

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 2. Halbjahr 2018

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

Dieser Beitrag fasst die im zweiten Halbjahr 2018 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 2019 veröffentlichten Entscheidungen begrenzt;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.

Wettbewerbs- und Kartellrecht

I. Lauterkeitsrecht

1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen
2. Per-se-Verbote („Schwarze Liste“)
3. Rechtsbruch
4. Mitbewerberschutz/Aggressive geschäftliche Handlungen
5. Irreführung
6. Vergleichende Werbung

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.

7. Unzumutbare Belästigung
8. Rechtsfolgen
9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung;
Prozessuales
10. 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. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung;
Prozessuales
6. Sonstiges

I. Lauterkeitsrecht

1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

(entfällt)

2. Per-se-Verbote

(entfällt)

3. Rechtsbruch

a) „Jogginghosen“ (Spürbarkeit i.S.v. § 3a UWG)

Die Voraussetzung einer spürbaren Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen betrifft das Urteil des Bundesgerichtshofs „Jogginghosen“ vom 31. Oktober 2018.³

Die Parteien stritten in dieser Rechtssache über die Kennzeichnung der Bestandteile von Bekleidungsgegenständen. Die klagende Herstellerin von Bekleidung hatte den konkurrierenden Bekleidungshändler auf Unterlassung in Anspruch genommen wegen der Etikettierung von Bekleidung

³ BGH, Urteil vom 31. Oktober 2018 – [I ZR 73/17](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

mit „52 % Cotton, 40 % Polyester, 8 % Acrylic“. Das Berufungsgericht hatte dem Antrag auf Unterlassung allein wegen der Bezeichnung „Acrylic“, dagegen nicht wegen der Bezeichnung „Cotton“ für begründet angesehen. Der Bundesgerichtshof bestätigt zunächst, dass die Bezeichnungsvorgaben in der Textilkennzeichnungsverordnung Nr. 1007/2011 Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 3a UWG darstellen. Das Berufungsgericht habe auch rechtsfehlerfrei eine Verletzung dieser Verordnung angenommen, da für den deutschsprachigen Raum nur die Bezeichnung „Baumwolle“; nicht dagegen die Bezeichnung „Cotton“ im Anhang I der Verordnung aufgeführt sei.⁴ Der Bundesgerichtshof bestätigt aber auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, wonach die Verwendung der Faserbezeichnung „Cotton“ die Interessen der Verbraucher nicht spürbar i.S.v. § 3a UWG beeinträchtigt.

Im Anschluss an sein Urteil vom 02. März 2017 „Komplettküchen“⁵ gibt der Bundesgerichtshof nunmehr auch für das Erfordernis der Spürbarkeit i.S.v. § 3a UWG seine bisherige Rechtsprechung auf, wonach eine Spürbarkeit immer schon dann anzunehmen war, wenn dem Verbraucher Informationen vorenthalten werden, die das Unionsrecht als wesentlich einstuft.⁶ Ebenso wie in seiner neueren Rechtsprechung zu § 5a Abs. 2 UWG nimmt der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung auch für die Spürbarkeit i.S.v. § 3a UWG an, ein Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung sei nur dann spürbar, wenn der Verbraucher die ihm vorenthaltene wesentliche Information je nach den Umständen benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen, und das Vorenthalten der Information geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte; insoweit trifft den Unternehmer, der das Unionsrecht verletzt, eine sekundäre Darlegungslast. Nach diesen Maßstäben hält der Bundesgerichtshof die Beurteilung des Berufungsgerichts für rechtsfehlerfrei, wonach sich der Begriff „Cotton“ in der deutschen Umgangssprache als beschreibende Angabe für

⁴ a.a.O. – juris, Rn. 27.

⁵ Urteil vom 02. März 2017 – [LZR 41/16](#) – juris, Rn. 31.

⁶ BGH, Urteil vom 31. Oktober 2018 – a.a.O. – juris, Rn. 30 f.

„Baumwolle“ eingebürgert habe und daher eine spürbare Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen nicht in Betracht komme⁷ (zu prozessualen Aspekten dieser Entscheidung vgl. auch unten I. 9.).

b) „Crailsheimer Stadtblatt II“ (§ 3a UWG, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG)

Im Urteil vom 20. Dezember 2018⁸ hatte der I. Zivilsenat nochmals Gelegenheit, sich zur zulässigen Reichweite kommunaler Publikationen in Abgrenzung zur Pressefreiheit zu äußern. In Streit stand das von der Kreisstadt Crailsheim unter dem Titel „Stadtblatt“ veröffentlichte kommunale Amtsblatt. Dieses erschien seit 2003 unter Einschaltung eines privaten Verlagsunternehmens, wobei das „Stadtblatt“ aus einem amtlichen, von der Kreisstadt selbst verantworteten redaktionellen sowie einem Anzeigenteil bestand. Nach dem Gemeinderatsbeschluss vom 25. Juni 2018, das „Stadtblatt“ ab dem 01. Januar 2016 kostenlos im Stadtgebiet zu verteilen, nahm die Klägerin – ein privates Verlagsunternehmen – die beklagte Kreisstadt unter Bezugnahme auf die als Beispielsausgabe herangezogene Ausgabe des „Stadtblatts“ vom 11. Juni 2015 auf Unterlassung in Anspruch.

Das Landgericht hatte der Klage stattgegeben. Nach erfolgloser Berufung der Beklagten blieb auch ihre Revision erfolglos. Der Bundesgerichtshof bestätigte die vorinstanzliche Verurteilung gemäß § 3a UWG i.V.m. dem Gebot der Staatsferne der Presse aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Der Bundesgerichtshof nimmt Bezug auf seine Rechtsprechung „Einkauf aktuell“ und „Tagesschau-App“, wonach das Gebot der Staatsferne der Presse eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG darstelle.⁹ Das Gebot der Staatsferne der Presse lasse eine pressemäßige Bestätigung von Hoheitsträgern nur im Rahmen der ihnen zugewiesenen Aufgaben und nur insoweit zu, als die Garantie des Instituts der freien Presse aus Art. 5

⁷ a.a.O. – juris, Rn. 33 f.

⁸ Urteil vom 20. Dezember 2018 – [I ZR 112/17](#) – juris; Anhörungsrüge zurückgewiesen durch Beschluss vom 13. Februar 2019.

⁹ a.a.O. – juris, Rn. 19.

Abs. 1 Satz 2 GG nicht gefährdet werde; Ausgangspunkt für die rechtliche Beurteilung einer rechtlichen kommunalen Publikation unter dem Blickwinkel von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG sei in dieser Sache die in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG sowie in Art. 71 Abs. 1 der Landesverfassung für Baden-Württemberg gewährleistete Selbstverwaltungsgarantie als Kompetenznorm.¹⁰ Als Kompetenznorm besitze Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG allerdings ausschließlich staatsgerichtete Funktionen und entfalte keine Wirkung im Staat-Bürger-Verhältnis. Die verfassungsrechtlich begründete staatliche Aufgabenzuweisung und die darin liegende Ermächtigung zur Information der Bürgerinnen und Bürger erlaube den Kommunen nicht jegliche pressemäßige Äußerung, die irgendeinen Bezug zur öffentlichen Gemeinschaft aufweise. Die innere Grenze werde durch den erforderlichen Bezug auf die Gemeinde und ihre Aufgaben gesetzt; die äußere Grenze ziehe die Garantie des Instituts der freien Presse.¹¹

Bezogen auf den Inhalt einer gemeindlichen Publikation bestehe ein Bereich auf jeden Fall zulässigen Informationshandelns durch die Kommune, der die Garantie des Instituts der freien Presse nicht berührt. Daneben lasse sich eine die Grenzen zulässiger staatlicher Kommunikation klar überschreitende Tätigkeit ausmachen, die eine vom Staat unabhängige Meinungsbildung der Öffentlichkeit gefährde. Hierzu zählten allgemeine Beiträge über ortsansässige Unternehmen, die Bewertung privater Initiativen oder die allgemeine Beratung der Leserinnen und Leser; ebenso seien rein gesellschaftliche Ereignisse aus den Bereichen Sport, Kunst und Musik in der Regel keine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung und kein zulässiger Gegenstand gemeindlicher Öffentlichkeitsarbeit.¹² Dabei erkennt der I. Zivilsenat allerdings einen gewissen Toleranzbereich an: Einzelne, die Grenzen zulässiger staatlicher Öffentlichkeitsarbeit überschreitende Artikel allein begründen danach noch keine Verletzung des Gebots der Staatsferne der Presse; notwendig sei vielmehr eine wertende Betrachtung der Publikation insgesamt, bei der sich jede schematische

¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 23.

¹¹ a.a.O. – juris, Rn. 28.

¹² a.a.O. – juris, Rn. 37 f.

Betrachtungsweise verbiete. In diese Gesamtwürdigung sei auch eine Anzeigenschaltung einzubeziehen. Sie sei nicht generell unzulässig, sondern könne zulässiger, fiskalisch motivierter Randnutzen sein. Erfolge die Verteilung der fraglichen Publikationen allerdings kostenlos, erhöhe sich die Gefahr einer Substitution privater Presse.¹³

Hieran gemessen hat der I. Zivilsenat die Beurteilung des Berufungsgerichts bestätigt, wonach ein der Beispielsausgabe entsprechendes „Stadtblatt“ gegen die Marktverhaltensregelung der Staatsferne der Presse verstoße.¹⁴

c) „YouTube-Werbekanal II“ (§ 3a UWG, § 5 Abs. 1 Pkw-EnVKV)

Mit Urteil vom 13. September 2018 hat der I. Zivilsenat in der Sache „YouTube-Werbekanal II“ die Reichweite der PKW-EnVKV auf Videokanäle (dort der Internetdienst YouTube) geklärt.¹⁵ Gegenstand des Verfahrens war ein von Peugeot Deutschland bei YouTube eingestelltes Werbevideo für ein neues Modell; die Werbung enthielt allerdings die in § 5 Abs. 1 PKW-EnVKV vorgegebenen Angaben über den Kraftstoffverbrauch und die CO₂-Emissionen nicht.

Dass es sich bei § 5 Abs. 2 PKW-EnVKV um eine Marktverhaltensregelung i.S.v. (hier noch) § 4 Nr. 11 UWG a.F. handelt, ist in der Rechtsprechung geklärt.¹⁶ Der Senat hatte allerdings Zweifel, ob ein Videokanal bzw. ein konkretes Werbevideo auf dem Internetdienst YouTube als audiovisueller Mediendienst im Sinne der Richtlinie 2010/13/EU anzusehen ist und daher nicht in den Anwendungsbereich der – von der PKW-EnVKV umgesetzten – Richtlinie 1999/94/EG zu Verbraucherinformationen über den Kraftstoffverbrauch und CO₂-Emissionen für neue Pkw fällt. Auf den Vorlagebeschluss des Bundesgerichtshofs hat der EuGH mit

¹³ a.a.O. – juris, Rn. 40 f.

¹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 42 f.

¹⁵ Urteil vom 13. September 2018 – [I ZR 117/15](#) – juris.

¹⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 05. März 2015 – [I ZR 164/13](#) – neue Personenkraftwagen II – juris, Rn. 13.

Urteil vom 21. Februar 2018¹⁷ entschieden, dass der Begriff „audiovisuelle Mediendienste“ – im Sinne der Richtlinie – weder einen Videokanal noch ein einzelnes Video für sich erfasst. Nach dieser Klärung durch den EuGH hat der Bundesgerichtshof nunmehr die Verurteilung der deutschen Peugeot-Niederlassung bestätigt. Da es sich bei dem Werbevideo um Werbung zu kommerziellen Zwecken handele, könne sich die Beklagte nicht auf die Ausnahmebestimmung in § 5 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 PKW-EnVKV für Hörfunk und audiovisuelle Mediendienste berufen; angesichts der gerechtfertigten Differenzierung zwischen Werbevideos und Sendungen ohne Werbezweck sei auch das Grundrecht auf Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit aus Art. 11 GRCh nicht verletzt.¹⁸ Auch handele es sich nach der Entscheidung des EuGH bei dem Werbevideo nicht um audiovisuelle kommerzielle Kommunikation im Sinne der Richtlinie 2010/13/EU, da dem fraglichen Video insofern der Charakter einer eigenständigen Sendung fehle.¹⁹ Die von der Beklagten im Berufungsverfahren abgegebene Unterlassungserklärung sei nicht geeignet gewesen, die Wiederholungsgefahr entfallen zu lassen. Dies gelte schon deshalb, da sie mit dem geltend gemachten Unterlassungsanspruch nicht vollständig übereingestimmt habe.²⁰

d) Vorlagebeschluss „Uberblack I“ (§ 3a UWG, § 49 Abs. 4 PBefG)

Mit Beschluss vom 18. Mai 2017 hat der Bundesgerichtshof die Vereinbarkeit eines Verbots der Smartphone-Anwendung „Uberblack“ mit dem Unionsrecht dem EuGH zur Klärung vorgelegt.²¹ Mit dieser App konnten bzw. können Nutzer einen Mietwagen mit Fahrer buchen; die Beklagte – ein Unternehmen mit Sitz in den Niederlanden – kooperierte mit Mietwagenunternehmen, die in Deutschland über eine Erlaubnis zur Personenbeförderung verfügten. Die zu diesen Unternehmen gehörenden Fahrzeuge wurden in der Werbung der Beklagten einheitlich als „Uber“ be-

¹⁷ Urteil vom 21. Februar 2018 – C-132/17 – Peugeot Deutschland ./.. Deutsche Umwelthilfe – juris.

¹⁸ Urteil vom 19. September 2018 – a.a.O. – juris, Rn. 35 f.

¹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 38 f.

²⁰ a.a.O. – juris, Rn. 52 f.

²¹ Beschluss vom 18. Mai 2017 – [I ZR 3/16](#) – juris.

zeichnet; auch die Preisgestaltung, Abwicklung des Zahlungsverkehrs und die Werbung für Rabattaktionen erfolgten durch die Beklagte.

