für die Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 15. Dezember 2015 mit Blick auf § 3a UWG.

Das Werbeverbot für Tabakerzeugnisse in Diensten der Informationsgesellschaft gemäß § 21a Abs. 4 VTabakG stelle eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG dar. Dies gelte auch für die bestimmte Formen der Tabakwerbung erfassenden Verbote des § 22 Abs. 2 VTabakG.⁴⁷ Die beanstandete Abbildung auf der Internetseite der Beklagten sei als Werbung i.S.v. § 21a Abs. 4 VTabakG einzuordnen. Von ihr gehe eine indirekte Werbewirkung aus.

Die Revision hat dem Bundesgerichtshof Gelegenheit gegeben, sich ausführlich mit dem Begriff „Dienste der Informationsgesellschaft“ und seinem unionsrechtlichen Hintergrund auseinanderzusetzen. Die Revision hatte insbesondere gerügt, für die Einordnung als Dienst der Informationsgesellschaft fehle es an der notwendigen Entgeltlichkeit. Der Begriff „Dienste der Informationsgesellschaft“ gemäß Art. 2 Buchst. d) der Richtlinie 2003/33/EG über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen sei im Einklang mit dem identischen Begriff in der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr auszulegen; gemäß Erwägungsgrund 17 dieser Richtlinie umfasse die Definition nur Dienstleistungen, die „in der Regel gegen Entgelt“ erbracht würden. Zu-

⁴⁶ Urteil vom 05. Oktober 2017 – [I ZR 117/16](#) –.

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 16.

dem, so die Revision, komme der Nutzen der Dienstleistung, also der Werbung, nicht dem Empfänger zugute, sondern dem Werbenden.

Diesen Revisionsrügen hat sich der Bundesgerichtshof nicht angeschlossen. Nach der neueren Rechtsprechung des EuGH sei nicht der überwiegenden Meinung im deutschen Schrifttum zu folgen, die Bedeutung der Beschränkung des Dienstleistungsbegriffs auf „in der Regel“ entgeltliche Leistungen bestehe darin, auch Leistungen zu erfassen, die zwar typischerweise gegen Entgelt, gelegentlich aber auch – etwa aus Gefälligkeit – unentgeltlich erbracht würden. Der Senat entnimmt der Entscheidung des EuGH in der Sache „Luc Vanderborght“⁴⁸, dass die Webseite eines Unternehmens, auf der für dessen Produkte oder Dienstleistungen geworben werde, eine Dienstinformationsgesellschaft im Sinne der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr darstelle, auch wenn der Werbeadressat für den Aufruf dieser Internetseite in der Regel kein Entgelt zahle und die Werbeleistung auch von keinem Dritten vergütet werde.⁴⁹ Die beanstandete Startseite des Internetauftritts der Beklagten sei deshalb eine vom unionsrechtlichen Begriff der Dienstleistung erfasste kommerzielle Kommunikation und damit ein Dienst der Informationsgesellschaft.

Ein Verstoß gegen § 22 Abs. 1 Buchst. c) VTabakG, der jede Darstellung verbietet, die das Inhalieren nachahmenswert erscheinen lässt, könne jedoch nicht angenommen werden. Ein inhalierender Raucher sei auf der Abbildung nicht festzustellen; Inhalieren meine das Einatmen des Rauchs in die Lunge.

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 04. Mai 2017 – [C-339/15](#) –.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 28.

(9) „Großhandelszuschläge“ (§ 78 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AMG; § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a) HWG; §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 2 AMPPreisV)

Die Entscheidung vom 05. Oktober 2017⁵⁰ betrifft die Frage, inwiefern der pharmazeutische Großhandel in seiner Preisgestaltung durch § 2 AMPPreisV gebunden ist.

Die Beklagte warb mit der Gewährung von Rabatten und Skonti bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln an Apotheken. Die Klägerin sah in dem Verhalten einen Verstoß gegen arzneimittelpreisrechtliche Vorgaben aus § 78 Abs. 1 AMG, §§ 1, 2 AMPPreisV sowie Heilmittelwerberecht und beehrte Unterlassen. § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV bestimmt, dass bei der Abgabe von Fertigarzneimitteln durch den Großhandel an Apotheken auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers höchstens ein Zuschlag von 3,15 % (höchstens jedoch 37,80 €) zuzüglich eines Festzuschlags von 70 Cent erhoben werden darf. Im Streitfall war unstrittig, dass die gewährten Rabatte und Skonti über dem Höchstzuschlag von 3,15 % des Abgabepreises des pharmazeutischen Unternehmers hinausgingen. Streit bestand im Wesentlichen darüber, ob der vorgesehene Festzuschlag i.H.v. 70 Cent stets zu erheben sei. Bei einem Verzicht auf den Festzuschlag i.H.v. 70 Cent lag der rechnerische Rabatt der Beklagten unterhalb des Höchstzuschlags von 3,15 %. Die Klägerin hatte beantragt, dass der Beklagten verboten werden soll, Rabatte und Skonti zu gewähren, die zu einer Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln an Apotheken ohne den in § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV vorgesehenen und nach Ansicht der Klägerin zwingend zu erhebenden Festzuschlag von 70 Cent führen. Das Berufungsgericht hatte die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Der Großhandel habe den Festzuschlag von 70 Cent stets zu erheben; die von der Beklagten gewährten Rabatte stünden hiermit nicht in Einklang.

⁵⁰ Urteil vom 05. Oktober 2017 – [I ZR 172/16](#) –.

Dem ist der Senat nicht gefolgt. Nach der Beurteilung des Bundesgerichtshofs ist § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV keine Vorgabe zu entnehmen, den Festzuschlag i.H.v. 70 Cent stets zu erheben. Der gesetzgeberische Wille zeige, dass die Arzneimittelgroßhändler für die bedarfsgerechte und kontinuierliche Belieferung der mit ihnen in Geschäftsbeziehung stehenden Apotheken angemessen und ausreichend vergütet werden sollen.⁵¹ Die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV lege für den pharmazeutischen Großhandel bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln an Apotheken mit den dort vorgesehenen Großhandelszuschlägen lediglich eine Preisobergrenze fest. Der Großhandel sei danach nicht verpflichtet, einen Mindestpreis zu beanspruchen, der der Summe aus dem Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers, der Umsatzsteuer und einem Festzuschlag von 70 Cent entspricht. Er könne deshalb nicht nur auf den in § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV genannten preisabhängigen, bis zur Höchstgrenze von 3,15 % veränderlichen Zuschlag, sondern auch auf den darin erwähnten Festzuschlag von 70 Cent ganz oder teilweise verzichten.⁵² Die Regelung zähle enumerativ zulässige Zuschläge auf, ohne gleichzeitig vorzugeben, dass diese Zuschläge stets zu erheben sind.⁵³

Der Senat stellt zudem eingangs klar, dass die Klage nicht rechtsmissbräuchlich nach § 8 Abs. 4 UWG sei. Nur weil die angegriffene Praxis auch von anderen pharmazeutischen Großhändlern bei der Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheken so gehandhabt werde, müsse die Klägerin nicht gegen alle gleichzeitig vorgehen.⁵⁴

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 38.

⁵² a.a.O., juris, Rn. 23, 29, 39.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 31.

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 15.

4. Irreführung (§ 5 UWG)

a) „Preisportal“ (Vorenthalten wesentlicher Informationen)

Bereits am 27. April 2017⁵⁵ entschied der I. Senat zu einem Vergleichsportaal von Bestattungsdienstleistungen und der Pflicht des Anbieters, über Provisionsvereinbarungen zu informieren. Die beklagte Betreiberin hatte in ihrem Preisvergleich lediglich Anbieter berücksichtigt, die sich für den Fall eines Vertragsschlusses zur Zahlung einer Provision i.H.v. ca. 15 % bereit erklärten. Einen Hinweis auf diese Vorgabe erteilte die Beklagte nur in ihrem Geschäftskundenbereich. Der Kläger hatte das Preisportal als irreführend beanstandet und hierzu ausgeführt, bei der Provisionspflicht handele es sich um eine wesentliche Information i.S.v. § 5a Abs. 2 UWG. Nach Klagestattgabe durch das Landgericht hatte das Berufungsgericht das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Nach seiner Beurteilung hatte die Provisionsvereinbarung kein erhebliches Gewicht für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers.

Nach dem Dafürhalten des I. Zivilsenats hat das Berufungsgericht hierdurch die Bedeutung und Funktion eines Preisvergleichsportaals unzutreffend beurteilt. Die unterlassene Information über die Provisionspflicht der im Preisvergleich der Beklagten berücksichtigten Anbieter ist nach Ansicht des Senats als wesentlich einzustufen.⁵⁶ Sie ist für den Verbraucher von erheblichem Interesse, weil sie andernfalls nicht der bestehenden Erwartung entspricht, der Preisvergleich umfasse weitgehend das im Internet verfügbare Marktumfeld und nicht nur eine gegenüber der Beklagten vertraglich gebundene Auswahl von Anbietern. Die Information über die Provisionspflicht der Anbieter sei auch deshalb von erheblichem Interesse für den Verbraucher, weil die Möglichkeit bestehe, dass sie sich auf die Höhe der im Preisvergleichsportaal aufgeführten Angebotspreise auswirke.⁵⁷ Wenn dem Verbraucher bekannt sei, dass lediglich die zur Zahlung einer Provision bereiten und verpflichteten Anbieter einbezogen sind, könne er

⁵⁵ Urteil vom 27. April 2017 – [I ZR 55/16](#) –.

