

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 2. Halbjahr 2014

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

Dieser Beitrag fasst die im zweiten Halbjahr 2014 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht zusammen. Wegen des zum Teil langen Zeitraums zwischen dem Absetzen und der Veröffentlichung der Entscheidungen ist die Übersicht auf die bis zum 31. März 2015 veröffentlichten Entscheidungen beschränkt; später veröffentlichte Entscheidungen werden in der nachfolgenden Rechtsprechungsübersicht berücksichtigt. Die Übersicht zum Wettbewerbsrecht ist in dieser Übersicht auf das Lauterkeitsrecht beschränkt.

Die Rechtsprechungsübersicht basiert auf der folgenden Gliederung:

Wettbewerbs- und Kartellrecht

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

- II. Kartellrecht
 1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen/Kartellverbot (§ 1 bis § 3 GWB)
 2. Marktbeherrschung, sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (§ 18 bis § 21 GWB, Art. 102 AEUV)

3. Zusammenschlusskontrolle
4. Sonstiges
5. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung

I. Lauterkeitsrecht

1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

2. Per-se-Verbote („Schwarze Liste“)

Runes of Magic

Mit Urteil vom 18. September 2014¹ bestätigte der I. Zivilsenat sein Versäumnisurteil vom 17. Juli 2013² zur Bewerbung des Computerspiel „Runes of Magic“. In seinem Versäumnisurteil hatte der I. Zivilsenat entschieden, dass der Anbieter eines Fantasierollenspiels durch das Bewerben von kostenpflichtigen Spielgegenständen mit der Aufforderung „Schnapp dir die günstige Gelegenheit und verpasse deiner Rüstung & Waffen das gewisse ‚Etwas‘“ gegen Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG verstößt.

Nach Ansicht des Senats im Urteil vom 18. September 2014 kommt die Reichweite des Verbots im Tatbestand und in den Entscheidungsgründen hinreichend zum Ausdruck. Die gegen die Fassung des Verbotsantrags vorgebrachte Rüge lässt der Bundesgerichtshof daher nicht durchgreifen. Es handelt sich nicht um ein Schlechthinverbot. Die hinreichende Bestimmtheit des Antrags ergebe sich aus der Verknüpfung des Appells „Schnapp dir...“ mit der verlinkten Produktseite.

Im Versäumnisurteil hatte der Senat angenommen, dass sich die beanstandete Werbung an Kinder richtete und einen gegen Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG verstoßenden unmittelbaren Kaufappell enthielt.

¹ BGH, Urteil vom 18. September 2014 – [I ZR 34/12](#) –.

² BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 – [I ZR 34/12](#) –.

Zu der im Einspruch des Spielebetreibers in Frage gestellten Sachkunde des Bundesgerichtshofs in dieser Sache stellt der Senat fest, dass er aufgrund eigener Sachkunde und Lebenserfahrung die Beurteilung vornehmen konnte. Es seien keine nur Kindern zugänglichen Kenntnisse erforderlich. Dem stehe auch die UPG-Richtlinie nicht entgegen. Der EuGH, so der Senat, entscheidet auch ohne Sachverständigengutachten, soweit er für die Beurteilung einer Irreführung auf den Durchschnittsverbraucher abstellt. Dies gelte auch dann, wenn es um eine besondere Verbrauchergruppe geht.

Selbst nach erneuter Prüfung in der Sache hält der Senat daran fest, dass sich die beanstandete Werbeaussage gezielt an Kinder richtet. Der Vortrag des Beklagten zur Altersstruktur der Spieler verfange nicht. Es komme nämlich nicht darauf an, von wem das Spiel überwiegend gespielt wird. Der Anwendung von Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG stehe es nicht schlechthin entgegen, wenn gemischte Zielgruppen angesprochen werden. Von Bedeutung sei, dass die Werbung für das Spiel jedenfalls auch Minderjährige anspricht. Sobald sie zur Spielgruppe gehören, seien sie damit auch Adressaten einer in die Werbung einbezogenen unmittelbaren Kaufaufforderung.³ Der Entscheidung „Goldbärenbarren“⁴ habe dagegen eine an jedermann gerichtete Werbung zugrunde gelegen, von der sich Kinder gegebenenfalls auch angesprochen fühlen konnten.