Der I. Zivilsenat teilt die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die Verwendung der fraglichen App in der beanstandeten Version gegen § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG verstoße.²² Nach dieser Regelung dürfen Mietwagen nur Beförderungsaufträge ausführen, die am Betriebssitz oder in der Wohnung des Unternehmers eingegangen sind. Diese Anforderungen seien nicht erfüllt, wenn – wie bei der App – der Fahrer unmittelbar und gleichzeitig mit dem Betriebssitz über einen Beförderungsauftrag unterrichtet werde. Gegen die Bestimmung in § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG bestünden auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken; insbesondere stelle die Regelung keinen unverhältnismäßigen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar.²³

Der Bundesgerichtshof sieht allerdings für klärungsbedürftig an, ob die fragliche App unter die Dienstleistungsfreiheit in Art. 56 Abs. 1 AEUV fällt und – sollte dies der Fall sein – ein Verbot der App unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt ist. Die App wäre von der Dienstleistungsfreiheit in Art. 56 Abs. 1 AEUV ausgenommen, wenn es sich um eine Verkehrsdienstleistung i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Buchst. d) der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt handelt. Dies sei – so der Senat – zwar für die elektronische Vermittlung von Fahraufträgen an Mietwagen als solche nicht der Fall. Dagegen tendiert der Senat zu einer Einordnung der App unter dem Begriff der Verkehrsdienstleistung unter den besonderen, vom Berufungsgericht festgestellten Umständen, wonach die Beklagte selbst eine an sie gebundene Flotte von Fahrzeugen mit Fahrern organisiere und nach außen vollständig die Abwicklung des Dienstes übernehme.²⁴ Für den Fall, dass der EuGH diese Beurteilung nicht teilt, wirft der Senat die weitere Frage auf, ob ein Verbot der fraglichen Dienstleistung aufgrund des Ziels, die Wettbewerbs- und Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs zu erhalten, unter dem Aspekt

²² a.a.O. – juris, Rn. 18.

²³ juris, Rn. 24.

²⁴ juris, Rn. 34 f.

des Schutzes der öffentlichen Ordnung i.S.v. Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2006/123/EG gerechtfertigt sein könne. Der Senat verweist hierfür auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁵, wonach die gesetzliche Abgrenzung der Berufsbilder des Mietwagen- und Taxiunternehmers dem Schutz der Existenz- und Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs diene, an dem ein wichtiges Interesse der Allgemeinheit bestehe. Aus Sicht des Senats sind diese Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts geeignet, eine etwaige Beschränkung der unionsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung zu rechtfertigen.²⁶

e) „Hohlfasermembranspinnanlage II“ (§§ 3a, 17 Abs. 2 UWG)

Im Urteil vom 22. März 2018 befasst sich der I. Zivilsenat mit den Anforderungen an die Darlegung für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und für Verletzungshandlungen.²⁷ Die klagende Herstellerin von Spinnanlagen für Hohlfasern zum Zwecke des Einbaus in Dialysefilter hatte gegen die Beklagte und deren Geschäftsführer einen nach § 17 Abs. 2 UWG unzulässigen Nachbau ihren Anlagen geltend gemacht. Das Berufungsgericht hatte das (teilweise) stattgebende Urteil des Landgerichts aufgehoben, da die Klägerin weder ein Betriebsgeheimnis noch eine unbefugte Verwertung i.S.v. § 17 Abs. 2 UWG hinreichend konkret vorgetragen habe.

Mit der von ihm zugelassenen Revision hat der I. Zivilsenat diese Beurteilung als fehlerhaft beanstandet. Hinreichend konkreten Vortrag für ein Betriebsgeheimnis an ihren Spinnanlagen habe die Klägerin in zweiter Instanz bereits dadurch gehalten, dass sie sich das Ergebnis des erstinstanzlichen Sachverständigengutachtens und die für sie günstigen Feststellungen des Landgerichts zu eigen gemacht habe.²⁸ Das Berufungsgericht sei auch nicht berechtigt gewesen anzunehmen, die Klägerin habe nicht dargelegt, dass das behauptete Betriebsgeheimnis interessierten

²⁵ Beschluss vom 14. November 1989 – 1 BvL 14/85 u.a. – juris, Rn. 54 f.

²⁶ juris, Rn. 43 f.

²⁷ Urteil vom 22. März 2018 – [I ZR 118/16](#) – juris.

²⁸ a.a.O. – juris, Rn. 31 f.

Fachkreisen nicht bekannt sei. Eine den Geheimnischarakter einer Tatsache ausschließende Offenkundigkeit liege nur vor, wenn die Tatsache allgemein bekannt sei; dass die Tatsache einem begrenzten Personenkreis zugänglich gewesen ist, stehe der Annahme eines Betriebsgeheimnisses nicht entgegen. Insbesondere werde der Geheimnischarakter im Allgemeinen nicht dadurch aufgehoben, dass Vorgänge in einem Produktionsbetrieb den dort Beschäftigten bekannt werden. Die vom Berufungsgericht als maßgeblich erachtete Zuordnung einer Tatsache zum Stand der Technik sei dagegen für die Frage einer den Geheimnischarakter ausschließenden allgemeinen Bekanntheit ohne Bedeutung.²⁹ Zu Unrecht habe das Berufungsgericht einer möglichen Verletzungshandlung auch das redlich erworbene Erfahrungswissen des Geschäftsführers der Beklagten entgegengehalten. Ein ausgeschiedener Mitarbeiter dürfe die während der Beschäftigungszeit erworbenen Kenntnisse – soweit kein Wettbewerbsverbot gelte – auch später unbeschränkt verwenden; dies gelte allerdings nur dann, wenn sich der Mitarbeiter auf Informationen bezieht, die in seinem Gedächtnis bewahrt sind.³⁰

4. Mitbewerberschutz/Aggressive geschäftliche Handlungen

a) „Werbeblocker II“ (§§ 4 Nr. 4, 4a Abs. 1 UWG)

In der Entscheidung „Werbeblocker II“³¹ setzt sich der Bundesgerichtshof mit der lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit von Werbeblockern auf Internetseiten auseinander. Über urheber- und kartellrechtliche Ansprüche hatte der Senat in dieser Rechtssache noch nicht zu entscheiden.

In Streit stand der Werbeblocker „AdBlock Plus“, ein Softwareprogramm, das als Zusatzprogramm für alle gängigen Internet-Browser in der Lage ist, Werbung auf Internetseiten zu unterdrücken. Dabei beeinflusst das Programm den Zugriff des Browsers in der Weise, dass nur noch Daten

²⁹ a.a.O. – juris, Rn. 38 f.

³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 46.

³¹ Urteil vom 19. April 2018 – [I ZR 154/16](#) – juris; Anhörungsrüge zurückgewiesen durch Beschluss vom 21. November 2018.

von Konten-Servern (die eigentlichen Internetinhalte), nicht aber die Dateien mit Werbeinhalten von den sog. Ad-Servern angezeigt werden. Neben der Blockierung von Werbeinhalten durch diese sog. „Blacklist“ bot die Beklagte als Vertreiberin des Softwareprogramms Unternehmen aber auch die Möglichkeit an, ihre Werbung von dieser Blockade durch Aufnahme in eine sog. „Whitelist“ ausnehmen zu lassen; Voraussetzung hierfür war, dass die fragliche Werbung die von der Beklagten gestellten Anforderungen an eine „akzeptable Werbung“ erfüllte und die Unternehmen – soweit es sich nicht um kleinere und mittlere Unternehmen handelte – ein umsatzabhängiges Entgelt zahlten. Die Axel Springer SE sah in dem Werbeblocker eine gezielte Behinderung i.S.v. § 4 Nr. 4 UWG sowie eine aggressive geschäftliche Handlung i.S.v. § 4a Abs. 1 UWG, da die Finanzierung seiner redaktionellen Inhalte im Internet durch Werbeinhalte verhindert werde.

Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt. Der Bundesgerichtshof bejaht mit dem Berufungsgericht die Eigenschaft der Parteien als Mitbewerber i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Zwar versuchten die Parteien nicht gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen. Für ein konkretes Wettbewerbsverhältnis reiche allerdings die wettbewerbliche Wechselwirkung zwischen dem Angebot werbefinanzierter redaktioneller Inhalte im Internet einerseits und der Bereitstellung einer Software zur Unterdrückung von Werbung auf Internetseiten andererseits aus.³² Das Softwareprogramm stelle jedoch keine gezielte Behinderung der Klägerin dar. Zwar werde deren Geschäftsmodell durch die Unterdrückung von Werbung beeinträchtigt. Der Erzielung von Werbeeinnahmen stehe die Software der Beklagten jedoch nicht grundsätzlich entgegen, weil es die Möglichkeit der Freischaltung von Werbung durch Aufnahme in die sog. Whitelist eröffne. Aus Sicht von Internetnutzern, die mit der fraglichen Software als aufdringlich eingeordnete Werbeformen nicht angezeigt bekommen möchten, erweise sich die angegriffene Geschäftsidee der Beklagten zudem als marktgängiges

³² a.a.O. – juris, Rn. 18.

Dienstleistungsangebot, das nicht in erster Linie auf die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung der Klägerin gerichtet sei.³³ Weil Installation und Einsatz des Programms der autonomen Entscheidung des Internetnutzers vorbehalten seien, fehle es schon deshalb an einer unmittelbaren Einwirkung durch die Beklagte. Unter Verweis auf seine frühere Entscheidung „Werbeblocker I“³⁴ (zum automatischen Umschalten eines Fernsehprogramms während der Fernsehwerbung) führt der Senat aus, eine Beeinträchtigung, die sich aufgrund der freien Entscheidung eines weiteren Marktteilnehmers ergebe, stelle grundsätzlich keine unlautere Behinderung dar.³⁵ Der Beklagten sei auch keine unzulässige mittelbare Produkteinwirkung vorzuwerfen. Die Klägerin sei als grundrechtlich nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG privilegiertes Medienunternehmen gehalten, sich zur Abwehr der vom Einsatz des Programms der Beklagten ausgehenden wettbewerblichen Beeinträchtigung eigener wettbewerblicher Mittel zu bedienen; solche Mittel stünden der Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch zur Verfügung. Die Klägerin habe dagegen keinen Anspruch darauf, dass der Nutzer die Werbung auf den Internetseiten der Klägerin zur Kenntnis nimmt und keinen Werbeblocker einsetzt, wenn die Klägerin keine technischen Maßnahmen gegen eine Verwendung von Werbeblockern ergreife.³⁶

Insoweit verneint der Bundesgerichtshof entgegen der Beurteilung des Berufungsgerichts auch ein aggressives geschäftliches Verhalten der Beklagten i.S.v. § 4a UWG. Nicht zu beanstanden sei insoweit die Annahme des Berufungsgerichts, das Verhalten der Beklagten stelle eine gegen werbewillige Marktteilnehmer (die auf der Internetseite der Klägerin tätigen Werbetreibenden) gerichtete aggressive Praktik dar. Die Vorschrift des § 4a UWG verbiete die aggressiven geschäftlichen Handlungen nicht – wie § 4 Nr. 4 UWG – im Horizontalverhältnis, sondern im Vertikalverhältnis.

³³ a.a.O. – juris, Rn. 26.

³⁴ Urteil vom 24. Juni 2004 – [I ZR 26/02](#) – juris, Rn. 26.

³⁵ Urteil vom 19. April 2018 – a.a.O. – juris, Rn. 30.

³⁶ a.a.O. – juris, Rn. 41.

nis gegenüber Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern.³⁷ Ohne Rechtsfehler habe das Berufungsgericht auch noch angenommen, dass die Beklagte gegenüber den Werbepartnern der Klägerin eine Machtposition i.S.v. § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG innehabe. Dies folge aus dem Umstand, dass die Software der Beklagten auf über 9,5 Mio. Endgeräten mit Zugang zum Internet verwendet werde. Allerdings begründe der fragliche Werbeblocker keine unzulässige Beeinflussung im Sinne dieser Bestimmung. Das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, die Klägerin werde in unzulässiger Weise an der Ausübung vertraglicher Rechte i.S.d. § 4a Abs. 2 Nr. 4 UWG gegenüber den Werbepartnern gehindert. Die Einwirkung eines Aggressors auf die Ausübung von Rechten in einem Vertragsverhältnis, das zwischen dem von der geschäftlichen Handlung betroffenen Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmern (hier der Klägerin) und einem Dritten (hier den Werbepartnern) bestehe, unterfalle § 4a Abs. 2 Nr. 4 UWG nicht.³⁸ Die Beklagte nutze ihre Machtposition auch nicht in einer Weise aus, welche die Fähigkeit sonstiger Marktteilnehmer zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränke. Werde ein Unternehmen, das die Schaltung von Werbung im Internet beabsichtigt, mit dem Phänomen der Werbeblocker konfrontiert, so sei davon auszugehen, dass im Rahmen der wirtschaftlichen Entscheidungsfindung die zur Verfügung stehenden Optionen kaufmännisch betrachtet und abgewogen werden.³⁹

b) „Zahlungsaufforderung“ (§ 4a Abs. 1 UWG)

Im Urteil vom 22. März 2018⁴⁰ stellt der Bundesgerichtshof in Abgrenzung zu seinem Urteil „Schufa-Hinweis“⁴¹ klar, unter welchen Voraussetzungen Zahlungsaufforderungen von Inkassounternehmen als unzulässige Beeinflussung i.S.v. § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG anzusehen sind.

³⁷ a.a.O. – juris, Rn. 58.

³⁸ a.a.O. – juris, Rn. 66.

³⁹ a.a.O. – juris, Rn. 71.

⁴⁰ Urteil vom 22. März 2018 – [I ZR 25/17](#) – juris.

⁴¹ Urteil vom 19. März 2015 – [I ZR 157/13](#) – juris.