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 20 ff.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 23.

die beschränkte Aussagekraft angemessen beurteilen und gegebenenfalls weitere Preisinformationen einholen.

Im Anschluss an seine Entscheidung „Geschäftsführerhaftung“⁵⁸ führt der Senat aus, der Geschäftsführer der Beklagten sei für den Wettbewerbsverstoß auch persönlich verantwortlich. Die Gestaltung des Preisvergleichsportals und die Festlegung der Regeln, nach denen Anbieter in den Preisvergleich aufgenommen werden, sei eine typischerweise der Geschäftsführung obliegende Entscheidung.⁵⁹

b) „Reisewerte“ (irreführende Angaben über wesentliche Merkmale einer Dienstleistung)

In zwei weitgehend gleichlautenden Entscheidungen⁶⁰ vom 04. Mai 2017 befasste sich der Bundesgerichtshof mit einem Reisewertbonusprogramm und den dabei erworbenen Reisewerten, die bei Buchung auf das Entgelt gebuchter Reiseleistungen anrechenbar waren. In Streit standen die Regelung der Verjährung dieser Reisewerte und eine damit verbundene mögliche Irreführung von Verbrauchern. In einem Informationsschreiben hatte die Beklagte einer Kundin mitgeteilt, dass der mit den Reisewerten verbundene Anspruch auf Anrechnung der Werte auf den Reisepreis nach § 195 BGB innerhalb von drei Jahren verjähren würde. Beginnen würde die Frist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Reisewert erworben worden sei, § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

Die klagende Verbraucherzentrale hatte den Hinweis auf die Verfallklausel in diesem Schreiben als irreführend gewertet. Die Ansprüche würden nicht den Angaben entsprechend verjähren, eine derartige Information sei daher zu unterlassen. Dieser Beurteilung waren die Vorinstanzen gefolgt. Nach Auffassung des Berufungsgerichts begann die Verjährung erst mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch aus den Reiseleistungen geltend gemacht werde. Es handele sich um einen verhaltenen Anspruch,

⁵⁸ Urteil vom 18. Juni 2014 – [I ZR 242/12](#) –.

⁵⁹ Urteil vom 27. April 2017, a.a.O., juris, Rn. 30.

⁶⁰ Urteile vom 04. Mai 2017 – [I ZR 113/16](#) – [I ZR 114/16](#) –.

auf den die Verjährungsregelungen von Leihe, Hinterlegung und Verwahrung aus §§ 604 Abs. 5, 695 Satz 2, 696 Satz 3 BGB entsprechend anzuwenden seien. Der Schuldner dürfe die Leistung erst erbringen, wenn der Gläubiger sie verlange.

Der I. Zivilsenat hat sich dieser Beurteilung nur im Ergebnis angeschlossen. Zwar handele es sich nicht um einen verhaltenen Anspruch. Der Anspruch auf Einlösung von Reisewerten sei vielmehr als ein aufschiebend bedingter Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit einzuordnen, der mit Eintritt der Bedingung, dem Einlösungsbegehren, entstehe.⁶¹ Da ein Auseinanderfallen von Entstehung des Anspruchs und Leistungsbegehren nicht vorliege, könne keine Einordnung als verhaltener Anspruch erfolgen. Die Verjährung beurteile sich deshalb nach den allgemeinen Vorschriften, §§ 195, 199 BGB. Als aufschiebend bedingter Anspruch entstehe der Anspruch auf Einlösung von Reisewerten erst mit dem Eintritt der Bedingung; dies gelte auch für – wie vorliegend – Potestativbedingungen. Ein früherer Verjährungsbeginn könne auch nicht aus § 257 Satz 1 BGB abgeleitet werden. Die Verbindlichkeit, von der freizustellen ist, entstehe vorliegend erst mit der konkreten Reisebuchung und der darauf bezogenen Geltendmachung des Anspruchs auf Einlösung von Reisewerten.⁶² Daher habe das Berufungsgericht zutreffend das beanstandete Schreiben als irreführende geschäftliche Handlung angesehen.

c) „19 % MwSt. GESCHENKT“ (Vorenthalten wesentlicher Informationen)

Das Urteil vom 27. Juli 2017⁶³ behandelt die Gestaltung einer Printwerbung eines Möbelhauses. Dieses führte die von einer Werbeaktion ausgenommenen Produkte nicht in der Anzeige selbst an. In den Hinweisen, die sich im kleingedruckten Text am Seitenrand befanden, war vielmehr auf eine Internetseite verwiesen, die eine Vielzahl an Produkten und Produktgruppen als von der Aktion ausgenommen auflistete. Nach Ansicht des

⁶¹ Urteil [I ZR 113/16](#), a.a.O., juris, Rn. 26 f.

⁶² a.a.O., juris, Rn. 34.

⁶³ Urteil vom 27. Juli 2017 – [I ZR 153/16](#) – (an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt).

klagenden Verbraucherschutzvereins hätten zur Vermeidung einer Irreführung die von der Rabattierung ausgenommenen Waren in der Anzeige aufgeführt werden müssen. Land- und Berufungsgericht hatten die Beklagte zur Unterlassung verurteilt. Das Berufungsgericht hatte gemeint, ein Medienbruch durch Verweis auf die Internetseite sei unzulässig, da es drucktechnisch möglich gewesen sei, auch die ausgenommenen Waren in der Erläuterung zum Sternchenhinweis darzustellen.

Die gegen das Berufungsurteil gerichtete Revision hat der Bundesgerichtshof zurückgewiesen. Der Senat stellt zunächst heraus, dass wegen der Änderung des UWG vom Dezember 2015, die während des Verfahrens in Kraft getreten sei, die Gestaltung der Werbung an § 4 Abs. 4 UWG a.F. und an § 5a Abs. 2 UWG zu messen sei. Beiden Regelungen werde die Werbemaßnahme aber nicht gerecht.

§ 4 Nr. 4 UWG a.F. sei im Hinblick auf Art. 7 Abs. 3 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG auszulegen; danach seien, wenn das für die Geschäftspraxis verwendete Kommunikationsmittel räumliche oder zeitliche Beschränkungen auferlege, bei der Entscheidung darüber, ob Informationen vorenthalten wurden, diese Beschränkungen sowie alle Maßnahmen zu berücksichtigen, die der Gewerbetreibende getroffen hat, um den Verbrauchern die Informationen anderweitig zur Verfügung zu stellen. Hieran gemessen sei die Anzeige der Beklagten aber nicht als räumlich oder zeitlich beschränkt zu werten. Die Grundsätze zur Zulässigkeit eines Verweises auf weitere Informationen im Internet seien nicht anwendbar.⁶⁴ Der Senat teilt insofern die Ansicht des Berufungsgerichts, wonach Printmedien nicht denselben räumlichen und zeitlichen Beschränkungen unterliegen wie eine Fernsehwerbung.⁶⁵ Die streitgegenständliche Anzeige habe aufgrund ihrer Größe und Gestaltung zudem erwarten lassen, dass die ausgenommenen Waren aufgelistet seien. Die Entscheidung "Schlaf-

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 18, 25.

⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 20.

zimmer komplett"⁶⁶, die sich mit der Frage befasste, ob klarstellende Erläuterungen zu einem Angebot ausreichen, wenn der Hinweis darauf nicht an der blickfangmäßigen Ausgestaltung teilnimmt, führe im Streitfall zu keiner anderen Beurteilung. Denn hier seien die Angaben in der Anzeige gar nicht enthalten gewesen.

Auch gemessen an § 5a Abs. 2 UWG sei die fragliche Anzeige unlauter; die Beklagte habe den umworbenen Verbrauchern wesentliche Informationen vorenthalten, da räumliche oder zeitliche Beschränkungen i.S.v. § 5a Abs. 5 Nr. 1 UWG in der Anzeige nicht vorlagen. Auf Maßnahmen, die der Gewerbetreibende getroffen hat, um den Verbrauchern die Informationen anderweitig zur Verfügung zu stellen, komme es danach nur an, wenn das Kommunikationsmedium räumliche oder zeitliche Beschränkungen für die erforderlichen Angaben aufweist.⁶⁷ Aus Art. 6 Buchst. c) Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr und § 6 Abs. 1 Nr. 3 TMG ergebe sich für den elektronischen Geschäftsverkehr die Vorgabe, Bedingungen für die Inanspruchnahme von Verkaufsförderungsmaßnahmen leicht zugänglich, klar und unzweideutig darzustellen. Nichts anderes könne für den nichtelektronischen Geschäftsverkehr gelten. Zu den Bedingungen der Inanspruchnahme gehöre bei Preisnachlässen die Angabe, welche Waren oder Warengruppen mit welchen Preisnachlässen erworben werden können.⁶⁸ Diese sind in dem ursprünglich verwendeten Kommunikationsmedium bereitzustellen. Nur wenn es unter Berücksichtigung der Eigenart der Verkaufsförderungsmaßnahme und der Beschränkungen des verwendeten Kommunikationsmediums unmöglich sei, sämtliche wesentlichen Informationen zu der in Rede stehenden Aktion in diesem Kommunikationsmedium bereitzustellen, dürfe für weitere Informationen auf die Webseite des Unternehmens verwiesen werden.⁶⁹

⁶⁶ Urteil vom 18. Dezember 2014 – [I ZR 129/13](#) – [hier](#) zusammengefasst.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 29.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 30.