An diesem Ergebnis änderte auch das Vorbringen des Spielebetreibers nichts, der erforderliche Bezahlvorgang stehe der unmittelbaren Umsetzung des Kaufentschlusses entgegen. Der Bundesgerichtshof stellt dazu fest, dass ein solcher Kaufentschluss nicht Gegenstand des Tatbestands der Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG ist. Es geht allein um die Aufforderung in der Werbung und das Hervorrufen des Erwerbentschlusses. Zum Tatbestand gehört es dagegen nicht, dass eine Entscheidung

³ a.a.O., juris, Rn. 25.

⁴ BGH, Urteil vom 12. Dezember 2013 – [I ZR 192/12](#) –.

zum Kauf direkt umgesetzt werden kann. Deshalb hat der Senat auch keine weiteren Feststellungen für erforderlich gehalten. Er hielt es für ausreichend, dass der Nutzer die Internetseite mit dem Kaufappell und die mit dem Link verknüpfte Internetseite im Zusammenhang sieht.⁵

3. Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen

Original Bach - Blüten

Um gesundheitsbezogene Angaben ging es in dem Urteil des I. Zivilsenats vom 24. Juli 2014.⁶ In Frage stand dabei der Vertrieb von Bach-Blüten-Produkten in der Apotheke.

Gemäß § 25 Nr. 2 ApBetrO a.F., der mittlerweile ersatzlos gestrichen und dessen Regelungsgehalt nun weitgehend in § 1a Abs. 10 Nr. 2 ApBetrO zu finden ist, waren als apothekenübliche Waren Mittel definiert, die der Gesundheit von Menschen und Tieren mittelbar oder unmittelbar dienen oder diese fördern. Der Senat ordnete diese Bestimmung zwar als Marktverhaltensregel i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG ein, lehnte aber einen Verstoß gegen die Bestimmung im konkreten Fall ab.⁷ Die von dem beklagten Apothekenbetreiber vertriebenen Bach-Blüten-Produkte dienten i.S.v. § 25 Nr. 2 ApBetrO mindestens mittelbar der Gesundheit von Menschen. Der I. Senat teilt deshalb die Ansicht des Berufungsgerichts, dass der Vertrieb in der Apotheke zulässig ist. Der für einen Apothekenvertrieb erforderliche Gesundheitsbezug meint nicht eine wissenschaftlich belegbare Gesundheitswirkung.⁸ Unschädlich für den Gesundheitsbezug war schließlich, dass die Bach-Blüten-Fläschchen 15 % Alkohol enthielten, da diese ohnehin nur tröpfchenweise verzehrt werden und so keine gesundheits-schädliche Alkoholmenge zu sich genommen wird. Der Senat ließ die

⁵ a.a.O., juris, Rn. 31.

⁶ BGH, Urteil vom 24. Juli 2014 – [I ZR 221/12](#) – GRUR 2014, 1013.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 11, 13.

⁸ a.a.O., juris, Rn. 15.

Revision auch nicht unter dem Gesichtspunkt durchdringen, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 139 ZPO den Vortrag der Klägerin zu einem vorbeugenden Unterlassungsanspruch übergangen. Nach Ansicht des Senats bedeutet der Umstand, dass die Beklagte unter der Geltung des § 25 Nr. 2 ApBetrO a.F. ihr Verhalten als rechtmäßig verteidigt hat, nicht ohne weiteres, dass sie dieses Verhalten auch unter der Geltung des neuen und strengeren § 1a Abs. 10 Nr. 2 ApBetrO fortführen wird.⁹ Ein vorbeugender Unterlassungsanspruch aus §§ 8 Abs. 1 S. 2, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 1a Abs. 10 Nr. 2 ApBetrO hätte darüber hinaus nur bei entsprechendem Vorbringen Gegenstand einer Hinweispflicht gem. § 139 Abs. 1 ZPO sein können. Bei Unterlassungsansprüchen gestützt auf eine Wiederholungs- und Erstbegehungsgefahr handelt es sich jeweils um unterschiedliche Streitgegenstände¹⁰.