In Streit stand das Schreiben eines Inkassounternehmens, in dem es u.a. hieß: „Letztmalig geben wir Ihnen die Möglichkeit, Ihre Forderungsangelegenheit ohne negative Auswirkungen für Sie zu erledigen. ... Die Einleitung gerichtlicher Schritte steht unmittelbar bevor.“ Der Bundesgerichtshof betont, die Ausübung von Druck durch Drohung mit einer rechtlich zulässigen Maßnahme könne die Fähigkeit der Verbraucher zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränken und damit den Tatbestand der unzulässigen Beeinflussung erfüllen, wenn bei dieser Drohung verschleiert wird, dass der Schuldner die Möglichkeit hat, den Eintritt der angebotenen Maßnahme zu verhindern.⁴² In diesem Sinne hatte der Senat in seiner Entscheidung „Schufa-Hinweis“⁴³ einen unangemessenen unsachlichen Einfluss i.S.v. § 4 Nr. 1 UWG a.F. angenommen, da kein hinreichend klarer Hinweis erfolgt war, wonach der Verbraucher mit dem bloßen Bestreiten der Forderung eine Mitteilung an die Schufa verhindern konnte. In der jetzt entschiedenen Sache hat das Berufungsgericht nach Auffassung des Bundesgerichtshofs dagegen rechtsfehlerfrei angenommen, das Schreiben des beklagten Inkassounternehmens stelle eine mit bestimmten Zahlungsvorschlägen verbundene Zahlungsaufforderung sowie die Androhung gerichtlicher Schritte und anschließender Vollstreckungsmaßnahmen dar, ohne dass verschleiert werde, dass der Schuldner in einem Gerichtsverfahren geltend machen könne, den beanspruchten Geldbetrag nicht zu schulden.⁴⁴

c) „Industrienähmaschinen“ (§§ 4 Nr. 3 und Nr. 4 UWG)

Mit Ansprüchen aus lauterkeitsrechtlichem Nachahmungsschutz sowie wegen gezielter Behinderung befasst sich der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung „Industrienähmaschinen“.⁴⁵ Die Klägerin, eine weltweit tätige Herstellerin von Industrienähmaschinen, hatte die fast identische Nachahmung ihrer Maschinen durch die Beklagte und deren Präsentation auf einer internationalen Messe in Frankfurt/Main beanstandet.

⁴² BGH, Urteil vom 22. März 2018 – a.a.O. – juris, Rn. 14.

⁴³ Urteil vom 19. März 2015 – [I ZR 157/13](#) – juris, Rn. 25.

⁴⁴ Urteil vom 22. März 2018 – a.a.O. – juris, Rn. 15 f.

⁴⁵ Urteil vom 20. September 2018 – [I ZR 71/17](#) – juris.

Der Bundesgerichtshof bestätigt zunächst die Beurteilung des Berufungsgerichts, wonach Ansprüche wegen einer vermeidbaren Täuschung über die betriebliche Herkunft nach § 4 Nr. 3 Buchst. a) UWG nicht bestehen. Eine unmittelbare Herkunftstäuschung habe das Berufungsgericht zu Recht wegen der deutlich abweichenden Kennzeichnung der Maschinen verneint. Eine mittelbare Herkunftstäuschung aufgrund vermeintlicher Lizenzverbindungen habe die Klägerin nicht hinreichend darstellen können.⁴⁶

Beanstandet hat der Bundesgerichtshof allerdings die weitere Beurteilung des Berufungsgerichts, wonach auch eine unlautere Rufausbeutung i.S.v. § 4 Nr. 3 Buchst. b) UWG nicht vorliege. Das Berufungsgericht habe insoweit versäumt, hinreichende Feststellungen zu den relevanten Umständen des Einzelfalls zu treffen und eine Gesamtwürdigung vorzunehmen. Der Senat verweist auf seine ständige Rechtsprechung, wonach für eine unlautere Rufausbeutung ein strenger Maßstab dann gilt, wenn eine (fast) identische Nachahmung in Rede steht.⁴⁷ Auch die vom Berufungsgericht verneinte gezielte Behinderung i.S.v. § 4 Nr. 4 UWG führte zur Aufhebung des Berufungsurteils. Das Berufungsgericht habe insoweit nicht berücksichtigt, dass eine gezielte Behinderung auch beim systematischen Nachbau einer Vielzahl eigenartiger Erzeugnisse eines Mitbewerbers in Betracht komme. Ebenso wie beim Tatbestand der vermeidbaren Herkunftstäuschung⁴⁸ sei auch im Rahmen der Gesamtwürdigung einer gezielten Behinderung der Grad der wettbewerblichen Eigenart ebenso wie der Grad der Nachahmung einzubeziehen.⁴⁹

⁴⁶ a.a.O. – juris, Rn. 19 f.

⁴⁷ a.a.O. – juris, Rn. 23 f.

⁴⁸ a.a.O. – juris, Rn. 11 unter Verweis auf Urteil vom 16. November 2017 – [I ZR 91/16](#) – Handfugerpistole – juris, Rn. 13.

⁴⁹ a.a.O. – juris, Rn. 32 f.

b) „Versandapotheke“ (§ 3a UWG, § 7 Abs. 1 HWG, § 78 AMG)

Mit den Folgen der grundlegenden „DocMorris“-Entscheidung des EuGH⁵⁰ für das Preisrecht inländischer Apotheken beschäftigt sich der Bundesgerichtshof im Urteil vom 29. November 2018 in der Sache „Versandapotheke“.⁵¹ In dieser Sache hatte sich die Berufsvereinigung der Apotheker im Bezirk Nordrhein mit ihrer Klage gegen die Gewährung einer Neukundenprämie i.H.v. 10,00 € durch die beklagte Versandapotheke mit Sitz in Deutschland gewandt. Nach einer Verurteilung in erster Instanz und einer erfolglosen Berufung hatte der Bundesgerichtshof die Revision zugelassen; in der Sache blieb diese allerdings – mit Ausnahme der Abmahnkosten – ohne Erfolg.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats, dass § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG – wonach Zuwendungen und sonstige Werbegaben für Arzneimittel grundsätzlich unzulässig sind – eine Marktverhaltensregelung darstellen. Der Senat ließ auch nicht den Einwand der Revision gelten, § 7 HWG erfasse nicht Werbung für eine nicht näher eingegrenzte Vielzahl von Arzneimitteln oder das gesamte Sortiment. Insoweit ist in der Rechtsprechung des Senats seit der Entscheidung „DeguSmiles & more“⁵² und „Freunde werben Freunde“⁵³ geklärt, dass das Verbot der Werbung für Arzneimittel gemäß Art. 86 und Art. 89 der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Arzneimittel sowohl die Werbung für einzelne Arzneimittel als auch die produktgruppen- und sortimentsbezogene Werbung umfasst.⁵⁴ Zugunsten der Beklagten greife auch keine der Ausnahmebestimmungen in § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 HWG, da sich die Prämie auch auf apothekenpflichtige Arzneimittel beziehe, für die der einheitliche Apothekenabgabepreis nach § 78 Abs. 2 AMG gelte. Auch eine Berufung der Klägerin auf die vom EuGH in seiner Entschei-

⁵⁰ EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2016 – C-148/15 – Deutsche Parkinson Vereinigung ./Zentrale –.

⁵¹ Urteil vom 29. November 2018 – [I ZR 237/16](#) – juris.

⁵² Urteil vom 26. März 2009 – [I ZR 99/07](#) – juris, Rn. 13 f.

⁵³ Urteil vom 24. November 2016 – [I ZR 163/15](#) – juris, Rn. 31.

⁵⁴ Urteil vom 29. November 2018 – a.a.O. – juris, Rn. 21.

dung „DocMorris“ entwickelten Grundsätze zur Arzneimittelpreisbindung komme für die Beklagte wegen ihres Sitzes im Inland nicht in Betracht; Art. 34 AEUV sei auf rein innerstaatliche Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug nicht anwendbar.

Der eigentliche Kern des Revisionsverfahrens dreht sich um die Frage, ob die unionsrechtliche Ausnahme von den Vorschriften zur Arzneimittelpreisbindung für ausländische Versandapotheken aus verfassungsrechtlichen Gründen auch der Beklagten zugutekommen muss. Dies hat der Bundesgerichtshof verneint. Die Beklagte rüge ohne Erfolg einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 Abs. 1 GG. Die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung ergebe sich aus dem Umstand, dass der EuGH angenommen habe, dass sich die Arzneimittelpreisbindung auf in Deutschland ansässige Apotheken weniger stark auswirke als auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Apotheken.⁵⁵ Auch Art. 12 Abs. 1 GG sei nicht verletzt. Im Ausgangspunkt liege eine flächendeckende und gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln im öffentlichen Interesse. Der vom EuGH angenommene Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV führe „für sich genommen“ nicht zu einem Verstoß gegen materielles Verfassungsrecht. Die Bestimmungen des § 78 Abs. 1 und Abs. 2 AMG seien auch nicht durch die EuGH-Rechtsprechung verfassungswidrig geworden. Eine verfassungsrechtlich relevante Änderung der Verhältnisse könne erst entstehen, wenn (im EU-Ausland ansässige) Versandapotheken verschreibungspflichtige Arzneimittel auf dem inländischen Markt ohne Rücksicht auf die Preisbindung tatsächlich in einem Umfang veräußerten, dass eine ernsthafte Existenzbedrohung inländischer Präsenzapotheken eintreten würde und das finanzielle Gleichgewicht des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung nicht mehr gewährleistet wäre.⁵⁶ Eine etwaige Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse sei gemäß § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht zu berücksichtigen,

⁵⁵ a.a.O. – juris, Rn. 40.

⁵⁶ a.a.O. – juris, Rn. 50.

könne aber im Wege der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden.⁵⁷

Seite 18 von 49

b) „Applikationsarzneimittel“ (Verstoß gegen Preisbindung, § 3a UWG, § 78 AMG)

Mit der Entscheidung „DocMorris“ des EuGH beschäftigt sich der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auch in seinem Urteil vom 26. April 2018.⁵⁸ Der Verband Sozialer Wettbewerb hatte in dieser Sache eine Versandapotheke mit Sitz in den Niederlanden verklagt wegen des Versands eines Werbeschreibens an gynäkologische Praxen. In dem Werbeschreiben hatte die niederländische Apotheke zusammen mit einem Bestellschein samt Preisen verschiedene Kontrazeptiva zum Bezug aus den Niederlanden beworben. Die Unterlassungsklage des Wettbewerbsverbands war vor dem Landgericht erfolgreich, vor dem Berufungsgericht erfolglos. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Wettbewerbsverbands hat der Bundesgerichtshof zurückgewiesen.

Der I. Zivilsenat hat für das Revisionsverfahren unterstellt, dass die von der beklagten Apotheke beworbenen Produkte verschreibungspflichtige Arzneimittel sind, die der Arzneimittelpreisbindung gemäß § 78 Abs. 2 Satz 2 AMG unterliegen. Die von der Beklagten beworbenen verschreibungspflichtigen Arzneimittel sollten zudem gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG in den Geltungsbereich dieses Gesetzes verbracht werden. Denn die Beklagte betreibt ein Abholmodell, bei dem die Bezieher der von ihr betriebenen Arzneimittel diese von ihrem Betriebssitz unweit der deutschen Grenze selbst oder durch einen Botendienst abzuholen haben. Weiter ist der Bundesgerichtshof für das Revisionsverfahren davon ausgegangen, dass die von der Beklagten beworbenen Preise nicht den in § 3a AMPPreisV festgelegten Apothekenabgabepreisen entsprechen.

⁵⁷ a.a.O. – juris, Rn. 51 f.

⁵⁸ Urteil vom 26. April 2018 – [I ZR 121/17](#) – juris.

Vor diesem Hintergrund könnten aufgrund der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „DocMorris“⁵⁹ die arzneimittelpreisrechtlichen Vorschriften des deutschen Rechts wegen ihrer fehlenden Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 und Art. 36 AEUV nicht zur Anwendung gelangen. Anknüpfend an sein Urteil vom 24. November 2016 „Freunde werben Freunde“⁶⁰ führt der I. Zivilsenat aus, der EuGH habe in der Entscheidung „DocMorris“ angenommen, die Geeignetheit der nationalen Regelung zur Erreichung des damit verfolgten Ziels des Schutzes der Gesundheit durch eine gleichmäßige und flächendeckende Arzneimittelversorgung sei vom vorlegenden Gericht nicht in einer Weise untermauert worden, die den Anforderungen der Rechtsprechung des EuGH genüge.⁶¹ Diese Bindung gelte auch für das vorliegende Verfahren. In einem Vorabentscheidungsverfahren sei es Sache des vorlegenden Gerichts, den Sachverhalt festzustellen und dem EuGH zur rechtlichen Beurteilung zu unterbreiten. Dabei könne das Gericht nach § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO Behörden um die Erteilung amtlicher Auskünfte ersuchen. In einem anderen Verfahren zur Vereinbarkeit des deutschen Arzneimittelrechts mit der unionsrechtlichen Warenverkehrsfreiheit könnten solche Feststellungen zur Geeignetheit der nationalen Regelung zur Erreichung des angestrebten Gesundheitsschutzes nachgeholt werden. Jedenfalls vorliegend habe das Berufungsgericht jedoch nicht gegen die Möglichkeit des § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO verstoßen.⁶² Der klagende Verband habe nicht geltend gemacht, dass das deutsche Arzneimittelpreisrecht der flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln diene; zudem sei von ihm die Entscheidung „DocMorris“ auch nicht infrage gestellt worden.

Der Betreiber der niederländischen Apotheke habe auch nicht gegen sonstige Rechtsvorschriften des deutschen Rechts verstoßen. Zwar dürfen nach § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG grundsätzlich Arzneimittel berufs- oder

⁵⁹ Urteil vom 19. Oktober 2016 – C-148/15 –.

⁶⁰ Urteil vom 24. November 2016 – [I ZR 163/15](#) – juris, Rn. 48 f.

⁶¹ Urteil vom 26. April 2018 – a.a.O. – juris, Rn. 30.