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 33.

e) „Komplettküchen“ (Vorenthalten wesentlicher Informationen)

Bereits einige Monate zuvor hatte sich der Senat mit einem ähnlichen Sachverhalt zu befassen. Am 02. März 2017⁷⁰ entschied er über die Gestaltung einer Werbung für Komplettküchen. Der klagende Verein zur Wahrung gewerblicher Interessen hatte die Werbung als irreführend beanstandet, da für die aufgeführten Geräte keine Angaben zu Typen- und Markenbezeichnungen enthalten waren; dies stelle ein Vorenthalten wesentlicher Informationen dar. Die auf Unterlassung gerichtete Klage war in beiden Instanzen erfolgreich gewesen. Das Berufungsgericht hatte gemeint, die streitgegenständlichen Werbeangebote seien keine bloße Aufmerksamkeitswerbung, sondern ein Angebot nach § 5a Abs. 3 UWG. Das Prospekt sei so gestaltet gewesen, dass die Verbraucher die abgebildeten Küchen unmittelbar wie beworben hätten kaufen können. Deshalb seien die fehlenden Angaben als wesentliche Merkmale mitzuteilen. Es handele sich um entscheidende Produktmerkmale, deren Kenntnis für eine informierte geschäftliche Entscheidung notwendig sei.

Dieser Beurteilung hat sich der Bundesgerichtshof angeschlossen. Damit blieb die Revision mit ihrer Rüge unbegründet, § 5a Abs. 3 UWG sei nicht anwendbar, da sich der Verbraucher aufgrund der Informationen in der streitgegenständlichen Anzeige nicht für einen Kauf entschließen könne. Dieser Ansicht ist der Bundesgerichtshof entgegengetreten und hat ausgeführt, es sei kein Produkt betroffen, das in unterschiedlichen Ausführungen erhältlich ist. Bei Komplettküchen, die – da sie nicht frei geplant werden können – als "all-inclusive-Angebote" zu einem günstigen Festpreis angeboten werden, könne die Entscheidung über den Kauf ohne vorhergehende Beratung oder Planung durch einen Verkäufer und ohne Kenntnis sämtlicher Details des Angebots getroffen werden.⁷¹ Die Marken der umfassten Elektrogeräte sowie die Typenbezeichnungen der gezeigten Geräte seien dabei wesentliche Merkmale dieser Küchen. Das Vorenthalten wesentlicher Informationen sei zwar nicht mehr per se geeignet, den

⁷⁰ Urteil vom 02. März 2017 – [I ZR 41/16](#) –.

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 21.

Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. An der bisherigen Rechtsprechung, wonach eine spürbare Irreführung durch Unterlassen ohne Weiteres vorliege, wenn dem Verbraucher Informationen vorenthalten werden, die das Unionsrecht als wesentlich einstuft, könne unter der Geltung des mit Wirkung vom 20. Dezember 2015 geänderten § 5a Abs. 2 UWG nicht festgehalten werden.⁷² Die in § 5a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 UWG enthaltenen zusätzlichen Tatbestandsmerkmale, wonach der Verbraucher die zusätzlichen Informationen "je nach dem Umständen benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen" und "deren Vorhalten geeignet ist, den Verbraucher zu einer Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte", seien nunmehr selbständig zu prüfen.

Der Verbraucher wird danach eine wesentliche Information regelmäßig und insbesondere dann für eine informierte Kaufentscheidung benötigen, wenn die Information wesentliche Merkmale der Ware oder Dienstleistung i.S.v. § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG betrifft. Behauptet der Unternehmer das Gegenteil, trifft ihn insoweit eine sekundäre Darlegungslast.⁷³ Liegen im konkreten Fall keine besonderen Umstände vor, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass das Vorenthalten einer wesentlichen Information, die der Verbraucher nach den Umständen benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen, auch geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er bei der geboten gewesenen Information nicht getroffen hätte.⁷⁴

Dieser sekundären Darlegungslast aus § 5a Abs. 2 UWG n.F. habe die Beklagte vorliegend nicht entsprochen. Sie hatte gemeint, ein zuverlässiger Preisvergleich sei selbst bei Angabe der Typen- und Markenbezeichnungen nicht möglich gewesen, da für einen Küchenkauf weitere relevante Parameter fehlten. Der Senat hebt hingegen hervor, auch diese Umstände änderten nichts daran, dass der Verbraucher die beiden ihm angebotenen

⁷² a.a.O., juris, Rn. 31.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 32 f.

⁷⁴ a.a.O., juris, Rn. 34.

Küchen besser bewerten und vergleichen könne, wenn ihm die Marken- und Typenbezeichnungen der dabei angebotenen Elektrogeräte bekannt seien.

d) „MeinPaket.de II“ (Impressumpflicht)

In dem Urteil vom 14. September 2017⁷⁵ befasst sich der Senat mit dem Internetportal „MeinPaket.de“, auf dem gewerbliche Verkäufer Waren anbieten können. Die Betreiberin des Portals schloss zwar selbst keine Verträge mit den Käufern der angebotenen Produkte. In einer Printwerbung, die Produkte platzierte, die über die Plattform erworben werden konnten, fehlten aber auch Angaben zur Identität oder Anschrift der jeweiligen Anbieter. Diese Informationen erhielt der interessierte Käufer erst auf der Internetseite der beklagten Betreiberin des Portals. Der klagende Verbraucherschutzverein hatte die fehlenden Angaben in der Werbung beanstandet und aus diesem Grund die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch genommen. Nach Klagestattgabe durch das Landgericht hatte das Berufungsgericht die Klage abgewiesen, da die Anbieterdaten auf der Internetseite und im Zusammenhang mit der Warenpräsentation vorhanden gewesen seien, die fehlende Impressumsangabe in der Anzeige verleite den Verbraucher nicht zu einer Entscheidung, die er ansonsten nicht getroffen hätte.

Der Bundesgerichtshof hatte im Revisionsverfahren dem EuGH mit Beschluss vom 28. Januar 2016⁷⁶ zwei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. Entscheidungserheblich war aus Sicht des I. Zivilsenats, ob die Angaben zu Anschrift und Identität des Gewerbetreibenden gemäß Art. 7 Abs. 4 Buchst. b) der UGP-Richtlinie schon in der Anzeigenwerbung für konkrete Produkte in einem Printmedium gemacht werden müssen, auch wenn die Verbraucher die beworbenen Produkte ausschließlich über eine in der Anzeige angegebene Website des werbenden Unternehmens erwerben und die nach Art. 7 Abs. 4 UGP-Richtlinie erforderlichen Infor-

⁷⁵ Urteil vom 14. September 2017 – [I ZR 231/14](#) –.

⁷⁶ Beschluss vom 28. Januar 2016 – [I ZR 231/14](#) – „MeinPaket.de“.

mationen auf einfache Weise auf dieser oder über diese Website erhalten können. Ergänzend legte er die Frage vor, ob es für die Beantwortung dieser Frage darauf ankomme, ob das in dem Printmedium werbende Unternehmen für den Verkauf eigener Produkte werbe und für die nach Art. 7 Abs. 4 der UGP-Richtlinie erforderlichen Angaben direkt auf eine eigene Website verweise oder ob sich die Werbung auf Produkte beziehe, die von anderen Unternehmen auf einer Internetplattform des Werbenden verkauft würden und die Verbraucher die erforderlichen Angaben erst in einem oder mehreren weiteren Schritten (Klicks) über eine Verlinkung mit den Internetseiten dieser anderen Unternehmen erhalten können, die auf der in der Werbung allein angegebenen Website des Plattformbetreibers bereitgestellt würden.

Der EuGH hatte im Urteil vom 30. März 2017 entschieden, in einer Werbeanzeige wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die unter den Begriff "Aufforderung zum Kauf" im Sinne der UGP-Richtlinie falle, seien die in Art. 7 Abs. 4 Buchst. b) der Richtlinie genannten Angaben zur Anschrift und Identität zwar grundsätzlich in der Aufforderung zum Kauf zu machen; es sei allerdings Sache des nationalen Gerichts, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob es aufgrund räumlicher Beschränkungen in dem Werbetext gerechtfertigt sei, Angaben zum Anbieter nur auf der Online-Verkaufsplattform zur Verfügung zu stellen, und gegebenenfalls, ob die nach Art. 7 Abs. 4 Buchst. b) UGP-Richtlinie erforderlichen Angaben zu der Online-Verkaufsplattform einfach und schnell mitgeteilt würden.⁷⁷

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung des EuGH hat der Bundesgerichtshof die Berufungsentscheidung aufgehoben und die Berufung zurückgewiesen, so dass es im Ergebnis bei der Verurteilung zur Unterlassung durch das Landgericht verblieb. Die Werbung der Beklagten sei als qualifiziertes Angebot gemäß § 5a Abs. 3 UWG einzuordnen. Das Aufrufen eines Verkaufsportals im Internet stelle eine geschäftliche Entscheidung im Sinne der Vorschrift dar, die dem entspricht, was der Verbraucher

⁷⁷ EuGH Urteil vom 30. März 2017 – [C-146/16](#) –.