Der Senat teilt daneben die Ansicht des Berufungsgerichts zu den angegriffenen Etikettierungen der Produkte. Sie stellen keine gesundheitsbezogenen Angaben i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 der Health Claims Verordnung Nr. 1924/2006 dar.¹¹ Eine andere Beurteilung folgt auch nicht aus dem Vorhandensein einer Dosierungsanleitung oder der Verwendung des Begriffs „Remedies“. Beim Vertrieb in der Apotheke handelt es sich um eine Verkaufsmodalität. Sie ist nicht produktbezogen und deshalb nicht dazu geeignet, einen möglicherweise unzulässigen Gesundheitsbezug herzuleiten. Darüber hinaus geht der Senat davon aus, dass es sich bei dem Begriff „Original Bach-Blüten“ um eine medizinisch neutrale Angabe handelt. Er grenzt dabei ab zu solchen Begriffen, die der medizinischen Sprache angelehnt und deshalb an bekannte Fachbegriffe aus der Medizin zumindest erinnern könnten. Nur letztere fallen in den Anwendungsbereich der Health Claims Verordnung.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 20.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 21, 25.

Die Annahme einer gespaltenen Verkehrsauffassung innerhalb eines Verkehrskreises widerspricht nach Ansicht des Senats dem Grundsatz, dass die Irreführungsgefahr anhand der Auffassung des kritischen Durchschnittsverbrauchers zu bestimmen ist.¹² Es kann also nicht zwischen sachkundigen und sachunkundigen Verbrauchern unterschieden werden, die sich einerseits mit der Bach-Blüten-Therapie auskennen, andererseits nicht. Die Irreführung ist deshalb zu verneinen, weil der Verbraucher bei Interesse an den Zutaten die Zutatenliste beachten und so etwaige Missverständnisse über die Zusammensetzung von Produkten beseitigen kann.

Mit Erfolg richtete sich die Revision allerdings gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klage sei auch mit dem zweiten Hilfsantrag unbegründet. Das Berufungsgericht hatte insoweit nach Auffassung des Senats nicht berücksichtigt, dass sich der zweite Hilfsantrag nicht gegen eine Irreführung, sondern gegen einen Verstoß gegen das Kennzeichnungsverbot aus § 16 Nr. 1 i.V.m. § 10 Abs. 1 MTVO richtete. Dieses Verkehrsverbot knüpft an objektive Sachverhalte an; es kommt deshalb auf die adressierten Verkehrskreise und ihr Verständnis nicht an.¹³ Die daher in Betracht kommenden Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften sind nicht nur geeignet, die Interessen der Verbraucher spürbar zu beeinträchtigen; die Parteien sind auch Mitbewerber i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG, weshalb die Klägerin aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG anspruchsberechtigt ist.¹⁴

Energy & Vodka

Am 09. Oktober 2014¹⁵ hat der I. Zivilsenat über die Bezeichnung eines alkoholhaltigen Mischgetränks entschieden. Das Berufungsgericht hatte

¹² a.a.O., juris, Rn. 33.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 36.

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 40.

¹⁵ BGH, Urteil vom 09. Oktober 2014 – [I ZR 167/12](#) –.

den Namen „Energy & Vodka“ als nährwertbezogene Angabe angesehen und einen begründeten Anspruch des Klägers aus §§ 8; 3; 4 Nr. 11 UWG i.V.m. Art. 4 Abs. 3 Unterabsatz 2 EG-Health Claims Verordnung Nr. 1924/2006 angenommen. Der Bundesgerichtshof ist dieser Beurteilung entgegengetreten.

Die Bezeichnung „Energy“ ist keine Angabe i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Health Claim VO, die besondere Eigenschaften suggeriert.¹⁶ Deshalb kann auch keine nährwertbezogene Angabe i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 4 Health Claim VO gegeben sein. Die Bezeichnung „Energy“ verweist für den aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher auf eine Eigenschaft, die bei allen Energydrinks regelmäßig vorliegt. Die energetische Wirkung ist also keine besondere Eigenschaft des in Rede stehenden Mixgetränks. Es handelt sich schließlich auch nicht um eine unzulässige gesundheitsbezogene Angabe i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 Health Claim VO.