⁶² a.a.O. – juris, Rn. 34 f.

gewerbsmäßig nur in Apotheken und ohne behördliche Erlaubnis nicht im Wege des Versands für den Endverbraucher in den Verkehr gebracht werden. Das Berufungsgericht habe hingegen mit Recht angenommen, dass die vorliegend streitige Anwendung von Applikationsarzneimitteln am Patienten durch den Arzt und das Vorrätighalten solcher Arzneimittel zum Zwecke der Anwendung kein Inverkehrbringen im Sinne dieser Vorschrift darstelle.⁶³ Auch verstoße die Beklagte nicht gegen das Verbringungsverbot des § 73 Abs. 1 AMG; nach Satz 1 Nr. 1a AMG dieser Bestimmung sei es nicht verboten, Ärzte mit Applikationsarzneimitteln zu beliefern. Bei der Anwendung eines Applikationsarzneimittels durch den Arzt am Patienten handele es sich nicht um ein Inverkehrbringen oder eine Abgabe, sondern um einen Endverbrauch i.S.v. § 43 Abs. 1 AMG. Ein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 ApoG, Absprachen über u.a. eine bevorzugte Lieferung bestimmter Arzneimittel zu treffen, scheide schon deshalb aus, da die Beklagte als Apotheke des niederländischen Rechts der Bestimmung nicht unterliege.⁶⁴

Schließlich liege auch kein Verstoß gegen das Verweisungsverbot gemäß § 31 Abs. 2 BOÄ Nordrhein vor. Das Berufungsgericht hatte insoweit noch angenommen, ein hinreichender Grund dafür, die Patientin an eine bestimmte Apotheke zu verweisen, liege im Streitfall darin, dass der Patientin ein erneutes Aufsuchen der Arztpraxis erspart bliebe. Diese Beurteilung teilt der Bundesgerichtshof nicht. Die größere Bequemlichkeit eines bestimmten Versorgungsweges für den Patienten stelle für sich allein keinen hinreichenden Grund für eine Verweisung dar.⁶⁵ Allerdings erweise sich die Entscheidung insoweit als im Ergebnis richtig. Im Streitfall ziele das beanstandete Werbeschreiben schon nicht darauf ab, den Arzt dazu zu veranlassen, seine Patientinnen dazu zu bewegen, die beworbenen Arzneimittel bei der beklagten Apotheke zu erwerben; vielmehr sollten die beworbenen Applikationsarzneimittel vom Arzt für seine Praxis zur Anwendung an den Patientinnen erworben werden.⁶⁶

⁶³ a.a.O. – juris, Rn. 46.

⁶⁴ a.a.O. – juris, Rn. 63.

⁶⁵ a.a.O. – juris, Rn. 71.

⁶⁶ a.a.O. – juris, Rn. 75.

c) Vorlagebeschluss „Apothekenmuster“ (Abgabe von Arzneimittelmustern, § 3a UWG, § 47 Abs. 3 AMG)

Ebenfalls die Auslegung des AMG betrifft der Vorlagebeschluss des I. Zivilsenats vom 31. Oktober 2018 in Sachen „Apothekenmuster“⁶⁷. In den Vorinstanzen hatte der klagende Arzneimittelhändler die Praxis seines Konkurrenten beanstandet, ein Arzneimittel mit der Aufschrift „zu Demonstrationszwecken“ kostenlos an Apotheken abzugeben. Gemäß § 47 Abs. 3 Satz 1 AMG dürfen pharmazeutische Unternehmer Muster eines nicht-verschreibungspflichtigen Fertigarzneimittels u.a. an Ärzte, Zahnärzte oder Tierärzte abgeben; Apotheker sind in der Bestimmung nicht aufgeführt.

Unter dem Gesichtspunkt der Einordnung von § 47 Abs. 3 AMG als Marktverhaltensregelung warf der Rechtsstreit die Frage auf, ob ein Unterlassungsanspruch auf den abschließenden Charakter von § 47 Abs. 3 AMG gestützt werden kann. Der Bundesgerichtshof gibt die hierauf bezogene Kontroverse im Schrifttum wieder, hält es insoweit aber für maßgeblich, ob § 47 Abs. 3 AMG unionsrechtskonform i.S.v. Art. 96 der Richtlinie 2001/83/EG vom 06. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel auszulegen ist. Gemäß Art. 96 Abs. 1 dieser Richtlinie dürfen Gratismuster nur ausnahmsweise unter den dort näher genannten Voraussetzungen an die zur Verschreibung berechtigten Personen abgegeben werden. Mit Blick auf den Wortlaut dieser Richtlinienbestimmung ist wiederum streitig, ob die Wendung „ausnahmsweise“ die Abgabe von Gratismuster an Apotheker ausschließt.

Der Bundesgerichtshof hält insoweit für klärungsbedürftig, ob eine Auslegung von Art. 96 der Richtlinie im Sinne eines Verbots der Abgabe von Gratisarzneimitteln an Apotheker zum alleinigen Zweck der Erprobung eine unverhältnismäßige Einschränkung der Berufsfreiheit von pharma-

⁶⁷ EuGH-Vorlage vom 31. Oktober 2018 – [I ZR 235/16](#) – juris.

zeitischen Unternehmen und Apothekern i.S.v. Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 GRCh sowie eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Ärzten und Apothekern gemäß Art. 20 GRCh darstellt. Dies kann aus Sicht des Bundesgerichtshofs jedenfalls insoweit der Fall sein, als – wie im Streitfall – Fertigarzneimittel in Rede stehen, deren Verpackungen mit der Aufschrift „zu Demonstrationszwecken“ versehen sind.⁶⁸ Für den Fall, dass Art. 96 der Richtlinie kein die Abgabe von Gratismustern zu Erprobungszwecken an Apotheken erfassendes Verbot zu entnehmen ist, sieht der Bundesgerichtshof die weitere klärungsbedürftige Frage, ob die Richtlinie ein entsprechendes Verbot nach nationalem Recht (hier § 47 Abs. 3 AMG) erlaubt. Der I. Zivilsenat schließt nicht aus, dass Art. 96 Abs. 2 der Richtlinie lediglich eine Differenzierung nach Art des Arzneimittels, nicht aber eine Differenzierung nach Empfängergruppen zulässt. Die richtlinienkonforme Auslegung von § 47 Abs. 3 AMG am Maßstab von Art. 96 der Richtlinie 2001/83/EG ist entscheidungserheblich gewesen, da § 7 Abs. 1 HWG die Anwendung von § 47 Abs. 3 AMG unberührt lässt.

d) „Bekömmliches Bier“ (Art. 4 Abs. 3 HCVO)

Mit Urteil vom 15. Mai 2018 hat der Bundesgerichtshof die Bezeichnung von Biersorten als „bekömmlich“ als unvereinbar mit den Vorgaben der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (HCVO) gewertet.⁶⁹ Gemäß Art. 4 Abs. 3 Unterabsatz 1 HCVO dürfen Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 Vol.-% keine gesundheitsbezogenen Angaben tragen. Ein „Tragen“ in diesem Sinne bestehe auch dann, wenn in der Werbung für die Getränke eine Angabe verwendet wird, die sich erkennbar auf die Getränke bezieht. Daran ändere sich auch nichts dadurch, dass es sich in dem streitigen Fall um Werbeaussagen im Internet handelte.⁷⁰

⁶⁸ a.a.O. – juris, Rn. 30 f.

⁶⁹ Urteil vom 17. Mai 2018 – [I ZR 252/16](#) – juris.

⁷⁰ a.a.O., Rn. 24 f.

Die Bezeichnung von Biersorten als „bekömmlich“ stelle auch eine gesundheitsbezogene Angabe dar. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des EuGH wird dieser Begriff weit gefasst und bezieht sich auf jeden Zusammenhang, der eine Verbesserung des Gesundheitszustands dank des Verzehrs des Lebensmittels beinhaltet. Die Rügen der Revision, das Berufungsgericht habe das Verkehrsverständnis nicht rechtsfehlerfrei festgestellt, weist der Bundesgerichtshof als unbegründet zurück. Die beklagte Brauerei hatte sich darauf berufen, bei dem Begriff „bekömmlich“ handele es sich um eine in der deutschen Brauwirtschaft traditionell verwendete Bezeichnung. Dem hält der Bundesgerichtshof entgegen, dass sich eine etwaige Ausnahme nach dem Erwägungsgrund 5 der HCVO nur auf allgemeine Bezeichnungen beziehe, die traditionell zur Angabe einer Eigenschaft einer Kategorie von Lebensmitteln oder Getränken verwendet würden; dies setze – hier nicht vorliegende – Gattungsbezeichnungen voraus, die eine gesundheitsbezogene Angabe enthielten. Von einer Vorlage an den EuGH hat der Bundesgerichtshof vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH vom 06. September 2012 in der Sache „Deutsches Weinkontor“⁷¹ abgesehen.⁷² In dieser auf die Vorlage des Bundesverwaltungsgerichts ergangenen Entscheidung hatte der EuGH bei der Bezeichnung eines Weins als bekömmlich in Verbindung mit dem Hinweis auf eine „sanfte Säure“ ebenfalls eine gesundheitsbezogene Angabe angenommen.

e) „B-Vitamine“ (Artt. 6 und 10 HCVO)

Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 12. Juli 2018⁷³ betrifft einen weiteren Beschluss zur Vorlage von Auslegungsfragen von Art. 10 und Art. 6 HCVO an den EuGH. Der Bundesgerichtshof hatte in diesem Verfahren über die Klage eines Herstellers pflanzlicher Arzneimittel mit Ginkgo-Blätter-Extrakt gegen ein Unternehmen zu entscheiden, das ein

⁷¹ Urteil vom 06. September 2012 – C-544/10 –.

⁷² a.a.O. – juris, Rn. 49.

⁷³ Beschluss vom 12. Juli 2018 – [I ZR 162/16](#) –; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Ginkgo-haltiges Nahrungsergänzungsmittel unter der Bezeichnung „... Ginkgo + B-Vitamine + Cholin“ vertrieben. Bei dem angegriffenen Nahrungsergänzungsmittel handelte es sich um ein Kombinationspräparat aus insgesamt acht Inhaltsstoffen, darunter Cholin, Zink, Ginkgo-Blätter-Extrakt und verschiedene B-Vitamine. Das von dem Arzneimittelhersteller auf Unterlassung verklagte Unternehmen vertrieb das Arzneimittel auf der Vorderseite der Umverpackung mit der Angabe „für Gehirn, Nerven, Konzentration und Gedächtnis“. Auf der Rückseite der Umverpackung waren u.a. Angaben zu der Wirkungsweise der einzelnen Inhaltsstoffe aufgedruckt. Die Klägerin hatte die Beklagte in den Vorinstanzen wegen Verstoßes gegen das Irreführungsverbot unter Verweis auf die arzneilich fehlende Wirkungsweise von Ginkgo in Anspruch genommen. Im Revisionsverfahren war allein noch der Unterlassungsantrag der Klägerin von Bedeutung, es der Beklagten zu verbieten, das Nahrungsergänzungsmittel mit der Angabe „für Gehirn, Nerven, Konzentration und Gedächtnis“ zu bewerben. Nach erfolglosen Vorinstanzen neigte auch der Bundesgerichtshof dazu, den Unterlassungsanspruch als unbegründet anzusehen, sah sich an einer abschließenden Beurteilung allerdings aufgrund der Klärungsbedürftigkeit von Art. 6 und Art. 10 der HCVO gehindert.

Im Ausgangspunkt führt der I. Zivilsenat in Übereinstimmung mit seiner ständigen Rechtsprechung aus, dass es sich bei Art. 10 HCVO um eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG handele. Die in Rede stehende Auslobung „für Gehirn, Nerven, Konzentration und Gedächtnis“ erfülle auch die Voraussetzungen einer gesundheitsbezogenen Angabe i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Verordnung. Weiter sei das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass es sich bei der fraglichen Angabe um einen Verweis auf allgemeine, nicht-spezifische Vorteile i.S.v. Art. 10 Abs. 3 HCVO handele.⁷⁴ Das Berufungsgericht habe – unter rechtsfehlerfreier Würdigung zum Verkehrsverständnis der angegriffenen Angabe – angenommen, dass eine Angabe unspezifisch ist, die bestimmte Wirkungen weder auf das Lebensmittel als Ganzes noch auf einen be-

⁷⁴ a.a.O. – juris, Rn. 17 f.

stimmten Stoff zurückführt. Dies stehe mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Einklang. Eine Angabe zu einzelnen Bestandteilen eines aus mehreren Inhaltsstoffen bestehenden Kombinationsprodukts (und nicht zum Produkt als Ganzes) könne danach nicht Gegenstand eines Zulassungsverfahrens sein, weil nicht klar ist, welche konkrete Wirkung welchen konkreten Bestandteils im Rahmen eines solchen Verfahrens wissenschaftlich zu überprüfen ist.⁷⁵ Rechtsfehlerfrei habe das Berufungsgericht weiter angenommen, dass der Verbraucher, der die Verpackung umdreht, aufgrund der Gestaltung der dortigen Angaben von einem eindeutigen inhaltlichen Bezug zu den beanstandeten Angaben auf der Vorderseite der Verpackung ausgehe. Es komme daher darauf an, ob der Begriff des „Beifügens“ i.S.v. Art. 10 Abs. 3 HCVO auch spezielle gesundheitsbezogene Angaben umfasse, die sich auf der Rückseite einer Verpackung befinden. Unter Verweis auf die im Schrifttum vertretenen unterschiedlichen Auffassungen neigt der I. Zivilsenat zu der Auffassung, dass eine räumlich unmittelbare oder nahe Zuordnung für ein „Beifügen“ i.S.v. Art. 10 Abs. 3 HCVO nicht erforderlich ist. Für diese Auffassung spreche, dass nach der Rechtsprechung des EuGH und auch des Bundesgerichtshofs davon auszugehen sei, dass der Durchschnittsverbraucher, der seine Kaufentscheidung nach der Zusammensetzung des Lebensmittels richtet, regelmäßig zunächst das Zutatenverzeichnis liest. Hierbei sei nicht fernliegend, dass solche Verbraucher auch die auf den Verweis inhaltlich bezogenen speziellen Angaben auf der Rückseite der Verpackung vollständig zur Kenntnis nehmen.⁷⁶

Die Klägerin hatte weiter geltend gemacht, dass die beanstandete Angabe „für Gehirn, Nerven, Konzentration und Gedächtnis“ gegen die allgemeinen Vorschriften der Art. 5 und Art. 6 HCVO verstoße, da ein wissenschaftlicher Nachweis für die ausgelobten Wirkungen nur für die Einzelbestandteile, nicht hingegen für das Kombinationspräparat existierten. Dementsprechend kam es für die Begründetheit des hierauf bezogenen Unter-

⁷⁵ Beschluss vom 12. Juli 2018 – a.a.O. – juris, Rn. 23.