im stationären Handel vor dem Betreten eines Geschäfts entscheidet.⁷⁸ Die Anschriften der Anbieter seien daher als wesentliche Informationen anzugeben. Der Rechtsprechung des EuGH sei zwar zu entnehmen, dass räumliche oder zeitliche Beschränkungen des Kommunikationsmittels nicht erst dann anzunehmen seien, wenn es objektiv unmöglich ist, die fraglichen Angaben schon bei der Aufforderung zum Kauf zu machen. Die Frage, inwieweit der Unternehmer im Rahmen der Aufforderung zum Kauf informieren müsse, sei aber anhand der Umstände dieser Aufforderung, der Beschaffenheit und der Merkmale des Produkts sowie des verwendeten Kommunikationsmediums zu beurteilen; zu berücksichtigen seien weiter die Werbefreiheit der Unternehmen sowie die Entscheidung des Gesetzgebers, bestimmte Angaben als wesentlich anzusehen.⁷⁹ Hieran gemessen konnte der Senat im Streitfall räumliche Beschränkungen in der Werbung der Beklagten nicht erkennen, so dass die erforderlichen Angaben in der ganzseitigen Anzeige hätten erscheinen müssen.

f) „Betriebspsychologe“

Am 05. Oktober 2017⁸⁰ befasste sich der I. Zivilsenat mit Weiterbildungsangeboten für Psychologen. Die von der Beklagten angebotenen berufsbegleitenden Kurse schlossen mit dem Erwerb eines „Hochschulzertifikats“ jeweils mit dem Titel „Betriebspsychologe (FH)“, „Organisationspsychologe (FH)“, oder „Kommunikationspsychologe (FH)“ ab. Diese Qualifikationsangebote richtete die Beklagte auch an solche Interessenten, die kein Studium der Psychologie absolviert hatten. Hierin sah der Kläger, ein Verein von Psychologen, eine im Wettbewerb relevante Irreführung, da den angesprochenen Interessenten wichtige Informationen zum Führen der Titel vorenthalten würden. Das Angebot erwecke den Anschein, die Kursabsolventen dürften die Titel auch dann führen, wenn sie kein Psychologiestudium abgeschlossen hätten; diese Erwartung sei aber unrichtig. In den Vorinstanzen war der Kläger mit seiner Unterlassungsklage im

⁷⁸ Urteil vom 14. September 2017, a.a.O., juris, Rn. 19.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁸⁰ Urteil vom 05. Oktober 2017 – [I ZR 184/16](#) –.

Wesentlichen erfolgreich gewesen. Das Berufungsgericht hatte die Unterlassungsanträge für begründet erachtet, da die Werbung zur Täuschung geeignete Angaben über wesentliche Merkmale der Dienstleistung enthalte und daher irreführend sei. Die maßgebliche Irreführung trete jedoch nicht gegenüber den Interessenten ein, sondern gegenüber den späteren Klienten der Lehrgangsabsolventen. Auch für diese spätere Irreführung gegenüber Verbrauchern durch die Verwendung des Titels „...-Psychologe (FH)“ durch die Lehrgangsabsolventen sei die Beklagte als Täterin verantwortlich.

Dieser Beurteilung ist der Bundesgerichtshof entgegengetreten. Das von der Klägerin beantragte und das vom Berufungsgericht ausgesprochene Verbot der Werbung stimmten nicht überein. Das Berufungsgericht habe dem Kläger dadurch etwas zugesprochen, was dieser nicht beantragt hat, indem es seiner Verurteilung einen anderen Klagegrund zugrunde gelegt hat.

Der Kläger habe seine Verbotsanträge gegen die werbende Beklagte gerichtet, sofern sie Interessenten ansprach, die kein Hochschulstudium der Psychologie abgeschlossen hatten. Der bei diesen Verkehrskreisen durch die beanstandete Werbung hervorgerufene Eindruck soll nach dem Vorbringen des Klägers darin bestanden haben, eine erfolgreiche Absolvierung der Kurse berechtige zum Führen der Berufsbezeichnungen „...-Psychologe“. Das Berufungsgericht habe demgegenüber die Verurteilung auf einen anderen Klagegrund gestützt, da nach der Beurteilung des Berufungsgerichts nicht die Interessenten, sondern die späteren Klienten irreführt würden. Unter Verletzung von § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO habe das Berufungsgericht über einen Streitgegenstand entschieden, der von dem Streitgegenstand des Unterlassungsantrags des Klägers abweiche.⁸¹

Der Senat stellt klar: Ein Gericht entscheidet unter Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO über etwas anderes, als beantragt ist, wenn es seinem Ur-

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 21.

teilsausspruch über einen Unterlassungsantrag einen anderen Klagegrund zugrunde legt als denjenigen, mit dem der Kläger seinen Antrag begründet hat. Das ist der Fall, wenn der Kläger seinen Klageantrag darauf stützt, dass die Beklagte in ihrer Werbung gegenüber potentiellen Teilnehmern ihrer Weiterbildungskurse den Eindruck erweckt, die Absolventen der Kurse dürften die angegebene Berufsbezeichnung auch ohne Psychologiestudium führen, und das Gericht die Verurteilung daraus ableitet, dass Kursteilnehmer die Berufsbezeichnung in einer Art verwenden, die geeignet ist, ihre Patienten irrezuführen.⁸² Durch den Antrag auf Zurückweisung der Revision habe sich der Kläger die Argumentation des Gerichts zwar möglicherweise zu eigen gemacht. Diese Klageerweiterung sei im Revisionsverfahren jedoch grundsätzlich unzulässig.⁸³

Auch unter dem Gesichtspunkt der täterschaftlichen Haftung der Beklagten für eventuell in der Zukunft liegende Täuschungshandlungen der Absolventen gegenüber deren Klienten sei keine Rechtfertigung der Klageanträge denkbar. Eine solche hat der Bundesgerichtshof sogar ausdrücklich ausgeschlossen. Bei Anwendung der im Strafrecht geltenden Grundsätze der Täterschaft und Teilnahme sei keine täterschaftliche Verantwortung der Beklagten für das Handeln der Kursabsolventen denkbar.⁸⁴ In der Sache stellt der Senat klar, dass die vom Berufungsgericht festgestellten Umstände nicht für die dem Klageantrag entsprechende Annahme ausreichen, die Fortbildungsinteressenten ohne bisheriges Studium würden von dem Angebot i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG in die Irre geführt. Diese Frage sei in der wiedereröffneten Berufungsinstanz zu klären.⁸⁵

5. Vergleichende Werbung (entfällt)

⁸² a.a.O., juris, Rn. 21 f.

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 23.

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 34 ff.

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 25.

6. Unzumutbare Belästigung

a) „Cookie-Einwilligung“ (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG in Verbindung mit § 307 BGB, §§ 12 ff. TMG, Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) DSGVO)

Mit Beschluss vom 05. Oktober 2017 hat der Bundesgerichtshof dem EuGH Fragen zur Wirksamkeit einer erteilten Einwilligung innerhalb elektronischer Kommunikationsdienste vorgelegt⁸⁶. Die Auslegungsfragen des I. Zivilsenats betreffen auch die Auslegung von Vorgaben in der (ab Ende Mai 2018 geltenden) Datenschutz-Grundverordnung zur Rechtmäßigkeit einer erteilten Einwilligung.

Die Rechtssache betrifft die Ausgestaltung eines Gewinnspiels, das die Beklagte über eine Internetseite angeboten hatte. Der klagende Bundesverband der Verbraucherzentralen beanstandete insoweit die voreingestellte Auswahl bei der Einwilligung zur Nutzung von Cookies („opt-out“) sowie die seiner Ansicht nach oberflächliche Information zu installierten Cookies. Der Antrag des Klägers, ein voreingestelltes Ankreuzfeld für den Einsatz eines Webanalysedienstes und die Auswertung von Cookies zu unterlassen, war in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben.

Im Rahmen der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision hat sich der I. Zivilsenat an einer abschließenden Beurteilung gehindert gesehen und zur Klärung des Unionsrechts den EuGH angerufen. Der Senat hält es für möglich, dass die von der Beklagten gewählte Ausgestaltung der Einwilligung in den Gebrauch von Cookies gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verstößt. Die von ihr vorgesehene elektronisch zu erklärende Einwilligung des Nutzers, die den Abruf von auf seinem Endgerät gespeicherten Informationen mithilfe von Cookies im Wege eines voreingestellten Ankreuzkästchens gestattet, könne mit wesentlichen Grundgedanken von Art. 5 Abs. 3 und Art. 2 Buchst. f) der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2005/58/EG i.V.m. Art. 2 Buchst. h) der Datenschutzrichtlinie

⁸⁶ Beschluss vom 05. Oktober 2017 – [I ZR 7/16](#) –.