Das Mischgetränk fällt darüber hinaus zwar in den Anwendungsbereich der Spirituosenverordnung.¹⁷ Der Begriff „Vodka“ ist eine darin geschützte Bezeichnung. Ein Verstoß gegen Art. 10 Abs. 1, 2 VO (EG) 110/2008 war für das in Frage stehende Getränk aber nicht anzunehmen. Entscheidend ist die Feststellung, dass der enthaltene Wodka selbst nicht verdünnt ist und auch nur dieser Wodka den Alkoholgehalt des Getränks beisteuert.¹⁸

In Betracht kam weiter ein Verstoß gegen das Verkehrsverbot alkoholhaltiger Energydrinks gemäß § 4 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 FrSaftErfrischGetrV. Der Kläger hätte allerdings, um Verletzung dieser Verordnung geltend machen zu können, seinen Klageantrag in der Revision ändern müssen. Das Berufungsurteil konnte nach Auffassung des Senats aber auch unter

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 12 ff.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 21 f.

diesem Aspekt keinen Bestand haben.¹⁹ Zum einen handele es sich um einen neuen Streitgegenstand, der in der Revisionsinstanz nicht mehr in den Prozess eingeführt werden kann. Zum anderen sah der Senat keine Erfolgsaussichten wegen einer möglichen Verletzung des Verkehrsverbots alkoholhaltiger Energydrinks. Mit § 4 FrSaftErfrischGetrV sind keine Verbote statuiert worden, die Marktverhaltensregelungen gem. § 4 Nr. 11 UWG darstellen würden. Die Bestimmung ist vielmehr so zu verstehen, dass Energydrinks bei Überschreitung des in der Verordnung festgelegten Grenzwerts nicht dem Anwendungsbereich dieser Verordnung unterfallen. In der Sache hat der Bundesgerichtshof daher das angefochtene Berufungsurteil aufgehoben und das klageabweisende Urteil des Landgerichts wiederhergestellt.

Combiotik

Im Urteil vom 09. Oktober 2014²⁰ beschäftigt sich der Bundesgerichtshof mit der Bezeichnung „Combiotik“ und der damit zusammenhängenden Frage, inwiefern bei der Verwendung dieses Begriffs lebensmittelrechtliche Kennzeichnungsvorschriften einzuhalten sind.

Der I. Zivilsenat legt zugrunde, dass die Bezeichnung „Combiotik“ als solche keine gesundheitsbezogene Angabe i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 Health Claim VO darstellt. Eine andere Beurteilung ergebe sich aber dann, wenn dieser Begriff im Zusammenhang mit den Bezeichnungen „Praebiotik“ und „Probiotik“ verwendet wird. Im Kontext mit diesen zusätzlichen Angaben auf der Verpackung geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass es sich bei dem Begriff „Combiotik“ um eine Angabe i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Health Claim VO handelt.²¹ Der Verkehr erwartet bei einer Verwendung im Zusammenhang mit den Bezeichnungen „Praebiotik“ und

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 24 ff.

²⁰ BGH, Urteil vom 09. Oktober 2014 – [I ZR 162/13](#) –.

²¹ a.a.O., juris, Rn. 23 ff.

„Probiotik“ entsprechende Eigenschaften bei dem so gekennzeichneten Lebensmittel.²² Die Angabe ist im konkreten Verwendungskontext auch gesundheitsbezogen i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 Health Claim VO.²³