⁷⁶ a.a.O. – juris, Rn. 33.

lassungsantrags darauf an, ob die im Kapitel II HCVO enthaltene Anforderung eines allgemein anerkannten wissenschaftlichen Nachweises Anwendung findet auch für Verweise auf allgemeine, nicht-spezifische Vorteile i.S.d. Art. 10 Abs. 3 HCVO. Unter Bezugnahme auf seinen früheren Vorlagebeschluss vom 12. März 2015 im Verfahren „RESCUE-Produkte I“⁷⁷ führt der Senat aus, bei der in Art. 10 Abs. 1 HCVO enthaltenen Verweisung auf die allgemeinen Anforderungen dieser Verordnung handele es sich lediglich um eine an sich entbehrliche redaktionelle Klarstellung, weshalb die in Kapitel II HCVO aufgestellten allgemeinen Anforderungen auch für Angaben i.S.v. Art. 10 Abs. 3 HCVO gelten müssten. Hiergegen könne allerdings sprechen, dass Verweise auf allgemeine, nicht-spezifische Vorteile i.S.v. Art. 10 Abs. 3 HCVO gerade keiner Zulassung gemäß dieser Verordnung bedürfen.⁷⁸

f) Vorlagebeschluss „Ersatzteilinformation“ (Euro 5/Euro 6-Verordnung (EG) 715/2007)

Mit dem Beschluss vom 21. Juni 2018⁷⁹ legt der I. Zivilsenat dem EuGH Rechtsfragen zur Auslegung der sog. Euro 5/Euro 6-Verordnung (Verordnung EG-715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge) vor.

Der Rechtsstreit betrifft die Klage eines Branchenverbands des Großhandels für Kraftfahrzeugteile gegen einen ausländischen Fahrzeughersteller. In den Vorinstanzen hatte der klagende Verband erfolglos beantragt, den Fahrzeughersteller zu verurteilen, seine Daten zur Identifikation der in den Fahrzeugen verbauten Fahrzeugteile unabhängigen Marktteilnehmern – insbesondere Teilehändlern, Reparaturwerkstätten und Informations-

⁷⁷ Beschluss vom 12. März 2015 – [I ZR 29/13](#) – juris, Rn. 32 f.

⁷⁸ Beschluss vom 12. Juli 2018 – a.a.O. – juris, Rn. 37 f.

⁷⁹ Beschluss vom 21. Juni 2018 – [I ZR 40/17](#); an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

dienstleistern – in elektronischer Form zum Zwecke der elektronischen Datenverarbeitung zur Verfügung zu stellen. Der Verband wandte sich mit diesem Antrag gegen die derzeitige Praxis, bei dem der Fahrzeughersteller lediglich ein Internetportal zur Verfügung stellt, auf dem die Daten im Wege eines Lesezugriffs abrufbar sind. Der Verband hatte geltend gemacht, die Gewährung eines solchen Lesezugangs verstoße gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Euro 5/Euro 6-Verordnung. Weiter hatte der Verband einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dieser Verordnung unter dem Aspekt geltend gemacht, die Beklagte stelle ihren Original-Teilekatalog einem anderen Unternehmen zur Verfügung, welches freien Werkstätten die Suche nach Original-Ersatzteilen der Beklagten und anderer Fahrzeughersteller mit Hilfe der Fahrzeugidentifikationsnummer auf ihrem Internetportal ermögliche. Gemäß Art. 6 der Euro 5/Euro 6-Verordnung gewährt der Hersteller den in der Verordnung definierten unabhängigen Marktteilnehmern über das Internet mit Hilfe eines standardisierten Formats uneingeschränkten und standardisierten Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen auf leicht und unverzüglich zugängliche Weise und so, dass gegenüber dem Zugang der autorisierten Händler und Reparaturbetriebe oder der Informationsbereitstellung für diese keine Diskriminierung stattfindet.

Der I. Zivilsenat hat im Ausgangspunkt angenommen, dass ein lauterkeitsrechtlicher Anspruch gestützt auf Art. 6 der Verordnung geltend gemacht werden kann. Art. 6 der Verordnung stelle eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG dar. Die Möglichkeit der mitgliedstaatlichen Behörden zur Verhängung von Sanktionen bei Verstößen gegen die Verordnung schließe, so der Senat unter Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung, die Anwendung des § 3a UWG nicht aus.⁸⁰ Ebenso wenig stehe einem Verstoß gegen Art. 6 der Verordnung – wie die Beklagte geltend gemacht hatte – entgegen, dass die nach Art. 10 der Verordnung erteilte EG-Typgenehmigung das von der Beklagten unterhaltene Informationssystem legalisiere. Zwar komme ein Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung nicht in Be-

⁸⁰ a.a.O. – juris, Rn. 10.

tracht, wenn die zuständige Verwaltungsbehörde einen wirksamen Verwaltungsakt erlassen habe, der das beanstandete Verhalten ausdrücklich erlaubt. So verhalte es sich vorliegend aber nicht. Die EG-Typgenehmigung sei kein Verwaltungsakt, der in diesem Sinne das hier in Rede stehende Marktverhalten legalisiere. Denn die Einhaltung der Vorschriften über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen stehe der Erteilung der Typgenehmigung nicht entgegen.⁸¹

Im Kern hat allerdings auch der I. Zivilsenat wie die Vorinstanzen einen Anspruch des klagenden Verbands auf die begehrte Zugangsform nicht erkennen können. Der Senat hat allerdings gemeint, es stelle eine unionsrechtlich nicht zweifelsfrei zu beantwortende Frage dar, ob Art. 6 der Verordnung dahin auszulegen sei, dass Fahrzeughersteller die unabhängigen Marktteilnehmern zu gewährenden Informationen in elektronisch weiterverarbeitbarer Form bereitstellen müssen.⁸² Weder den Wortlaut von Art. 6 (Zugangsgewährung in einem „standardisierten Format“) noch die Erwägungsgründe der Verordnung auch unter Heranziehung ihrer beiden Ausführungsverordnungen konnte der I. Zivilsenat als hinreichend eindeutig ansehen. Dem zum Zeitpunkt seiner Entscheidung vorliegenden Entwurf für die Rahmengenehmigungs-Verordnung (EG) Nr. 2017/858 wertete der Senat als Indiz dafür, dass es sich bei der in Art. 85 dieser neuen Verordnung vorgesehenen Verpflichtung, Informationen in Form von maschinenlesbaren und elektronisch weiterverarbeitbaren Datensätzen festzulegen, um die Begründung einer neuen und nicht die Klarstellung einer bestehenden Verpflichtung handele.⁸³ Auch einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Euro 5/Euro 6-Verordnung konnte der Bundesgerichtshof nicht erkennen, ohne allerdings die Streitfrage abschließend beantworten zu wollen. Der klagende Verband habe nicht geltend gemacht, dass Vertragshändlern und Vertragswerkstätten über das von dem fraglichen Drittunternehmen angebotene Informationssystem bessere Informationen zugänglich sind

⁸¹ a.a.O. – juris, Rn. 15.

⁸² a.a.O. – juris, Rn. 18 f.

⁸³ a.a.O. – juris, Rn. 39.

als unabhängige Marktteilnehmer über das System der Beklagten selbst erlangen können. Es sei allerdings nicht hinreichend klar, ob das Diskriminierungsverbot in Art. 6 der Verordnung auch eine Benachteiligung unabhängiger Marktteilnehmer gegenüber autorisierten Händlern und Reparaturbetrieben verbiete, die daraus resultiert, dass der Hersteller durch Einschaltung eines Informationsdienstleisters einen weiteren Informationskanal für den Vertrieb seiner Original-Ersatzteile eröffne.⁸⁴

5. Irreführung: „Vollsynthetisches Motoröl“ (§ 5 Abs. 1 UWG)

In seiner Entscheidung „Vollsynthetisches Motoröl“⁸⁵ beschäftigt sich der Bundesgerichtshof im Rahmen der Irreführung gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG mit der Abgrenzung der Verkehrsanschauung einerseits und objektiven Produkteigenschaften andererseits.

Die dortige Beklagte hatte von ihr vertriebenes Motoröl als „vollsynthetisch“ sowie als „vollsynthetisches Motoröl der neuen Generation“ bezeichnet, obwohl das Motoröl nicht zu der technisch näher bestimmten Produktgruppe künstlich hergestellter Motorenöle gehörte. Das Berufungsgericht hatte eine Irreführung i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 UWG angenommen und zum Verkehrsverständnis festgestellt, die maßgebliche Abweichung der Verkehrsvorstellung von den tatsächlichen Verhältnissen liege in der fehlenden Zugehörigkeit des sog. Hydrocracköls der Beklagten zu der vom Verkehr aufgrund des Herstellungsprozesses und des gehobenen Preises als eigenständige Produktgruppe angesehene Kategorie der vollsynthetischen Öle. Infolge des aufwendigen Produktionsprozesses seien diese Produkte im oberen Preissegment angesiedelt und am Markt unter der Bezeichnung „synthetisch“ eingeführt. Mit ihrer Revision hatte die Beklagte beanstandet, dass das Berufungsgericht keine Feststellungen zu den konkreten Eigenschaften des Motoröls getroffen habe. Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt. Eine Irreführung über wesentliche Merkmale einer Ware liege nicht nur vor, wenn einer Ware

⁸⁴ a.a.O. – juris, Rn. 47 f.

⁸⁵ Urteil vom 21. Juni 2018 – [I ZR 157/16](#) – juris.

konkrete, im Einzelnen benannte Eigenschaften zugewiesen werden, die sie tatsächlich nicht aufweist. Vielmehr gehöre zu den wesentlichen Merkmalen einer Ware auch die Zugehörigkeit zu einer Produktgruppe, welche sich nach der Verkehrsauffassung von anderen Kategorien unterscheide und mit welcher der Verkehr eine wie auch immer geartete Wertschätzung verbinde.⁸⁶ Ob die kaufrelevante Wertentscheidung, die der Produktkategorie vom Verkehr entgegengebracht werde, im Hinblick auf konkrete objektive Eigenschaften zu Recht bestehe oder auf einer subjektiven Einschätzung beruhe, sei ohne Belang. Maßgeblich ist allein, ob diese Wertschätzung für die Kaufentscheidung von Bedeutung ist.⁸⁷

6. Vergleichende Werbung (entfällt)

7. Unzumutbare Belästigung: „Kundenzufriedenheitsbefragung“ (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG)

In seiner Entscheidung vom 10. Juli 2018⁸⁸ beschäftigt sich der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit dem Individualschutz von Verbrauchern bei Verstößen gegen § 7 Abs. 2 UWG durch das Versenden von Werbe-Emails.

Der Kläger hatte die Beklagte, bei der er über die Internetplattform „Amazon“ Waren bestellt hatte, auf Unterlassung der Zusendung von Emails in Anspruch genommen, in denen der Dank für den Kauf eines Gegenstands mit der Bitte verknüpft wurde, an einer Kundenzufriedenheitsumfrage teilzunehmen; eine Zustimmung zu einer Versendung von Werbe-Emails hatte der Kläger nicht erteilt. Ebenso wie das Berufungsgericht verneint der Bundesgerichtshof Ansprüche des Klägers aus § 8 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Der Kläger sei weder als Mitbewerber der Beklagten noch aus den sonstigen Bestimmungen des § 8 Abs. 3 UWG aktivlegiti-

⁸⁶ a.a.O. – juris, Rn. 21.

⁸⁷ a.a.O. – juris, Rn. 25.

⁸⁸ Urteil vom 10. Juli 2018 – [VI ZR 225/17](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

miert.⁸⁹ Der Kläger habe gegen die Beklagte aber einen Unterlassungsanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht. Nach Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG ist die Verwendung von elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer oder Nutzer zulässig. Der Bundesgerichtshof verschafft dieser Regelung nunmehr dadurch Geltung, dass sich ein Verstoß gegen die Bestimmung der Datenschutzrichtlinie grundsätzlich als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt⁹⁰. Auch eine Zufriedenheitsbefragung falle dabei unter den Begriff der Direktwerbung im Sinne der Richtlinie. Durch derartige Befragungen werde dem Kunden der Eindruck vermittelt, der fragende Unternehmer bemühe sich auch nach dem Geschäftsabschluss um ihn.⁹¹ Der durch die Versendung der Zufriedenheitsbefragung bewirkte Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht sei auch rechtswidrig. Bei der Abwägung des Schutzinteresses des Betroffenen mit den Belangen der anderen Seite sei – zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen – die Wertung des § 7 Abs. 2 UWG, mit der der deutsche Gesetzgeber Art. 13 der Datenschutzrichtlinie umgesetzt habe, zu berücksichtigen. Danach erweise sich der Eingriff als rechtswidrig, zumal die Voraussetzungen für eine erleichterte Verwendung elektronischer Post nach Abschluss einer Verkaufstransaktion gemäß § 7 Abs. 3 UWG im Streitfall nicht vorlagen.

8. Rechtsfolgen (entfällt)

⁸⁹ a.a.O. – juris, Rn. 12.

⁹⁰ Noch offen gelassen im Urteil vom 15. Dezember 2015 – [VI ZR 134/15](#) – juris, Rn. 15.

⁹¹ a.a.O. – juris, Rn. 16 und Rn. 18.