Nr. 95/46/EG und des Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) der Datenschutz-Grundverordnung Nr. 2016/679 nicht vereinbar sein.⁸⁷

Seite 38 von 55

Daneben könne der Klageantrag auch dann begründet sein, wenn die von der Beklagten gegebenen Informationen über die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten nicht den Anforderungen des Art. 5 Abs. 3 Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation entsprechen. Der im Streitfall maßgebliche § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 TMG sei mit Blick darauf richtlinienkonform auszulegen. Danach ist die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur gestattet, wenn der betreffende Teilnehmer oder Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen, die er über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine Einwilligung erteilt hat. Der Umfang der Informationspflicht nach Art. 5 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation sei jedoch klärungsbedürftig. Der Bundesgerichtshof hat dem EuGH daher die Frage vorgelegt, welche Informationen der Diensteanbieter im Rahmen der nach Art. 5 Abs. 3 dieser Richtlinie vorzunehmenden klaren und umfassenden Information dem Nutzer zu erteilen sind und ob hierzu auch die Funktionsdauer von Cookies und ein etwaiger Zugriff von Dritten auf diese Cookies zählt.⁸⁸

7. Rechtsfolgen (entfällt)

8. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung

a) „Luftentfeuchter“ (Beseitigung und Unterlassung; Verwirkung einer Vertragsstrafe)

Mit Urteil vom 04. Mai 2017⁸⁹ entschied der I. Senat über den Verstoß gegen eine Unterlassungsvereinbarung und der damit verbundenen Verwirkung einer Vertragsstrafe. Streitig war die Aussage auf der Umverpackung

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 12 ff.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 34 ff.

⁸⁹ Urteil vom 04. Mai 2017 – [I ZR 208/15](#) –.

von Luftentfeuchtern. Nach Ansicht der Klägerin hätte die Beklagte, nachdem sie eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung abgegeben hatte, ihre Produkte nicht mehr mit der beanstandeten Aussage bewerben dürfen und dafür Sorge tragen müssen, dass bereits ausgelieferte, unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Produkte nicht weiter mit der beanstandeten Aussage auf der Verpackung vertrieben würden. Die Beklagte hatte hingegen eingewandt, für bereits an den Einzelhandel gelieferte Produkte mit der strittigen Verpackung nicht mehr verantwortlich zu sein. Weil die Produkte mit der beanstandeten Umverpackung in 22 verschiedenen Märkten einer Warenhaus-Kette noch erhältlich waren, verlangte die Klägerin eine Vertragsstrafe i.H.v. insgesamt 112.200,00 €, d.h. 5.100,00 € pro Verletzungshandlung. 17 von diesen Märkten wurden direkt von dem Unternehmen der Warenhaus-Kette betrieben, fünf Märkte von Franchisenehmern.

Erst- und zweitinstanzlich war die Klägerin nur teilweise erfolgreich gewesen – nämlich nur insoweit, als die Beklagte nach Auffassung der Vorinstanzen nicht auf den Betreiber der Warenhaus-Kette und die fünf Franchisenehmer eingewirkt habe. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hatte die Beklagte für Handlungen der Filialen der Warenhaus-Kette, da diese als ihre Gehilfen i.S.v. § 278 BGB zur Erfüllung der Unterlassungsverpflichtung einzuordnen seien. Sie müsse zudem alles Zumutbare unternehmen, um die Filialen von einer Veräußerung der Ware in der beanstandeten Produktverpackung abzuhalten; insofern treffe sie eine eigene Haftung.

Dieser Beurteilung ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt und hat eine Verantwortlichkeit der Beklagten nach § 278 BGB für das Handeln der belieferten Filialen verneint. Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts und eine damit in Zusammenhang stehende Sicherungsabrede führe nicht dazu, dass der Vorbehaltskäufer in den Aufgaben- und Pflichtenkreis des Vorbehaltsverkäufers aus einer Unterlassungsvereinbarung mit einem

Dritten einbezogen wird.⁹⁰ Zu Recht habe das Berufungsgericht allerdings eine eigene Verantwortlichkeit der Beklagten angenommen. Die Verpflichtung zur Unterlassung umfasst danach die Vornahme möglicher und zumutbarer Handlungen zur Beseitigung des Störungszustands, ohne dass eine solche Pflicht zur Beseitigung ausdrücklich vereinbart sein muss.⁹¹ Hat eine Verletzungshandlung einen andauernden rechtswidrigen Verletzungszustand hervorgerufen, bestehen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 und Alt. 2 UWG nebeneinander.⁹² Der Schuldner muss im Rahmen des Zumutbaren auf Dritte einwirken und dasjenige Unternehmen, das für die Beseitigung des fortdauernden Störungszustands erforderlich ist.⁹³ Die Verpflichtung des Unterlassungsschuldners, bereits ausgelieferte und mit einer wettbewerbswidrigen Werbung versehene Produkte zurückzurufen, setzt dabei nicht voraus, dass ihm gegen seine Abnehmer rechtlich durchsetzbare Ansprüche auf Unterlassung der Weiterveräußerung oder auf Rückgabe dieser Produkte zustehen;⁹⁴ der vereinbarte Eigentumsvorbehalt sei daher nicht entscheidend.

Schließlich führt der Bundesgerichtshof aus, dass die Beklagte – abweichend von der Beurteilung der Vorinstanzen – durch den Abverkauf in der Warenhaus-Kette und den fünf Märkten von Franchisenehmern lediglich eine Vertragsstrafe verwirkt hat. Die Verstöße gegen das Unterlassungversprechen hätten im Streitfall auf einem einheitlichen Entschluss der Beklagten beruht, gegenüber ihren Abnehmern untätig zu bleiben. Der Senat hebt hervor, die Beklagte habe angenommen, über bereits an den Einzelhandel gelieferte Produkte keine Verfügungsgewalt mehr zu besitzen und deshalb aus der Unterlassungserklärung nicht zum Tätigwerden verpflichtet zu sein, ohne Rücksicht darauf, wer die Märkte betreibt. Entschließt sich der zum Rückruf bereits ausgelieferter Ware verpflichtete Unterlassungsschuldner aufgrund einer einheitlichen, rechtlich allerdings unzutref-

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁹² a.a.O., juris, Rn. 28.

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 29.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 32.

fenden Überlegung, von einem Rückruf abzusehen, liegt bei einer wertenden Betrachtungsweise nur ein Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung vor.⁹⁵

b) „Testkauf im Internet“ (Verwirkung einer Vertragsstrafe; Testkauf; Erstbegehungsgefahr)

Die Verwirkung einer Vertragsstrafe behandelt auch das Urteil vom 11. Mai 2017.⁹⁶ Die Parteien vertrieben jeweils über einen Online-Shop Zubehör für Frankiermaschinen. Mit strafbewehrten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärungen verpflichtete sich die Beklagte gegenüber der Klägerin (u.a.), es zu unterlassen, an Verbraucher zu verkaufen, ohne diese über bestehende Widerrufs- und Rückgaberechte zu informieren. Ein von der Klägerin beauftragter Rechtsanwalt bestellte zu Überprüfungszwecken daraufhin in dem Online-Shop der Beklagten entsprechendes Zubehör. Zum Kreis berechtigter Käufer enthielt der Online-Shop der Beklagten folgenden Hinweis: „Verkauf nur an Unternehmer, Gewerbetreibende, Freiberufler und öffentliche Institutionen. Kein Verkauf an Verbraucher i.S.d. § 13 BGB.“ In der Nähe des Bestellbuttons fand sich die folgende Erklärung: „Hiermit bestätige ich, dass ich die Bestellung als Unternehmer und nicht als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB tätige und die allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Kenntnis genommen habe.“ Bei der Datenabfrage „Firma“ gab der beauftragte Rechtsanwalt jedoch „Privat“ an und verwendete eine Mailadresse, die sich aus seinem Vor- und Zunamen zusammensetzte. Kurze Zeit nach dem Testkauf kündigte die Beklagte die Unterlassungs- und Verpflichtungserklärungen aus wichtigem Grund.

Die Klägerin hatte aufgrund des Testkaufs Vertragsstrafen i.H.v. 17.500,00 € als verwirkt angesehen. Darüber hinaus sei sie wegen des festgestellten Verstoßes berechtigt, die Beklagte erneut auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen. Jedenfalls sei aber auch die Kündigung der Unterlassungs- und Verpflichtungserklärungen durch die Beklagte unwirksam.

⁹⁵ a.a.O., juris, Rn. 39.

⁹⁶ Urteil vom 11. Mai 2017 – [I ZR 60/16](#) –.

Das Landgericht hatte der Klage nur im Umfang des Feststellungsantrags stattgegeben, dass die Verpflichtungen der Beklagten durch ihre Kündigung nicht beendet worden sind, die Klage aber im Übrigen abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung und Anschlussberufung hatte das Berufungsgericht zurückgewiesen. Der im Auftrag der Klägerin tätige Rechtsanwalt habe nicht als Verbraucher gemäß § 13 BGB gehandelt, als er bei der Beklagten bestellt habe. Vertragsstrafen seien daher nicht verwirkt, eine Begehungsgefahr nicht gegeben. Die Feststellungsklage sei begründet, weil für die Beklagte kein wichtiger Grund zur Kündigung bestanden habe. Die Beklagte habe nicht dargetan, dass die Klägerin nicht mehr Mitbewerberin gewesen sei.