Darüber hinaus nimmt der Bundesgerichtshof an, dass die Bezeichnung „probiotische Milchsäurekultur“ in Anlehnung an die Feststellungen des Berufungsgerichts keine nach allgemeiner Verkehrsauffassung übliche Bezeichnung i.S.d. § 4 Abs. 1 Nr. 1 LMKV darstellt. Es handelt sich auch nicht um eine beschreibende Verkehrsbezeichnung der Zutat gem. § 6 Abs. 3 LMKV i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 2 LMKV. Die Bezeichnung einer Zutat ist nach allgemeiner Verkehrsauffassung – das heißt nach der Anschauung aller am Verkehr mit dem Lebensmittel beteiligten Kreise, zu denen die Lebensmittel- und Ernährungswirtschaft, der Handel und die Verbraucher rechnen – nur insoweit als üblich anzusehen, als die Zutat aufgrund der Bezeichnung eindeutig und unmissverständlich identifiziert werden kann. Für die Verkehrsüblichkeit einer Bezeichnung sprechen vor allem regelmäßiger und weit verbreiteter Gebrauch, über den unter anderem Koch- und Fachwörterbücher, Lexika und die Leitsätze der Deutschen Lebensmittelbuchkommission Aufschluss geben können.²⁴ Beschreibende Verkehrsbezeichnungen ermöglichen dem Verbraucher die Art der Zutat zu erkennen und sie von verwechselbaren Erzeugnissen zu unterscheiden. Dazu muss er aufgrund der Beschreibung ohne weiteres erkennen können, um welche Zutat es sich handelt.²⁵ Es genügt nicht, lediglich einen Oberbegriff für eine bestimmte Gattung anzugeben. Schließlich kommt es auch nicht darauf an, dass der Durchschnittsverbraucher über hinreichende Vorkenntnisse über unterschiedliche Eigenschaften oder Wirkungen der unterscheidbaren Zutaten verfügt.²⁶ Eine genauere Angabe könne deshalb vorliegend nicht mit dem Einwand unterbleiben,

²² a.a.O., juris, Rn. 31.

²³ a.a.O., juris, Rn. 36.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 43.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 50.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 54.

dass durch die Spezifizierung keine zusätzlichen Informationen übermittelt werden. Für eine neue Verhandlung wird an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

„Preis zuzüglich Überführung“ – Vorabentscheidungsverfahren

Mit Beschluss vom 18. September 2014²⁷ hat der Bundesgerichtshof das Verfahren um eine Werbeanzeige für Kfz wegen einer Vorlage an den EuGH ausgesetzt. Eine Kfz-Vertriebsgesellschaft hatte eine Zeitungsannonce geschaltet und dabei die Kosten der Überführung nicht in den Endpreis mit einberechnet. Das Berufungsgericht hatte eine wettbewerbswidrige Handlung angenommen, die gegen §§ 3; 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 6 PAngV verstoße. Die Vorschrift der Preisangabenverordnung habe seine unionsrechtliche Grundlage in Art. 4 Abs. 1 Preisangabenrichtlinie 98/6/EG; diese sei vorrangig gegenüber der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.

Der Senat ist insofern seiner bisherigen Rechtsprechung gefolgt. Danach hat ein Kfz-Einzelhändler bei der Werbung für Fahrzeuge grundsätzlich auch die Kosten mit in den Endpreis aufzunehmen, die bei der Überführung der Fahrzeuge vom Hersteller zum Händler entstehen.²⁸ Solche Nebenkosten werden üblicherweise nicht als zusätzliche Frachtkosten erachtet, sondern als Bestandteil des Endpreises. Eine separate Angabe ist danach nur möglich, wenn der Kunde die Wahl hat zwischen einer Selbstabholung und der Überführung oder wenn sich die Kosten im Einzelfall unterscheiden können und deshalb der Endpreis variieren kann.

Die Vereinbarkeit dieser Auslegung der PAngV mit Unionsrecht hat der Senat aber im Anwendungsbereich der UPG-Richtlinie und der Preisangabenrichtlinie als nicht hinreichend eindeutig betrachtet. In Art. 7 Abs. 4

²⁷ BGH, Beschluss vom 18. September 2014 – [I ZR 201/12](#) –.
²⁸ a.a.O., juris, Rn. 10.