9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung/Prozessuales

a) „Crailsheimer Stadtblatt II“ (Erstbegehungsgefahr, §§ 3a, 8 Abs. 1 Satz 2 UWG)

In der bereits erwähnten Entscheidung „Crailsheimer Stadtblatt II“ vom 20. Dezember 2018⁹² hat sich der Bundesgerichtshof mit den Anforderungen an einen Unterlassungsanspruch wegen Erstbegehungsgefahr befasst.

Das klagende private Verlagsunternehmen richtete sich in dieser Sache mit seiner Klage gegen den Beschluss der beklagten Kreisstadt, ab 01. Januar 2016 das dort fragliche „Stadtblatt“ kostenlos verteilen zu lassen; ihre Klage stützte die Klägerin auf die beispielhaft vorgelegte Ausgabe vom 11. Juli 2015. Der Senat betont, ein auf Erstbegehungsgefahr gestützter vorbeugender Unterlassungsanspruch sei gegeben, wenn ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte für eine in naher Zukunft konkret drohende Rechtsverletzung bestünden. Die eine Erstbegehungsgefahr begründenden Umstände müssten die drohende Verletzungshandlung so konkret abzeichnen, dass sich für alle Tatbestandsmerkmale zuverlässig beurteilen lässt, ob sie verwirklicht sind. Aufgrund des Verhaltens der beklagten Stadt hätten im Zeitpunkt der Klageerhebung ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorgelegen, dass das „Stadtblatt“ ab Januar 2016 in der bisherigen Form kostenfrei vertrieben werde.⁹³

Diese Erstbegehungsgefahr sei auch nicht entfallen. Für die Beseitigung der Erstbegehungsgefahr sei grundsätzlich ein „actus contrarius“ ausreichend. Hierfür genüge allerdings nicht der bloße Umstand, dass das ab dem 01. Januar 2016 vertriebene „Stadtblatt“ derzeit eine andere Gestaltung aufweise.⁹⁴ Im Rahmen der Zulässigkeit des Hauptantrags hatte der Bundesgerichtshof bereits eine hinreichende Bestimmtheit des Klage-

⁹² Urteil vom 20. Dezember 2018 – [I ZR 112/17](#) – juris, siehe dazu oben I. 4.

⁹³ a.a.O. – juris, Rn. 61 f.

⁹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 65.

antrags unter Verweis auf die Beispielsausgabe angenommen. Anders als bei einem auf Wiederholungsgefahr gestützten Unterlassungsanspruch könne die Klägerin ihren Antrag nicht durch Verweis auf eine bereits begangene Verletzungshandlung konkretisieren. Mit der Bezugnahme auf die Ausgabe des „Stadtblatts“ vom 11. Juni 2015 als drohende Verletzungshandlung sowie mit der Formulierung im Unterlassungsantrag „wie ... gestaltet“ habe die Klägerin zum Ausdruck gebracht, dass von dem begehrten künftigen Verbot ein Verhalten umfasst sein soll, in dem sich – auch wenn nicht alle Einzelmerkmale übereinstimmen – das Charakteristische dieser konkreten Verletzungsform wiederfinde.⁹⁵

b) „Jogginghosen“ (Abmahnung und „Insbesondere“-Anträge)

Die bereits wiedergegebene Entscheidung „Jogginghosen“ (s.o. I. 4.) enthält verschiedene prozessual interessante Ausführungen. In der dortigen Sache hatte die klagende Bekleidungsherstellerin das Bereitstellen von Hosen beanstandet, bei denen die Bezeichnung der Textilfasern nicht der EU-Textilkennzeichnungsverordnung Nr. 1007/2011 entspricht, insbesondere wenn dies in der im Antrag durch Fotografien der Etiketten wiedergegebenen Weise geschieht. Das Berufungsgericht hatte insoweit angenommen, der erste Teil des von der Klägerin in zweiter Instanz gestellten Unterlassungsantrags sei nicht hinreichend bestimmt; es hatte den Urteilsausspruch auf die konkrete Verletzungsform ohne den Zusatz „insbesondere“ beschränkt. Die hiergegen gerichtete Revision blieb erfolglos.

Der I. Zivilsenat gibt seine ständige Rechtsprechung wieder, wonach der mit „insbesondere“ eingeleitete Teil eines Unterlassungsantrags entweder einer beispielhaften Verdeutlichung dient oder zum Ausdruck bringen soll, dass neben einem umfassenden, abstrakt formulierten Verbot, soweit dieses nicht durchdringt, jedenfalls die Unterlassung des konkret beanstandeten Verhaltens begehrt wird.⁹⁶ Das Berufungsgericht habe vorliegend aber mit Recht angenommen, dass der mit „insbesondere“ eingeleitete

⁹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 13.

⁹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 21.

Teil des Unterlassungsantrags im Streitfall nicht geeignet gewesen sei, beispielhaft zu verdeutlichen, was unter der im abstrakten Antragsteil genannten Verletzungsform im Einzelnen zu verstehen war. Das Berufungsgericht habe daher den Unterlassungsantrag mit Recht durch Streichung des Zusatzes abgewiesen, soweit er über die konkrete Verletzungsform hinausging.⁹⁷

Weiter hatte das Berufungsgericht den Unterlassungsanspruch der Klägerin nur mit Blick auf die Bezeichnung „Acrylic“ als begründet erachtet, wegen der Bezeichnung „Cotton“ dagegen als unbegründet. Dementsprechend hatte das Berufungsgericht der Klägerin auch nur einen Teil der Kosten ihrer Abmahnung zugesprochen. Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt.⁹⁸ Wendet sich der Gläubiger in seiner Abmahnung gegen ein konkret umschriebenes Verhalten (wie etwa eine bestimmte Werbeanzeige), das er unter mehreren Gesichtspunkten als wettbewerbswidrig beanstandet, sind die für die Abmahnung anfallenden Kosten bereits dann in vollem Umfang ersatzfähig, wenn sich der Anspruch unter einem der genannten Gesichtspunkte als begründet erweist. Anders kann es zu beurteilen sein, wenn der Gläubiger die einzelnen Beanstandungen zum Gegenstand gesonderter Angriffe macht. Insoweit sei durch Auslegung der Abmahnung zu klären, ob ein Gläubiger, der sich gegen ein konkret umschriebenes Verhalten wendet, das er unter mehreren Gesichtspunkten als wettbewerbswidrig beanstandet, die einzelnen Beanstandungen zum Gegenstand gesonderter Angriffe macht. Im vorliegenden Fall habe sich die Abmahnung auf die Unterlassung der Verwendung der auf den Etiketten angegebenen Textilkennzeichnungen insgesamt und nicht etwa gesondert auf die Verwendung der Angabe „Cotton“ und auf „Acrylic“ bezogen.

⁹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 22.

⁹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 37 f.

c) „Prozessfinanzierer“ (Rechtsmissbräuchliche Gewinnabschöpfungsklage; § 10 Abs. 1 UWG)

In seiner Entscheidung „Prozessfinanzierer“ vom 13. September 2018⁹⁹ hatte sich der Bundesgerichtshof mit der Frage zu beschäftigen, ob die Finanzierung einer Gewinnabschöpfungsklage durch eine qualifizierte Einrichtung zu deren Missbräuchlichkeit führt. Der Kläger, ein in die Liste qualifizierter Einrichtungen gemäß § 4 UKlaG eingetragener gemeinnütziger Verbraucherschutzverein, hatte das beklagte Telekommunikationsunternehmen im Wege der Stufenklage nach § 10 UWG auf Herausgabe von Gewinn an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen. Der Kläger war der Ansicht, die Beklagte habe durch überhöhte Entgelte für Rücklastschriften und Mahnungen vorsätzlich unlautere geschäftliche Handlungen vorgenommen und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen unzulässigen Gewinn erzielt. Zur Finanzierung seines Prozesses hatte der Kläger einen Prozessfinanzierer eingeschaltet, der ihn im Unterliegensfall von Kosten frei stellen und im Obsiegensfall am abgeschöpften Gewinn beteiligt werden sollte; das Bundesamt für Justiz hatte dem zwischen dem Kläger und dem Prozessfinanzierer geschlossenen Vertrag zugestimmt.

Der I. Zivilsenat sah den Kläger zwar als klagebefugt, seine Klage – abweichend vom Berufungsgericht – aber als rechtsmissbräuchlich und daher unzulässig an. Der Klagebefugnis des Klägers gemäß §§ 10 Abs. 1, 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG i.V.m. der Eintragung in die Liste gemäß § 4 UKlaG stehe nicht entgegen, dass der Kläger die Kosten des Gewinnabschöpfungsprozesses nicht aus eigenem Vermögen aufbringen könne. Gewinnabschöpfungsklagen nach § 10 UWG gehörten nicht zu den Aufgaben, die Verbrauchervereinen nach dem Unterlassungsklagengesetz zugewiesen seien.¹⁰⁰ Im konkreten Fall stehe das mit der Klage verfolgte Ziel auch mit den satzungsmäßigen Aufgaben des Klägers in Einklang.¹⁰¹ Die Klage erweise sich allerdings am Maßstab von § 242 BGB als missbräuchlich. Die

⁹⁹ Urteil vom 13. September 2018 – [I ZR 26/17](#) – juris.

¹⁰⁰ a.a.O. – juris, Rn. 17.

¹⁰¹ a.a.O. – juris, Rn. 19 f.

Bestimmung des § 8 Abs. 4 UWG sei auf Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche beschränkt und könne nicht auf die Geltendmachung von Gewinnabschöpfungsansprüchen analog angewendet werden.¹⁰² Die Missbräuchlichkeit der Klage aus § 242 BGB resultiere bereits daraus, dass die Einschaltung eines Prozessfinanzierers, dem eine Vergütung in Form eines Anteils am abgeschöpften Gewinn zugesagt werde, dem Zweck der gesetzlichen Regelung des § 10 UWG widerspreche. Die Regelung solle der Gefahr vorbeugen, dass der Anspruch aus dem sachfremden Motiv der Einnahmeerzielung heraus geltend gemacht werde; diesem Ziel widerspreche es, wenn die Führung von Gewinnabschöpfungsprozessen von der Entscheidung eines Prozessfinanzierers abhängig gemacht werde, dem für den Erfolgsfall eine Beteiligung am abgeschöpften Gewinn zugesagt werde.¹⁰³ Die Klagemöglichkeit von Verbraucherverbänden laufe auch ohne die Möglichkeit einer Prozessfinanzierung durch Dritte nicht ins Leere. Die klagenden Verbände könnten die Herabsetzung des Streitwerts nach § 12 Abs. 4 Satz 1 UWG, § 51 Abs. 5 GKG beantragen. Die Regelung des § 12 Abs. 4 UWG könne gerade in Konstellation wie der vorliegenden zum Tragen kommen, sollte die Verbandsklage wegen eines selbst unter Berücksichtigung von § 51 Abs. 2 und Abs. 3 GKG hohen Streitwerts ein nicht unerhebliches Kostenrisiko für den klagenden Verbraucherverband bergen.¹⁰⁴

d) „Abmahnaktion II“ (§ 8 Abs. 4 UWG)

Mit der missbräuchlichen Rechtsverfolgung i.S.v. § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG beschäftigt sich der I. Zivilsenat in seiner Entscheidung „Abmahnaktion II“ vom 26. April 2018.¹⁰⁵ In dieser Sache hatte die mit Briefkästen handelnde Klägerin zunächst im einstweiligen Verfügungsverfahren die Streithelferin wegen irreführender Angaben auf den von ihr vertriebenen Briefkästen und Zeitungsrollen in Anspruch genommen. Nach einer Abmahnung ge-

¹⁰² a.a.O. – juris, Rn. 35.

¹⁰³ a.a.O. – juris, Rn. 41 f.

¹⁰⁴ a.a.O. – juris, Rn. 46 f.

¹⁰⁵ Versäumnisurteil vom 26. April 2018 – [I ZR 248/16](#) – juris; weitgehend gleichlautend auch die Parallelsache im Versäumnisurteil vom gleichen Tag – [I ZR 249/16](#) –.

genüber der zentralen Handelsgesellschaft für Baumärkte hat die Klägerin sodann die 203 Gesellschafter dieser Zentrale, die jeweils Baumärkte betreiben, auf Unterlassung in Anspruch genommen. Diese Vorgehensweise hat der Bundesgerichtshof im konkreten Fall unter Fortführung seiner Rechtsprechung in den Entscheidungen „Vielfachabmahner“¹⁰⁶ und „Herstellerpreisempfehlung bei Amazon“¹⁰⁷ als missbräuchlich i.S.v. § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG angesehen. Er hat dabei maßgeblich darauf abgestellt, dass der Klägerin Anwaltskosten in sechsstelliger Höhe entstanden seien, die sie mit Blick auf ihren Jahresgewinn von unter 6.000,00 € wirtschaftlich überfordern könnten. Zudem sei nicht erkennbar, dass die beanstandeten Wettbewerbsverstöße zu Lasten der Umsätze der Klägerin gehen konnten; die Briefkästen der Klägerin seien in den Baumärkten der in Anspruch genommenen Gesellschafter seit mehr als zehn Jahren vor der Abmahnaktion nicht mehr vertrieben worden. Zudem habe die Klägerin wegen der von ihr beanstandeten Werbeaussagen bereits eine einstweilige Verfügung gegen die Streithelferin erwirkt.¹⁰⁸

e) „Auswärtiger Rechtsanwalt IX“ (Reisekosten; § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO)

Mit der Erstattungsfähigkeit der Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts beschäftigt sich der I. Zivilsenat in seinem Beschluss vom 09. Mai 2018.¹⁰⁹ Die Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts stellen nur dann – und zwar nur im Grundsatz – notwendige Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder –verteidigung i.S.v. § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO dar, wenn eine vor einem auswärtigen Gericht klagende oder verklagte Partei einen an ihrem Wohn- oder Geschäftsort ansässigen Rechtsanwalt mit ihrer Vertretung beauftragt; für einen rechtsfähigen Verband zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen gilt dieser Grundsatz nicht.¹¹⁰ Ist nach diesen Grundsätzen die Hinzu-

¹⁰⁶ Urteil vom 05. Oktober 2000 – [I ZR 237/98](#) – juris, Rn. 21 f.