Vor dem Bundesgerichtshof blieben die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin und die Anschlussrevision der Beklagten ebenfalls ohne Erfolg. Der Abschluss des Vertrags mit dem Testkäufer der Klägerin habe keinen Verstoß gegen die Unterwerfungserklärungen begründet, da der Testkauf der Klägerin darauf angelegt gewesen sei, Vorsorgemaßnahmen der Beklagten zur Verhinderung eines Wettbewerbsverstoßes zu umgehen und dadurch einen Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung zu provozieren; dies sei rechtsmissbräuchlich. Komme es für den Nachweis eines Verstoßes auf ein Handeln gegenüber Verbrauchern an, müsse der Testkäufer dabei für den handelnden Unternehmer erkennbar als Verbraucher auftreten; unzulässig seien dagegen Testkäufe, wenn sie allein dazu dienen sollten, den Mitbewerber „hereinzulegen“, um ihn mit wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen überziehen zu können.⁹⁷

Die Anschlussrevision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof ebenfalls für unbegründet erachtet. Die Beklagte habe die Unterwerfungserklärungen nicht wirksam wegen einer bei der Klägerin entfallenen Mitbewerbereigenschaft kündigen können. Die Klägerin habe insoweit ihre sekundäre Darlegungslast zum Fortbestand ihrer Mitbewerbereigenschaft erfüllt.⁹⁸

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 32 f.

⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 41.

9. Sonstiges (entfällt)

II. Kartellrecht

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

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

a) „Externe Festplatten“ sowie „Gesamtvertrag PC“

Zwei Entscheidungen des I. Senats vom 16. März 2017 behandeln neben dem Urheberrecht auch die kartellrechtliche Beurteilung zu Festsetzungen von Verwertungsgesellschaften zu den Vergütungspflichten für Speichermedien. Das eine Urteil betrifft die Vergütungspflicht für externe Festplatten⁹⁹, das andere den Abschluss eines Gesamtvertrags PC mit der Verwertungsgesellschaft¹⁰⁰.

In beiden Verfahren, in denen Zusammenschlüsse deutscher Verwertungsgesellschaften auf der Beklagtenseite standen, hatten der BITCOM Branchenverband sowie eine Herstellerin von Multimedia-, Netzwerk- und externen Festplatten den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der Verwertungsgesellschaften gerügt. Die Kläger hatten den Verwertungsgesellschaften vorgeworfen, sie würden eine marktbeherrschende Stellung für ein preismissbräuchliches Verhalten dadurch ausnutzen, indem sie eine im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten und im Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung überhöhte Vergütung forderten.¹⁰¹ Zugleich würden die Verwertungsgesellschaften gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, weil sie Hersteller und Anbieter externer Festplatten anders als Anbieter gleichartiger Speichermedien behan-

⁹⁹ Urteil vom 16. März 2017 – [I ZR 35/15](#) –.

¹⁰⁰ Urteil vom 16. März 2017 – [I ZR 36/15](#) –.

¹⁰¹ Urteil – [I ZR 35/15](#) – juris, Rn. 48; Urteil – [I ZR 36/15](#) – juris, Rn. 63.

delten. Insbesondere hielten die Kläger den Verwertungsgesellschaften vor, diese würden Festplattenhersteller gegenüber Herstellern von PCs dadurch benachteiligen, dass sie keinen Nachlass oder Ausgleich für Verkäufe an gewerbliche Nutzer gewährten und den Tarif selektiv nur gegenüber bestimmten Unternehmen durchsetzen würden.¹⁰² Der klagende Branchenverband BITCOM hatte ergänzend die vom Oberlandesgericht festgesetzte Erstattungsregelung für Brenner wegen eines Verstoßes gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB angegriffen, weil danach PC-Herstellern, die ihre Brenner über deutsche Vorlieferanten kauften, anders als anderen PC-Herstellern die Vergütung nicht erstattet werde.¹⁰³

Der u.a. für das Urheberrecht zuständige I. Zivilsenat ist in beiden Verfahren den kartellrechtlichen Angriffen der Kläger nicht gefolgt. Grundlage für den von der Beklagten erhobenen Anspruch auf angemessene Vergütung sei allein die gesetzliche Regelung des §§ 54 Abs. 1, 54b Abs. 1 UrhG und nicht der angegriffene Tarif, der nach dem Vortrag der Klägerin wegen Verstoßes gegen das Kartellrecht gemäß § 134 BGB unwirksam gewesen sein soll.¹⁰⁴ Der Tarif einer Verwertungsgesellschaft sei lediglich ein Angebot zum Abschluss eines Lizenzvertrags. Erklärt sich der Hersteller, Importeur oder Händler von Geräten oder Speichermedien nicht mit der von der Verwertungsgesellschaft ausweislich des Tarifs geforderten Vergütung einverstanden, hätten im Streitfall die ordentlichen Gerichte die angemessene Vergütung nach den gesetzlichen Vorschriften zu bestimmen. In der Geltendmachung dieses gesetzlichen Anspruchs durch die Verwertungsgesellschaft liege kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.¹⁰⁵

Eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung der Vergütungsgesellschaften sei auch nicht dadurch begründet, dass sie die Festsetzung eines Gesamtvertrags durch das Oberlandesgericht nach

¹⁰² Urteil – [I ZR 35/15](#) – juris, Rn. 48.

¹⁰³ a.a.O., juris, Rn. 48.

¹⁰⁴ a.a.O., juris, Rn. 49.

¹⁰⁵ a.a.O., juris, Rn. 50.

billigem Ermessen beansprucht hätten.¹⁰⁶ Die mit der Revision angegriffenen Regelungen des Gesamtvertrags seien vom Oberlandesgericht festgesetzt; dieses sei nicht Adressat der kartellrechtlichen Regelungen.

Die in beiden Verfahren durch die Kläger erhobenen Anhörungsrügen hat der I. Zivilsenat zurückgewiesen.¹⁰⁷ Die aufgeworfenen Fragen zum Kartellrecht seien nicht entscheidungserheblich gewesen, weshalb der Senat von einer Abgabe der Verfahren an den Kartellsenat nach § 94 GWB absehen können.¹⁰⁸

b) „Sofortüberweisung“ (Behinderungsmisbrauch, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB)

Um den Markt für Bezahlverfahren im Internet geht es in der Entscheidung des Kartellsenats vom 18. Juli 2017.¹⁰⁹ Die Beklagte hatte in ihrem Flugbuchungsportal – neben verschiedenen entgeltpflichtigen Zahlungsmethoden – als einzige unentgeltliche Zahlungsmethode die sogenannte Sofortüberweisung angeboten. Zur Abwicklung bediente sie sich eines Drittunternehmens, das dem Kunden eine Eingabemaske zur Verfügung stellte, in die er seine Kontozugangsdaten einschließlich des personalisierten Sicherheitsmerkmals (PIN) und des Authentifizierungsinstruments (TAN) einzugeben hatte. Die klagende Bundeszentrale Verbraucherverband e.V. hatte darin einen Verstoß gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB gesehen. Es handele sich nicht um eine zumutbare Zahlungsmethode, die unentgeltlich zur Verfügung stehe. Der Verbraucher verstoße bei der Nutzung dieser Zahlungsmethode in der Regel gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen der eigenen Bank, indem er PIN und TAN außerhalb der mit der Bank gesondert vereinbarten Internetseiten eingebe. Der Bundesverband hatte daher beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, lediglich diese Zahlmethode als unentgeltliche Zahlweise zur Verfügung zu stellen.

¹⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 64.

¹⁰⁷ Beschluss vom 13. Juli 2017 – [I ZR 35/15](#) –; Beschluss vom 13. Juli 2017 – [I ZR 36/15](#) –.

¹⁰⁸ a.a.O., juris, Rn. 18; Rn. 12.

¹⁰⁹ Urteil vom 18. Juli 2017 – [KZR 39/16](#) –.

Das Berufungsgericht hatte das der Klage stattgebende Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen. Es hatte gemeint, mit der Möglichkeit der Sofortüberweisung biete die Beklagte eine kostenfreie, gängige und zumutbare Zahlungsmöglichkeit i.S.v. § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB an. Die in den Geschäftsbedingungen der Banken enthaltene Vorgabe, lediglich von der Bank mitgeteilte Online-Banking-Zugangskanäle zu nutzen, hatte das Berufungsgericht als unwirksam und daher für die Endnutzer unbeachtlich angesehen. Die Vorgabe verstoße gegen Art. 101 AEUV sowie gegen §§ 1, 19 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB. Bankenunabhängige Zahlungsdienste würden hierdurch vom Markt für Bezahlverfahren im Internet ausgeschlossen; auch als Teil eines konsistenten Sicherheitskonzepts sei die Regelung nicht gerechtfertigt. Noch während des Berufungsverfahrens hatte das Bundeskartellamt die Rechtswidrigkeit der Beschlüsse der deutschen Kreditwirtschaft und der Bankenverbände hinsichtlich des Verbots der Eingabe von PIN und TAN außerhalb der mit der Bank gesondert vereinbarten Internetseiten festgestellt; hiergegen hatten die Beteiligten Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt.

Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil aufgehoben, die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und hierdurch das landgerichtliche, der Klage stattgebende Urteil wiederhergestellt. Eine Aussetzung des Verfahrens nach § 148 ZPO bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kartellverwaltungsverfahrens hat der Kartellsenat nicht für notwendig erachtet, da es für die Entscheidung nicht auf die vom Bundeskartellamt festgestellte Rechtswidrigkeit der Absprachen ankomme.