Buchst. c UPG-Richtlinie sind Fracht-, Liefer- und Zustellkosten gesondert aufgeführt. Ihre Einbeziehung ist danach nicht angeordnet. Die Anwendung und Auslegung des § 1 Abs. 1 S. 1 PAngV wäre demnach strenger.²⁹ Seit Juni 2013 sind aber in dem durch die Richtlinie angeglichenen Bereich keine strengeren oder mildereren Vorschriften mehr zulässig (Art. 3 Abs. 5 S. 1 UPG-Richtlinie). Sollte § 1 Abs. 1 S. 1 PAngV dagegen einer anderen Regelung entsprechen, die der UPG-Richtlinie vorgeht, könne der Senat bei seiner Auslegung bleiben.

Der Senat hat dem EuGH daher die Frage vorgelegt, ob der Sachverhalt in den Anwendungsbereich der Preisangabenrichtlinie fällt und als ein Anbieten i.S.d. Art. 1 und 3 Preisangabenrichtlinie aufgefasst werden kann. Beantwortet der EuGH die Frage positiv, ist fraglich, ob der Verkaufspreis auch die Überführungskosten umfasst. Der Bundesgerichtshof stellt dazu die Überlegung an, dass die Unterscheidung in Art. 7 Abs. 4 Buchst. c UPG-Richtlinie dafür spricht, dass Frachtkosten nicht einzubeziehen sind. Dann aber ist seine bisherige Auslegung des § 1 Abs. 1 S. 1 PAngV strenger als die entsprechende Regelung in dieser Richtlinie.³⁰ Schließlich möchte er - für den Fall, dass die ersten Vorlagefragen verneint werden - , die Frage beantwortet wissen, ob Art. 7 Abs. 4 Buchst. c UPG-Richtlinie nicht doch auch so ausgelegt werden kann, dass die in Rede stehenden Überführungskosten nicht als Frachtkosten anzusehen sind. Nach seiner Ansicht besteht kein Bedarf für eine gesonderte Ausweisung ohne Einrechnung in den Gesamtpreis.³¹

Der Senat möchte Klarheit darüber, ob seine Auslegung der Regelung der PAngV auch nach dem 12. Juni 2013 aufrechterhalten werden kann. Entscheidungserheblich sind alle drei Vorlagenfragen, weil die beanstandete Werbung ein nach §§ 3 Abs. 1; 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1,

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 16.

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 19.

³¹ a.a.O., juris, Rn. 20.

2. Alt. PAngV unzulässiges bzw. unlauteres Verhalten darstellen kann. Die Revision der Beklagten bliebe in diesem Fall ohne Erfolg.

Werbeschreiben eines Rechtsanwalts

Mit Urteil vom 10. Juli 2014³² hat der Bundesgerichtshof über ein Werbeschreiben eines Rechtsanwalts entschieden. Das Berufungsgericht hatte angenommen, das beanstandete Schreiben sei eine unzulässige Werbung um die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall und verstoße daher gegen §§ 3; 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 43 b BRAO.

Der I. Senat hat diese Sichtweise nicht geteilt. Das Schreiben sei weder aufgrund eines Verstoßes gegen § 43 b BRAO noch aus sonstigen Gründen als wettbewerbswidrig zu beurteilen. Erforderlich hierfür wäre eine im Einzelfall konkret feststellbare Gefährdung der von § 43 b BRAO geschützten Güter. Ein Verbotgrund muss sich aus der Form, dem Inhalt oder aus dem verwendeten Mittel der Werbung ergeben. Die gesetzlich angeordnete Verhältnismäßigkeitsprüfung erfordert mithin eine Interessenabwägung im Einzelfall. Zu berücksichtigen sind die Beeinträchtigung der Unabhängigkeit, der Würde oder der Integrität der Rechtsanwaltschaft sowie der Grad der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers.³³

Für den konkreten Fall hat der Senat entgegen der Einschätzung des Berufungsgerichts die Auffassung vertreten, dass das fragliche Schreiben die Interessen der Empfänger nicht konkret beeinträchtigt habe. Es sei sachlich in Bezug auf Form und Inhalt abgefasst gewesen. Die Beklagten hätten auch ausdrücklich die Alternative einer anderweitigen anwaltlichen Vertretung erwähnt. Das angefochtene Urteil habe sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig erwiesen, § 561 ZPO.

³² BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 – [I ZR 188/12](#) –.

³³ a.a.O., juris, Rn. 11.

„Spezialist für Familienrecht“

In einer anderen Sache zum Berufsrecht der Rechtsanwälte hat der Senat durch Urteil vom 24. Juli 2014³⁴ über die Zulässigkeit der Bezeichnung „Spezialist für Familienrecht“ entschieden. Das Berufungsgericht hatte in der Verwendung dieser Bezeichnung einen Verstoß gegen §§ 3 Nr. 2; 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 43 b BRAO, § 7 BORA sowie gegen § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG gesehen. Der I. Senat hingegen verlangt über die Feststellung der Verwechslungsgefahr hinaus Angaben dazu, ob der Beklagte die Bezeichnung „Spezialist für Familienrecht“ möglicherweise zu Recht geführt hat.

Im Einzelnen stellt der Senat fest, dass das Berufungsgericht § 7 BORA zu Recht als Konkretisierung des § 43 b BRAO eingestuft hatte. Es handelt sich dabei also um eine Marktverhaltensregel.³⁵ Durch § 7 Abs. 2 BORA sollen generell irreführende Angaben und insbesondere irreführende Annäherungen an den Begriff des Fachanwalts in der Anwaltswerbung verhindert werden. Weiter stellt der Bundesgerichtshof fest, dass § 7 Abs. 2 BORA eine spezielle satzungsrechtliche Regelung des Irreführungstatbestands ist.³⁶ Die Vorschrift ist deshalb in Anlehnung an § 5 UWG auszulegen. Demnach kann auch eine objektiv richtige Angabe irreführend sein, wenn sie beim adressierten Verkehrskreis eine Fehlvorstellung herbeiführt. Entscheidend sind dann die Irreführungsquote und eine Interessenabwägung. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts versteht der angesprochene Verkehr die Begriffe „Spezialist“ und „Fachanwalt“ als Synonyme; es werde dabei nicht erkannt, dass der Fachanwalt seine Kenntnisse in einem förmlichen Verfahren nachweisen muss, wohingegen die Bezeichnung „Spezialist“ auf einer Selbsteinschätzung beruht.

³⁴ BGH, Urteil vom 24. Juli 2014 – [I ZR 53/13](#) – GRUR 2015, 28.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 8 ff.

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 20.

Der Senat widerspricht aber der Annahme des Berufungsgerichts, dass es neben den Fachanwaltsbezeichnungen keinen Raum gebe für die Selbsteinschätzung eines Rechtsanwalts, der sich als „Spezialist“ bezeichnet.³⁷ Dies ergibt sich nach Auffassung des Senats aus der Begründung zur Änderung des § 7 Abs. 1 BORA. Danach wird die Verwendung qualifizierender Zusätze wie bspw. „Spezialist“ als zulässig erachtet. Erforderlich sind dann aber entsprechende Kenntnisse und eine umfangreiche Tätigkeit in dem Gebiet. Wenn die Fähigkeiten des „Spezialisten“ denjenigen des „Fachanwalts“ entsprechen, werden die Interessen der Rechtssuchenden nicht beeinträchtigt, sobald sie die Begriffe verwechseln.³⁸ Das gilt aber nur dann, wenn der „Spezialist“ die Expertise des „Fachanwalts“ besitzt. Dies lässt sich nachprüfen, indem auf entsprechende Kriterien der Fachanwaltsordnung zurückgegriffen wird.

Ein Rechtsanwalt, der die Bezeichnung „Spezialist“ für ein Fachgebiet führt und diese Stellung als „Spezialist“ für sich in Anspruch nimmt, hat den Nachweis darüber zu erbringen, dass er die beschriebenen Anforderungen erfüllt. Im Streitfall muss er darlegen und beweisen, dass die dafür notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten vorhanden sind. Eine Interessenabwägung kann in diesem Fall zu seinen Gunsten ausfallen. Für die dafür notwendigen Feststellungen hat der Senat die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, § 563 Abs. 1 S. 1 ZPO.