¹⁰⁷ Urteil vom 03. März 2016 – [I ZR 110/15](#) – juris, Rn. 18 f.

¹⁰⁸ a.a.O. – juris, Rn. 25 f.

¹⁰⁹ Beschluss vom 09. Mai 2018 – [I ZB 62/17](#) – juris.

¹¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 6.

ziehung eines auswärtigen Rechtsanwalts nicht notwendig, führt dies allerdings lediglich dazu, dass die Mehrkosten, die gegenüber der Beauftragung von bezirksansässigen Prozessbevollmächtigten entstanden sind, nicht erstattet werden. Demgegenüber bleiben tatsächlich angefallene Reisekosten des auswärtigen Rechtsanwalts in dem Umfang erstattungsfähig, als sie auch dann entstanden wären, wenn die obsiegende Partei einen Rechtsanwalt mit Niederlassung am weitest entfernt gelegenen Ort innerhalb des Gerichtsbezirks beauftragt hätte.¹¹¹

II. Kartellrecht

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

a) „Schienenkartell“ (§§ 1, 33 Abs. 3 GWB 2005, § 286 ZPO)

Mit Urteil vom 11. Dezember 2018¹¹² hat der Kartellsenat über die – von den Oberlandesgerichten überwiegend angenommene und im Schrifttum umstrittene – Anwendung von Anscheinsbeweisen mit Blick auf die Kartellbetroffenheit und Schadensentstehung bei Kartellschadensersatzklagen entschieden. Gegenstand des Verfahrens war die Klage eines regionalen Verkehrsunternehmens, das im Zeitraum von 2004 bis 2009 Gleisoberbaumaterialien von einem beteiligten Unternehmen des sog. Schienenkartells erworben hatte. Das Bundeskartellamt hatte gegenüber diesem und weiteren Unternehmen im Jahr 2013 Bußgeldbescheide wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei der Lieferung von Gleisoberbaumaterialien verhängt.

Der Bundesgerichtshof hat für ein Quoten- und Kundenschutzkartell sowohl einen Anscheinsbeweis für die Schadensentstehung als auch einen Anscheinsbeweis für die Kartellbetroffenheit verneint. Der Beweis des ersten Anscheins sei eine typisierte Form des Indizienbeweises. Von Fest-

¹¹¹ a.a.O. – juris, Rn. 12.

¹¹² Urteil vom 11. Dezember 2018 – [KZR 26/17](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

stellungen nach allgemeinen Beweisregeln unterscheidet sich der Anscheinsbeweis gerade dadurch, dass der konkrete Geschehensablauf nicht festgestellt zu werden braucht, weil von einem typischen, durch die Lebenserfahrung bestätigten gleichförmigen Hergang ausgegangen werden kann, solange das Geschehen keine Umstände aufweise, die es ernsthaft als möglich erscheinen lassen, dass ein atypischer Geschehensablauf vorlag. Als typisch könne ein Geschehensablauf aber nur angesehen werden, wenn er so häufig vorkomme, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist.¹¹³

Diese Anforderungen sieht der Kartellsenat für die nach § 287 Abs. 1 ZPO zu würdigende Schadensentstehung nicht als erfüllt an. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entspreche es zwar wirtschaftlicher Erfahrung, dass die Gründung und Durchführung eines Kartells häufig zu einem Mehrerlös der daran beteiligten Unternehmen führe. Angesichts der Vielgestaltigkeit und Komplexität wettbewerbsbeschränkender Absprachen, ihrer Durchführung und ihrer Wirkungen fehle es aber an der für die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises erforderlichen Typizität.¹¹⁴ Durch die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises habe das Berufungsgericht die rechtlich gebotene umfassende Würdigung aller Umstände versäumt. Ein Anscheinsbeweis gelte auch nicht für die nach § 286 ZPO zu klärende Frage, ob die in Rede stehenden Aufträge kartellbefangen waren, also ein Wettbewerb unter möglichen Lieferanten der von der Klägerin jeweils benötigten Schienen und Weichen durch die vom Bundeskartellamt festgestellten Absprachen ausgeschlossen oder eingeschränkt wurde.¹¹⁵ Zwar seien Quoten- und Kundenschutzabsprachen grundsätzlich auf eine möglichst umfassende Wirkung ausgerichtet; dies könne eine tatsächliche Vermutung dafür begründen, dass Aufträge, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich der Absprachen fallen, von diesen erfasst wurden und damit kartellbefangen waren. Es bestehe aber nicht die für den Anscheinsbeweis erforderliche sehr

¹¹³ a.a.O. – juris, Rn. 50.

¹¹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 57.

¹¹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 59 f.

große Wahrscheinlichkeit dafür, dass solche Absprachen tatsächlich in jedem einzelnen Fall beachtet und umgesetzt werden, die Kartellbefangenheit der je einzelnen Aufträge mithin als typischer Geschehensablauf anzusehen sei.¹¹⁶

Im Rahmen seiner Hinweise für das nach Zurückverweisung wiedereröffnete Berufungsverfahren führt der Bundesgerichtshof aus, die Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin kein Mitverschulden anzulasten, sei nicht zu beanstanden. Der Umstand, dass ein Mitarbeiter der Klägerin Kenntnis von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen hatte oder sich gar pflichtwidrig an diesen beteiligte, rechtfertige als solcher nicht den Schluss, die Klägerin habe ihre Organisations- und Überwachungspflichten verletzt; die Klägerin träge im Übrigen insoweit allenfalls der Vorwurf der Fahrlässigkeit, so dass ihr Beitrag angesichts des vorsätzlichen Handelns der Beklagten zurückzutreten hätte.¹¹⁷ Die Klägerin müsse sich auch keine eigene Kenntnis von den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen entgegenhalten lassen. Das Berufungsgericht habe bereits keine Feststellungen dazu getroffen, dass der insoweit benannte Mitarbeiter der Klägerin die Voraussetzungen eines Wissensvertreters erfülle. Jedenfalls würde dieser seine Vertretungsmacht missbraucht haben, wenn er in Kenntnis der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen der Beklagten Aufträge erteilt hätte, so dass die Beklagte wegen kollusiven Zusammenwirkens daran gehindert wäre, sich auf ein Mitverschulden der Klägerin zu berufen.¹¹⁸ Diese Grundsätze überträgt der Senat auch auf die Frage der kenntnisabhängigen Verjährung aufgrund der möglichen Kenntnis eines Mitarbeiters der Klägerin von den Kartellabsprachen.¹¹⁹

b) „Flüssiggas-Kartell“ (§§ 1, 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB 1999)

In vier Beschlüssen vom 09. Oktober 2018 beschäftigt sich der Kartellsenat in Rechtsbeschwerdeverfahren mit den vom Oberlandesgericht

¹¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 61 f.

¹¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 84.

¹¹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 51.

¹¹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 97.

Düsseldorf im Ausspruch erhöhten Bußgeldbescheiden des Bundeskartellamts vom 12. Februar 2009 zum Flüssiggas-Kartell.¹²⁰

Seite 41 von 49

Nach den vom Bundesgerichtshof zugrunde gelegten Feststellungen bestand seit den Jahren 1996/97 ein flächendeckendes Kartell von Versorgungsunternehmen auf dem bundesweiten Flüssiggasmarkt für Tankgas. Die beteiligten Unternehmen hatten 1996/97 eine Absprache („Nichtangriffspakt“) geschlossen, während ihrer Zusammenarbeit nicht aktiv Bestandskunden der anderen Gesellschafter und Kooperationspartner abzuwerben. Zur Optimierung und Sicherung des Bestandskundenschutzes wurde später ein Meldewesen eingerichtet, um Durchbrechungen des Kundenschutzes frühzeitig aufdecken zu können.¹²¹ Der Bundesgerichtshof bestätigt in drei Verfahren den Schuldpruch der Bußgeldbescheide.¹²² Es habe zwischen den Kartellbeteiligten ein mehrseitiger Vertragsschluss bestanden, der auf eine wettbewerbliche Bindung abgezielt habe. Die Wettbewerbsbeschränkung sei unter Geltung von § 1 GWB 1999 nicht nur bewirkt, sondern auch bezweckt gewesen.¹²³

Die Rechtsbeschwerden gegen die Beschwerdeentscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf hatten allerdings insoweit Erfolg, als sie sich gegen die erhöhten Bußgeldaussprüche richteten. Bei den Bußgeldentscheidungen hatte das Oberlandesgericht nach § 81 Abs. 2 GWB 1999 jeweils Mehrerlösschätzungen bußgelderhöhend berücksichtigt. Das Oberlandesgericht hatte dabei den Mehrerlös geschätzt, indem es die Preise der Kartellbeteiligten mit den – nach Auffassung des Oberlandesgerichts nicht durch einen Preisschirmeffekt beeinflussten – Preisen der nicht im Kartell organisierten Flüssiggasanbieter aus demselben Markt

¹²⁰ BGH, Beschlüsse vom 09. Oktober 2018 – [KRB 51/16](#) – Flüssiggas I – juris; vom 09. Oktober 2018 – [KRB 58/16](#) – Flüssiggas II – juris; vom 09. Oktober 2018 – [KRB 60/17](#) – Flüssiggas III – juris; vom 09. Oktober 2018 – [KRB 10/17](#) – juris.

¹²¹ Beschluss vom 09. Oktober 2018 – [KRB 51/16](#) – Flüssiggas I – juris, Rn. 2 f.

¹²² In der Entscheidung „Flüssiggas III“ [KRB 60/17](#) – a.a.O. – juris, Rn. 7 f. hatte die Rechtsbeschwerde bereits mit der Verfahrensrüge Erfolg, das Beschwerdegericht habe entgegen § 77 Abs. 2 Nr. 1 OWiG rechtswidrig einen auf eine Zeugenvernehmung gerichteten Beweisantrag abgelehnt.

¹²³ a.a.O. – juris, Rn. 25 f.

während desselben Zeitraums verglichen hat. Dies erachtet der Bundesgerichtshof als mit § 81 Abs. 2 GWB 1999 nicht vereinbar. Zwar habe die Bestimmung dem Tatrichter für seine Schätzungsbefugnis einen erheblichen methodischen Spielraum eingeräumt; der Tatrichter habe selbst zu entscheiden, welche Schätzungsmethode dem vorgegebenen Ziel, der Wirklichkeit durch Wahrscheinlichkeitsüberlegungen möglichst nahezu kommen, am besten gerecht werde.¹²⁴ Nach diesem begrenzten Prüfungsmaßstab sei die marktinterne Vergleichsanalyse des Oberlandesgerichts nicht grundsätzlich zu verwerfen. Aufgrund der zu erwartenden Einflüsse des Kartells auf die Preissetzung der Kartellaußenseiter (Preisschirmeffekt) sei eine marktinterne Vergleichsanalyse allerdings mit hohen Schätzunsicherheiten behaftet. Das Oberlandesgericht habe insoweit ohne zureichende Begründung einen Preisschirmeffekt verneint, obwohl nach Auffassung des Bundesgerichtshofs die Feststellungen des Oberlandesgerichts einen solchen Preisschirmeffekt nahegelegt haben. Insbesondere ein hoher Grad der Marktabdeckung, eine längere Dauer der Zuwiderhandlung und eine Produkthomogenität würden dafür sprechen, dass sich auch die Preissetzung von Kartellaußenseitern – bewusst oder unbewusst – an den Kartellpreisen orientiere.¹²⁵

In einem weiteren Beschluss vom 09. Oktober 2018 führt der Bundesgerichtshof im Rechtsbeschwerdeverfahren der dortigen Nebenbetroffenen aus, das Oberlandesgericht habe rechtsfehlerhaft zudem eine Kostenheterogenität der nicht in einem Kartell organisierten Flüssiggasanbieter nicht überprüft. Insbesondere Transportkosten in anderer Höhe zählten zu den objektiven Strukturunterschieden, die kartellunabhängig das Preissetzungsverhalten beeinflussen und daher notwendige Abschläge von dem an sich ermittelten Mehrerlös bedingen könnten.¹²⁶

Diese rechtsfehlerhafte Mehrerlösschätzung nötigte nach der Beurteilung des Kartellsenats zur Aufhebung der gesamten Bußgeldaussprüche mit

¹²⁴ a.a.O. – juris, Rn. 67.

¹²⁵ a.a.O. – juris, Rn. 71.

¹²⁶ Beschluss vom 09. Oktober 2018 – [KRB 10/17](#) – juris, Rn. 25.

den zugehörigen Feststellungen. Für die neue Hauptverhandlung weist der Kartellsenat darauf hin, aufgrund der komplexen Marktverhältnisse empfehle sich die Einschaltung eines (vom Oberlandesgericht bisher nicht herangezogenen) Sachverständigen, um den kartellbedingten Mehrerlös der Kartellbeteiligten bestimmen zu können.¹²⁷

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

3. Zusammenschlusskontrolle: „Edeka/Kaiser’s Tengelman II“ (§§ 41 Abs. 1, 60 Nr. 1 Alt. 2 GWB)

In seiner Entscheidung „Edeka/Kaiser’s Tengelman II“¹²⁸ hatte der Kartellsenat nochmals Gelegenheit, sich mit der Reichweite des Vollzugsverbots und hierauf bezogener einstweiliger Anordnungen des Bundeskartellamts zu beschäftigen.