Der Kartellsenat legt zunächst dar, dass die Anwendung von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB mit der Verbraucherrechterichtlinie vereinbar sei. Dabei lässt der Senat offen, ob die mit Art. 4 Verbraucherrechterichtlinie bezweckte Vollharmonisierung einer unterschiedslosen Anwendung von § 312 Abs. 4 Nr. 1 BGB auf alle Verbraucherverträge entgegen stehe; jedenfalls sei die Bestimmung anzuwenden, soweit entsprechende Klauseln

wie im Streitfall in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden. Der Erwägungsgrund Nr. 14 der Verbraucherrechterichtlinie lasse das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom Regelungsbereich der Richtlinie unberührt.¹¹⁰

In der Sache stellt der Bundesgerichtshof fest, als einzige unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit i.S.v. § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB sei ein Zahlungssystem, das einem erheblichen Teil der Kunden ein vertragswidriges Verhalten abverlangt, nicht zumutbar.¹¹¹ Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts komme es nicht darauf an, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den Zahlungsdienst „Sofortüberweisung“ ausschließen, gegen Kartellrecht verstoßen. Solange die Banken die Klauseln verwenden, obliege es den Kunden, deren Vereinbarkeit mit dem Kartellrecht zu prüfen und durchzusetzen. Der Kunde habe jedoch im Regelfall weder Veranlassung noch sei er verpflichtet, selbst zu überprüfen, ob die von seiner Bank als Sicherheitsbestimmungen für das Online-Banking gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen wegen Kartellrechtswidrigkeit nichtig sind.¹¹²

Ein anderes Ergebnis ergebe sich auch nicht aus der bis zum 13. Januar 2018 umzusetzenden Zahlungsdienste-Richtlinie 2015/2366/EU. Online-Händlern werde von der Klägerin lediglich untersagt, die Sofortüberweisung als einziges unentgeltliches Zahlungsmittel anzubieten; in Kombination mit weiteren gängigen, zumutbaren und unentgeltlichen Zahlungsmethoden könne diese weiterhin angeboten werden.

c) „Rimowa“ (Spitzenstellungsabhängigkeit)

Mit Urteil entschied der Kartellsenat am 12. Dezember 2017¹¹³ über ein selektives Vertriebssystem für Reisegepäck. Der beklagte Hersteller von Reisegepäck hatte den Händlervertrag mit der Klägerin, einer Einzelhänd-

¹¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 19.

¹¹¹ a.a.O., juris, Rn. 25.

¹¹² a.a.O., juris, Rn. 29.

¹¹³ Urteil vom 12. Dezember 2017 – [KZR 50/15](#) – (an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt).

lerin für Lederwaren mit Geschäften in München und Regensburg, gekündigt, um – nach eigenem Vortrag – ihre Waren nur noch in einem qualitativen selektiven Vertriebssystem abzusetzen. Nachdem sich die Parteien nicht auf den Abschluss eines neuen Händlervertrags einigen konnten (die Beklagte hatte eingewandt, der Marktauftritt der Klägerin entspreche nicht ihrem Geschäftskonzept und ihrer Marketingstrategie), hatte die Klägerin klageweise begehrt, die Beklagte zu verurteilen, ihr Angebot zum Abschluss eines Händlervertrags für ihre sechs Ladengeschäfte anzunehmen und sie zu den Konditionen dieses Vertrags zu beliefern.

Nach erstinstanzlicher Klageabweisung hatte das Berufungsgericht auf die Berufung der Klägerin die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Klägerin sei als kleines und mittleres Unternehmen auf eine Belieferung durch die Beklagte angewiesen. Sie habe daher einen Anspruch aus §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB auf Abschluss des Händlervertrags und auf Weiterbelieferung. Auf dem sachlich relevanten Markt für hochpreisige Koffer verfüge die Beklagte über eine Spitzenstellung. Der Verkehr setze bei einem Einzelhändler das Angebot der Produkte der Beklagten voraus, weshalb sein Fehlen zu einer gewichtigen Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit des Händlers führe. Die Weigerung der Beklagten, den neuen Händlervertrag mit der Klägerin abzuschließen, stelle eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung dar.

Der Kartellsenat ist dem Berufungsgericht nur in der Einordnung der Klägerin als kleineres oder mittleres Unternehmen i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB gefolgt. Steht eine sortimentsbedingte Abhängigkeit in Rede, kommt es regelmäßig entscheidend auf einen Vergleich der Größe des behinderten Unternehmens mit seinen Wettbewerbern an.¹¹⁴ Da die Klägerin lediglich sechs Einzelhandelsgeschäfte für Lederwaren in München und Regensburg betreibe und zudem in Konkurrenz zu großen Warenhäusern stehe, könne sie nicht als Großunternehmen des Handels angesehen werden.

¹¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 13.

Die Feststellungen des Berufungsgerichts zu den Umständen, aus denen es eine Spitzenstellungsabhängigkeit der Klägerin von der Beklagten gefolgert hat, hat der Kartellsenat dagegen als verfahrensfehlerhaft gewertet. Entschließe sich ein Anbieter zu einem bestimmten Zeitpunkt dazu, den Vertrieb seiner Waren auf ein qualitatives selektives Vertriebssystem umzustellen, spreche es zwar regelmäßig für das Vorliegen einer Spitzenstellungsabhängigkeit, wenn sich für den Zeitraum zuvor eine hohe Distributionsrate feststellen lasse.¹¹⁵ Hiervon sei das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend ausgegangen. Dabei habe das Berufungsgericht für die Ermittlung der Distributionsrate der Produkte der Beklagten vor Einführung des selektiven Vertriebssystems allerdings Aussagen der Beklagten zugrunde gelegt, welche diese in markenrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen vorgetragen hatte. Danach seien ihre Produkte in beinahe jedem Fachgeschäft in Deutschland angeboten worden. Dem Vortrag der Beklagten im aktuellen Verfahren, wonach mittlerweile lediglich rund 350 Händler von insgesamt ca. 1.700 Lederwarenfachgeschäften beliefert würden, habe das Berufungsgericht dagegen unter Verletzung von § 286 ZPO keine Bedeutung beigemessen. Da nicht auszuschließen sei, dass das Berufungsgericht bei Beachtung des Vorbringens der Beklagten die Voraussetzungen einer Spitzenstellungsabhängigkeit verneint hätte, hat der Kartellsenat das Urteil aufgehoben und zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen.

3. Zusammenschlusskontrolle

a) „EDEKA/Kaiser´s Tengelmann“ (Hauptsacheverfahren)

In dem Zusammenschlussvorhaben „EDEKA/Kaiser's Tengelmann“ hatte der Kartellsenat mit Beschluss vom 14. November 2017 über Anordnungen des Bundeskartellamts zur Absicherung des Vollzugsverbots zu entscheiden.¹¹⁶ Mit Beschluss vom 31. März 2015 hatte das Bundeskartellamt den Zusammenschluss untersagt und mit weiteren Anordnungen er-

¹¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 19.

¹¹⁶ Beschluss vom 14. November 2017 – [KVR 57/16](#) –.

gänzende Regelungen getroffen. Den Betroffenen wurde u.a. untersagt, den zwischen den Zusammenschlussbeteiligten geschlossenen „Rahmenvertrag über den Kauf von Waren sowie über die Zentralregulierung von Warenlieferungen“ (Rahmenvertrag) ganz oder teilweise durchzuführen. Die hiergegen von Kaiser's Tengemann erhobene Beschwerde blieb erfolglos; hiergegen hatte sich EDEKA mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde gewendet. Nachdem die Ministererlaubnis vom 09. März 2016 nach Rücknahme der hiergegen erhobenen Beschwerden von Wettbewerbern bestandskräftig geworden war, hatte EDEKA die Hauptsache mit Zustimmung des Bundeskartellamts für erledigt erklärt und war zur Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde übergegangen. EDEKA hatte die Auffassung vertreten, das Verbot, den Rahmenvertrag über den Kauf von Waren sowie über die Zentralregulierung von Warenlieferungen durchzuführen, sei rechtswidrig gewesen; der Rahmenvertrag habe nicht gegen das gesetzliche Vollzugsverbot verstoßen.

Der Kartellsenat hat die Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde zwar als zulässig erachtet und ein berechtigtes Interesse von EDEKA an der Feststellung der Rechtswidrigkeit bejaht; in der Sache bleibt der Antrag jedoch ohne Erfolg.

Der angegriffene Ausspruch, die Durchführung des Rahmenvertrags zu verbieten, habe seine rechtliche Grundlage in § 32 Abs. 1 GWB i.V.m. § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB gefunden. Auch bevorstehende Zuwiderhandlungen können danach Gegenstand einer Abstellungsverfügung sein, wenn eine Begehungsfahr besteht.¹¹⁷ Eine solche habe im Streitfall vorgelegen; die Reaktion der betroffenen Unternehmen auf die vorangegangene einstweilige Anordnung des Bundeskartellamts vom 03. Dezember 2014, mit der inhaltlich gleichlautende Verbote ausgesprochen worden waren (dazu sogleich), hätten erkennen lassen, dass diese weiterhin der Ansicht gewesen sind, mit der Durchführung des Rahmenvertrags nicht gegen das gesetzliche Vollzugsverbot zu verstoßen. Die Anordnungsbefugnis des

¹¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 37 f.

Bundeskartellamts aus § 32 Abs. 1 GWB führe auch nicht zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung; das Kartellamt müsse sich nicht darauf beschränken, einen Verstoß als Ordnungswidrigkeit zu ahnden.¹¹⁸

Der Kartellsenat hat in dieser Rechtssache erstmals Stellung genommen zu der kontrovers diskutierten Frage, ob Verhaltensweisen, die für sich noch keinen der Zusammenschlusstatbestände gemäß § 37 Abs. 1 GWB verwirklichen, unter das Vollzugsverbot fallen können. Der Senat ist insoweit unter Würdigung der hierzu vertretenen unterschiedlichen Ansätze zu dem Ergebnis gelangt, dass unter das Vollzugsverbot auch solche Maßnahmen oder Verhaltensweisen fallen können, die, ohne, für sich genommen, einen Zusammenschlusstatbestand auszufüllen, im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Zusammenschluss erfolgen und geeignet sind, dessen Wirkungen zumindest teilweise vorwegzunehmen.¹¹⁹ Diese Auffassung verstoße nicht gegen die Rechtsprechung des EuGH und stehe im Einklang mit der Praxis der EU-Kommission. Im Streitfall bedürfe es mithin keiner Entscheidung, ob eine andere Beurteilung in Betracht kommt, wenn die betreffenden Maßnahmen selbst und ihre Wirkungen in dem Fall, dass keine Freigabe erfolgt, ohne Weiteres rückgängig gemacht werden können.

b) „EDEKA/Kaiser’s Tengelmann“ (Einstweilige Anordnungen)

Ebenfalls im Kartellverwaltungsverfahren zur Übernahme von Kaiser’s Tengelmann durch Edeka hat der Kartellsenat durch Beschluss vom 18. Juli 2017¹²⁰ auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Bundeskartellamts die Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 09. Dezember 2015¹²¹ teilweise zugelassen.

¹¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 44.

¹¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 52 ff., 55 ff.

¹²⁰ Beschluss vom 18. Juli 2017 – [KVZ 5/16](#) –.

¹²¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09. Dezember 2015 – VI-Kart 1/15 (V).

Die angegriffene Beschwerdeentscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf betrifft befristete einstweilige Anordnungen des Bundeskartellamts gemäß § 60 Nr. 1 Alt. 2 GWB und gemäß § 32a GWB in diesem Zusammenschlussvorhaben. Mit den Anordnungen hatte das Bundeskartellamt den Betroffenen untersagt, den bereits genannten "Rahmenvertrag über den Kauf von Waren sowie über die Zentralregulierung von Warenlieferungen" ganz oder teilweise durchzuführen oder sich auf sonstiger Grundlage entsprechend zu verhalten (Anordnung in Nr. I), bestimmte Märkte ("Carve-out-Filialen") und Lagerstandorte sowie Fleischwerke zu schließen oder wirtschaftlich zu entwerten und Verwaltungsfunktionen abzubauen (Anordnungen in Nr. II und Nr. III).

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte den die Anordnungen enthaltenden Beschluss des Bundeskartellamts für rechtswidrig erachtet, soweit er auf § 32a GWB gestützt worden sei. Die Anordnung in Nr. I könne nicht ergänzend auf § 60 Nr. 1 GWB gestützt werden, da das Bundeskartellamt einen Anordnungsgrund nicht ausreichend dargelegt habe.

Im Beschluss vom 08. Juli 2017 hat der Kartellsenat die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss zugelassen, soweit darin festgestellt wird, dass der Beschluss des Bundeskartellamts hinsichtlich der Anordnung in Nr. I rechtswidrig gewesen ist. Das Beschwerdegericht habe verkannt, dass durch die Entscheidung die Frage aufgeworfen werde, welche rechtlichen Anforderungen an das Vorliegen eines Anordnungsgrundes bei dem Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 60 Nr. 1 Alt. 2 GWB zur Unterbindung eines (drohenden) Verstoßes gegen das gesetzliche Vollzugsverbot gemäß § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB zu stellen seien.¹²² Es handele sich um eine grundsätzliche Frage, die stets von Bedeutung ist, wenn das Bundeskartellamt in einem Zusammenschlusskontrollverfahren Veranlassung sieht, einem (drohenden) Verstoß gegen das gesetzliche Vollzugsverbot durch eine Untersagungsverfügung im Wege der einstweiligen Anordnung entgegenzuwirken.

¹²² [KVZ 5/16](#), a.a.O., juris, Rn. 7.

Zu den weiteren Anordnungen im Beschluss des Bundeskartellamts hat der Kartellsenat die Nichtzulassungsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Die vom Beschwerdegericht angenommene prozessuale Teilbarkeit von Haupt- und Hilfsbegründung der einstweiligen Anordnungen widerspreche nicht der Entscheidung "Ost-Fleisch"¹²³ des Kartellsenats. Der Senat habe in dieser Entscheidung angenommen, dass es sich bei der dort zu prüfenden Verfügung, die sowohl auf § 1 GWB als auch auf die Fusionskontrolle gestützt gewesen sei, trotz unterschiedlicher Streitgegenstände nur eine Untersagung enthalte, über die das Beschwerdegericht nicht im Wege des Teilbeschlusses habe entscheiden dürfen. Das Beschwerdegericht habe seiner Entscheidung keinen hiervon abweichenden abstrakten Rechtssatz zugrunde gelegt. Vorliegend habe die Beschwerdeentscheidung nicht mehr den Bestand einer Untersagungsverfügung betroffen, die auf zwei selbständig tragenden Gründen gestützt gewesen sei, sondern eine Rechtmäßigkeitsprüfung im Fortsetzungsfeststellungsverfahren. Soweit das Fortsetzungsfeststellungsinteresse gefehlt habe, könne keine beide Verbotsgünde umfassende Sachprüfung erfolgen.

Abschließend stellt der Kartellsenat fest, dass die Beiladung ein ausschließlich begünstigender Verwaltungsakt sei, von dem der Beigeladene keinen Gebrauch machen müsse, ohne deshalb Nachteile befürchten zu müssen.¹²⁴ Die erklärte Rücknahme des Beiladungsantrags der Kaiser's Tengelman GmbH & Co. KG sei daher wirkungslos und diese deshalb weiterhin am Verfahren beteiligt.

c) „ConsulTrust“

Mit dem Vollzugsverbot aus § 41 GWB befasste sich der Kartellsenat auch in seinem Urteil vom 17. Oktober 2017.¹²⁵ Gegenstand dieser Rechtsache waren Schadensersatzansprüche, die nach einer Kapitalerhöhung

¹²³ Beschluss vom 08. Mai 2011 – [KVR 12/99](#) –.

¹²⁴ [KVZ 5/16](#), a.a.O., juris, Rn. 18.

¹²⁵ Urteil vom 17. Oktober 2017 – [KZR 24/15](#) – (an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt).

und Übernahme von Gesellschaftsanteilen durch den neuen Mehrheitsgesellschafter gegen die früheren Gesellschafter einer GmbH erhoben wurden. Die nach § 43 Abs. 2 GmbHG in Anspruch genommenen früheren Geschäftsführer hatten in Abrede gestellt, dass im Rahmen der Kapitalerhöhung die ConsulTrust GmbH wirksam Mehrheitsgesellschafterin der Klägerin geworden war. Im Rahmen einer negativen Zwischenfeststellungswiderklage beehrten die beklagten Gesellschafter die Feststellung, dass die u.a. die Kapitalerhöhung umfassenden Verträge wegen Verstoßes gegen § 41 Abs. 1 GWB i.d.F. der 7. Novelle unwirksam geblieben waren, da der mit diesen Verträgen vollzogene Zusammenschluss nicht vorab beim Bundeskartellamt angemeldet worden war und die spätere Einstellung des Entflechtungsverfahrens nicht zu einer Heilung des Verstoßes gegen das Vollzugsverbot habe führen können.

Der Kartellsenat hat sich insoweit der Auffassung des Berufungsgerichts angeschlossen, welches die Zwischenfeststellungsklage als unbegründet angesehen hatte. Der Bundesgerichtshof hat in dieser Rechtssache klargestellt, dass ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot auch unter der Geltung von § 41 Abs. 1 GWB a.F. nicht zur unheilbaren Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts, sondern nur zu dessen schwebender Unwirksamkeit geführt habe; diese Unwirksamkeit sei rückwirkend mit der Einstellung des Entflechtungsverfahrens durch das Bundeskartellamt entfallen.¹²⁶ Es wäre – so der Kartellsenat – unverständlich, wenn die Verletzung der Anmeldepflicht neben der schwebenden Unwirksamkeit und der Bußgeldsanktion weitere Sanktionen zur Folge hätte. Liegt kein Verstoß gegen die Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle vor, ist eine Maßnahme nicht als unheilbar nichtig anzusehen.¹²⁷ Die Anteilsübernahme im Rahmen der Kapitalerhöhung sei deshalb nicht unwirksam geblieben. Die Beklagten hätten sich auch nicht während der schwebenden Unwirksamkeit zwischen dem Vollzug der Kapitalerhöhung einerseits und der Einstellung des Entflechtungsverfahrens durch das Bundeskartellamt

¹²⁶ a.a.O., juris, Rn. 38.

¹²⁷ a.a.O., juris, Rn. 40.

andererseits einseitig von den auf die Kapitalerhöhung gerichteten Verträgen lösen können. Sinn und Zweck des in § 41 Abs. 1 GWB geregelten Vollzugsverbots erforderten es nicht, den Parteien eine solche Befugnis einzuräumen.¹²⁸

Seite 55 von 55

4. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung
(entfällt)

5. Sonstiges
(entfällt)

Karlsruhe, den 15. März 2018

Dr. Peter Rädler

¹²⁸ a.a.O., juris, Rn. 45.