In dem Fusionskontrollverfahren zur beabsichtigten Übernahme der Einzelhandelsgeschäfte von Kaiser’s Tengelman durch Edeka hatte das Bundeskartellamt durch einstweilige Anordnungen vom 03. Dezember 2014 den Zusammenschlussbeteiligten u.a. untersagt, einen am 01. Oktober 2014 geschlossenen Rahmenvertrag über einen Kauf von Waren sowie über die Zentralregulierung von Warenlieferungen „ganz oder teilweise durchzuführen“. Im hiergegen gerichteten Beschwerdeverfahren hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf die Rechtswidrigkeit dieses Beschlusses festgestellt. Dem ist der Bundesgerichtshof in dem von ihm zugelassenen Rechtsbeschwerdeverfahren nicht gefolgt. Das Beschwerdegericht habe noch rechtsfehlerfrei das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs nach § 60 Nr. 1 Alt. 2 GWB angenommen. Infolge der im Rahmenvertrag getroffenen Vereinbarung habe ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 GWB unmittelbar bevorgestanden. Die Befugnis nach § 60 Nr. 1 Alt. 2 GWB sei nicht auf Verhaltensweisen be-

¹²⁷ Beschluss vom 09. Oktober 2018 – [KRB 51/16](#) – Flüssiggas I – juris, Rn. 84.

¹²⁸ Beschluss vom 17. Juli 2018 – [KVR 64/17](#) – juris.

schränkt, die einen der Zusammenschlusstatbestände nach § 37 Abs. 1 GWB erfüllen; sie umfasse vielmehr auch Regelungen zur einstweiligen Unterbindung eines Verstoßes gegen das Vollzugsverbot.¹²⁹ Unter das Vollzugsverbot fielen auch solche Maßnahmen, die zwar für sich genommen noch keinen Zusammenschlusstatbestand ausfüllen, die Wirkungen des beabsichtigten Zusammenschlusses aber zumindest teilweise vorwegnehmen.¹³⁰ Dieses Verständnis stehe nicht in Widerspruch zur Entscheidung des EuGH in der Sache „Ernst & Young P/S“¹³¹. Die Ausführungen des EuGH in dieser Entscheidung stimmten mit der Rechtsprechung des Senats insoweit überein, als es für einen Verstoß gegen das Vollzugsverbot nicht der vollständigen Verwirklichung eines Zusammenschlusstatbestandes bedürfe. Zudem könne die Auslegung von § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB von dem Verständnis des Vollzugsverbots nach Art. 7 Abs. 1 FKVO und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH jedenfalls insoweit abweichen, als dies durch eine unterschiedliche Auslegung des europäischen und des deutschen Fusionskontrollrechts bedingt ist.

Soweit das Beschwerdegericht dagegen das Vorliegen eines Anordnungsgrundes verneint habe, sei ein zu strenger Maßstab angelegt worden.¹³² Verhaltensweisen, die Wirkungen des angestrebten Zusammenschlusses teilweise vorwegnehmen, könnten nicht nur dann durch einstweilige Anordnung untersagt werden, wenn im konkreten Fall etwaige Entflechtungsmaßnahmen Schwierigkeiten bereiten, die über das normale Maß hinausgingen. Die dem gesetzlichen Vollzugsverbot zugrundeliegende typisierende Interessenabwägung erlaube eine einstweilige Anordnung zur Durchsetzung des Vollzugsverbots bereits dann, wenn ein drohender Verstoß gegen das Vollzugsverbot vorliege. Das Vollzugsverbot gelte unabhängig davon, ob das Zusammenschlussvorhaben letztlich freigegeben werden müsste oder nicht.¹³³ Eine Interessenabwägung sei nur dann Vor-

¹²⁹ a.a.O. – juris, Rn. 31.

¹³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 18.

¹³¹ EuGH, Urteil vom 31. Mai 2018 – C-633/16 – juris.

¹³² a.a.O. – juris, Rn. 33 f.

¹³³ a.a.O. – juris, Rn. 45.

aussetzung einer einstweiligen Anordnung nach § 60 Abs. 1 Alt. 2 GWB, wenn aufgrund eines noch unvollständigen Ermittlungsergebnisses eine tatsächliche Ungewissheit darüber besteht, ob ein bestimmtes Verhalten stattgefunden hat bzw. bevorsteht oder inwieweit dieses Verhalten die Wirkungen des Zusammenschlusses teilweise vorwegnimmt.¹³⁴

d) „PC mit Festplatte III“ (Vorrang der Schiedsstelle; §§ 33 Abs. 4 Nr. 1 GWB; 92 Abs. 1 Nr. 2 VGG)

Mit Urteil vom 09. Oktober 2018¹³⁵ hat der Kartellsenat über das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage eines Verbands nach § 33 Abs. 2 Nr. 1 GWB entschieden. Der klagende Verband kleinerer PC-Hersteller hatte gegen die Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ) – ein Zusammenschluss von Verwertungsgesellschaften in der Rechtsform einer GbR zur Wahrnehmung urheberrechtlicher Vergütungsansprüche für Vervielfältigungen im Wege der Bild- und Tonaufzeichnung – eine Diskriminierung gegenüber größeren PC-Herstellern geltend gemacht, mit deren Branchenverband die ZPÜ zunächst einen Vergleich und später einen Gesamtvertrag abgeschlossen hatte. Das Berufungsgericht hatte das Rechtsschutzbedürfnis des klagenden Verbandes mit der Begründung verneint, die betroffenen PC-Hersteller seien dadurch hinreichend geschützt, dass die Vergütungspflicht nach Grund und Höhe nach Anrufung der Schiedsstelle gerichtlich überprüft werden könne. Dem ist der Bundesgerichtshof nur im Ergebnis gefolgt.

Für die Klagebefugnis eines rechtsfähigen Verbandes zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen i.S.v. § 33 Abs. 4 Nr. 1 GWB (bzw. § 33 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F.) betont der Bundesgerichtshof, mit Blick auf den Zweck der Verbandsklagebefugnis könne das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage eines Verbandes grundsätzlich nicht mit der Begründung verneint werden, dass gleiche Ansprüche auch durch ein von dem behaupteten Kartellrechtsverstoß betroffenes Unternehmen

¹³⁴ a.a.O. – juris, Rn. 47.

¹³⁵ Urteil vom 09. Oktober 2018 – [KZR 47/15](#) – juris.

geltend gemacht werden könnten.¹³⁶ Die vom Berufungsgericht herangezogene Entscheidung „Honorarkürzung“¹³⁷ sei für die Verbandsklagebefugnis nach § 33 GWB nicht anwendbar. Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil allerdings aus anderen Gründen als richtig angesehen. Die Klage sei nach ihrem Hauptantrag bereits unzulässig, weil der klagende Verband es entgegen § 16 Abs. 1 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b) UrhWG unterlassen habe, vor Erhebung der Klage ein Verfahren vor der Schiedsstelle durchzuführen. Der Anwendung von § 16 Abs. 1 UrhWG stehe nicht entgegen, dass der Kläger seine Einwendungen auf spezifisch kartellrechtliche Fragen stütze. Zwar könne und dürfe die Schiedsstelle diese nicht prüfen; die Anwendung von § 16 Abs. 1 UrhWG setze aber nicht voraus, dass die Schiedsstelle umfassende Prüfungsmöglichkeit und –kompetenz hat.¹³⁸ Dass nach § 92 Abs. 1 Nr. 2 und § 128 Abs. 1 Satz 1 VGG fortbestehende Erfordernis, vor Klageerhebung die Schiedsstelle anzurufen, sei auch mit der Richtlinie 2014/26/EU über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten vereinbar. Die Richtlinie sehe in ihrem Art. 34 die Möglichkeit vor, dass die Mitgliedstaaten für Streitigkeiten zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzern ein alternatives Streitbeilegungsverfahren einführen können.¹³⁹

b) „Zuckerkartell“ (Örtliche Zuständigkeit, § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO)

Im Vorlageverfahren nach § 36 Abs. 3 Satz 1 ZPO hatte der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs über die örtliche Zuständigkeit bei Kartellschadensersatzklagen zu entscheiden.¹⁴⁰ Nachdem das Bundeskartellamt gegen die beklagten Zuckerhersteller mit Sitz in Mannheim, Braunschweig bzw. Köln bestandskräftig Bußgeldbescheide wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen erlassen hatte, machte die Klägerin hierauf gestützt vor dem Landgericht Mannheim aus eigenem und abgetretenem Recht Schadensersatz geltend. Der Bundesgerichtshof führt zum beson-

¹³⁶ a.a.O. – juris, Rn. 13.

¹³⁷ BGH, Urteil vom 19. Juli 2012 – [I ZR 105/11](#) – juris.

¹³⁸ a.a.O. – juris, Rn. 29.

¹³⁹ a.a.O. – juris, Rn. 34.

¹⁴⁰ Beschluss vom 23. Oktober 2018 – [X ARZ 252/18](#) – juris.

deren Gerichtsstand der unerlaubten Handlung i.S.v. § 32 ZPO aus, der Erfolgsort liege grundsätzlich am Sitz des Unternehmens, wenn Schäden eines Unternehmens aus verbotenen Kartellabsprachen in Rede stehen; die spätere Abtretung eines auf Ersatz für solche Schäden gerichteten Anspruchs sei ohne Einfluss auf die Bestimmung des Erfolgsortes.¹⁴¹ Entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts folge daraus für diese Konstellation nicht, dass keine die abgetretenen Ansprüche einbeziehende Bestimmung des zuständigen Gerichts nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO erfolgen dürfe. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei anerkannt, dass eine entsprechende Anwendung von § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO in Betracht komme, wenn mehrere Kläger ihre Ansprüche in subjektiver Klagehäufung geltend machen wollen und ein gemeinsamer Gerichtsstand hierfür nicht eröffnet ist; der mit dieser Bestimmung angestrebte Zweck der Prozessökonomie spreche dafür, die Bestimmung auch dann anzuwenden, wenn der Kläger Ansprüche mehrerer Geschädigter geltend macht, sofern zwischen ihnen ein Zusammenhang i.S.v. § 60 oder § 260 ZPO bestehe. Für die gegenteilige Auffassung könne sich das Oberlandesgericht nicht auf die Entscheidung des EuGH in Sachen „CDC Hydrogen Peroxide“¹⁴² berufen.¹⁴³ Der X. Zivilsenat hat als örtlich zuständiges Gericht auf dieser Grundlage das Landgericht bestimmt, in dessen Bezirk der größte der verklagten Zuckerhersteller seinen Sitz hat.¹⁴⁴

c) Vorlagebeschluss „Deliktischer Gerichtsstand“ (Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia)

Mit Beschluss vom 11. Dezember 2018¹⁴⁵ hat der Kartellsenat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob Art. 7 Nr. 2 der Verordnung Nr. 1215/2002 dahin auszulegen ist, dass der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung für eine auf Unterlassung bestimmter Verhaltensweisen gerichtete Klage eröffnet ist, wenn in Betracht kommt, dass das beanstandete Verhalten durch ver-

¹⁴¹ a.a.O. – juris, Rn. 13.

¹⁴² EuGH, Urteil vom 21. Mai 2015 – C-352/13 – juris.

¹⁴³ a.a.O., juris, Rn. 19 und Rn. 25 .

¹⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 29 f.

¹⁴⁵ EuGH-Vorlage vom 11. Dezember 2018 – [KZR 66/17](#) – juris.

tragliche Regelungen gedeckt ist, der Kläger aber geltend macht, dass diese Regelungen auf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung des Beklagten beruhen.

Dieser Vorlagebeschluss erging im Rechtsstreit über die Klage eines Hotels in Schleswig-Holstein gegen eine Hotelbuchungsplattform; die Klägerin hatte geltend gemacht, bestimmte Verhaltensweisen der Beklagten im Zusammenhang mit der Vermittlung von Hotelbuchungen begründeten eine unbillige Behinderung und seien daher kartellrechtswidrig. Der Kartellsenat lässt im Vorlagebeschluss die Auffassung erkennen, dass er dazu neigt, den Gerichtsstand aus unerlaubter Handlung anzunehmen. Im Vordergrund der rechtlichen Auseinandersetzungen zwischen den Parteien stehe in der genannten Konstellation nicht die Auslegung des Vertrags, sondern die Frage, ob die Forderung bestimmter Vertragskonditionen oder die Berufung auf diese durch ein – unterstellt – marktbeherrschendes Unternehmen als missbräuchlich anzusehen ist und damit gegen Bestimmungen des Kartellrechts verstößt.¹⁴⁶

4. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung/Prozessuales

a) „Schienenkartell“ (Klagehäufung; §§ 256, 260 ZPO)

In seinem Urteil „Schienenkartell“¹⁴⁷ führt der Kartellsenat auch zur Zulässigkeit der Kombination von Zahlungs- und Feststellungsklage im Zusammenhang von Schadensersatzklagen aus. Das vom Berufungsgericht bestätigte Landgericht hatte durch Grundurteil- und Teilurteil die Klage hinsichtlich des Zahlungsantrags dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und festgestellt, dass die Beklagte zur Erstattung weitergehender Schäden verpflichtet sei. Auch soweit sich der Geschädigte auf eine vereinbarte Klausel zur Schadenspauschalierung stütze, führe die Kombination von Zahlungsantrag und Feststellungsantrag nicht zur Unzulässigkeit der Klage.¹⁴⁸ Unter Verweis auf die Entscheidung „Grauzementkartell II“¹⁴⁹ sei die

¹⁴⁶ a.a.O. – juris, Rn. 24.

¹⁴⁷ Urteil vom 11. Dezember 2018 – [KZR 26/17](#) – juris.

¹⁴⁸ a.a.O. – juris, Rn. 22.

Feststellungsklage auch hier wegen der rechtlichen Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Anwendung von § 33 Abs. 5 GWB 2005 auf sog. Altfälle ausnahmsweise zulässig gewesen. Die Revision wende auch ohne Erfolg ein, das Grundurteil sei unzulässig, weil mit der Klage ein unbeziffertter Anspruch geltend gemacht werde. Der Zahlungsantrag beziehe sich auf eine bezifferte Klageforderung; dass die Klägerin darüber hinaus mit einem weiteren Klageantrag die Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz weitergehenden Schadens begehre, ändere daran nichts.¹⁵⁰

5. Schiedsgerichtliche Regulierung
(entfällt)

6. Sonstiges
(entfällt)

Karlsruhe, den 23. Mai 2019

Dr. Peter Rädler

¹⁴⁹ Urteil vom 12. Juni 2018 – [KZR 56/16](#) – juris, Rn. 18.

¹⁵⁰ a.a.O. – juris, Rn. 43.