Hörgeräteversorgung III

Am 24. Juli 2014³⁹ hat sich der I. Senat mit der Hörgeräteversorgung auf dem sog. verkürzten Versorgungsweg befasst. In Frage stand die Regelung in § 34 Abs. 5 BW BOÄ aF bzw. § 31 Abs. 2 BW BOÄ. Als Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG sollen sie eine unbeeinflusste Wahlfreiheit der Patienten in Bezug auf Apotheken, Geschäfte und

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 21.

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 25.

³⁹ BGH, Urteil vom 24. Juli 2014 – [I ZR 68/13](#) –.

Anbieter gesundheitlicher Leistungen gewährleisten. Beeinflusst ist diese, sobald der Arzt dem Patienten gegenüber von sich aus eine Empfehlung ausspricht. Dagegen schadet die Bitte des Patienten um eine solche nicht. Eine neutrale Information über die verschiedenen Versorgungswege, ohne dass ein bestimmter Leistungserbringer angeraten wird, ist ebenso erlaubt.⁴⁰ Streitig waren zwei Fälle: Einerseits hat der beklagte HNO-Arzt einen Patienten in seiner Praxis und während der Behandlung über die Möglichkeit einer Wahlentscheidung zur privatärztlichen Hörgeräteversorgung aufgeklärt. Der zweite Patient hatte einen Tag nach der Behandlung einen Befundbericht übersandt bekommen; dieser enthielt ebenfalls den Hinweis zur Hörgeräteversorgung auf dem verkürzten Versorgungsweg.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts hatte der Beklagte in beiden Fällen nicht gegen die zeitlich anwendbare Vorschrift aus der Berufsordnung verstoßen. Der Bundesgerichtshof differenzierte bei seiner Entscheidung zwischen der Behandlung der beiden Patienten. Für die Betreuung des ersten Patienten sah der Senat keine Verletzung der Verhaltensregelung aus der Berufsordnung. Das Aufzeigen verschiedener Versorgungswege beinhaltet keine Empfehlung eines bestimmten Leistungserbringers.⁴¹ Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Arzt im verkürzten Versorgungsweg nur mit bestimmten Unternehmen zusammenarbeitet. Diese darf er bei der Darstellung der Versorgungsmöglichkeiten auch benennen. Die Angaben des Beklagten im konkreten Zusammenhang mit der Behandlung des Patienten seien über eine neutrale Information nicht hinaus gegangen; sie hätten keine Empfehlung dargestellt.⁴²

Für den zweiten Patient hat der Senat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ausschließen können, dass diesem die Informationen über die Hörgeräteversorgung auf dem verkürzten Versorgungsweg ungebeten übersandt worden sind. Es handelte sich, so der Senat, bei

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 25.

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 26.

⁴² a.a.O., juris, Rn. 28 ff.

dem Schreiben gerade nicht lediglich um einen Hinweis, der auch unabhängig von einem entsprechenden Wunsch des Patienten zulässig sein kann. Der Bundesgerichtshof konnte keinen Anlass für die Vorteilhaftigkeit des verkürzten Versorgungswegs für den zweiten Patienten feststellen. Es sei zu ermitteln, ob der Beklagte auf seinen Wunsch informiert hat. Für weitere Feststellungen zu dieser Frage hat der Senat die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, § 563 Abs. 1 ZPO.

4. Irreführung

Wir zahlen Höchstpreise

Mit Urteil vom 03. Juli 2014⁴³ hat der Bundesgerichtshof über eine Beweislastumkehr bei einer Spitzenstellungswerbung entschieden. Das Berufungsgericht hatte die gegen die Spitzenstellungswerbung gerichtete Klage als unbegründet betrachtet, da die Klägerin nicht ausreichend substantiiert vorgetragen habe. Sie sei den Beweis dafür schuldig geblieben, dass tatsächlich eine Irreführung vorgelegen habe. Der Bundesgerichtshof teilt die Auffassung des Berufungsgerichts. Bei Spitzengruppenwerbung ist danach keine allgemeine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast anzunehmen.⁴⁴ Eine Beweislastumkehr zugunsten des Klägers ist auch nicht angezeigt. Die für eine Überprüfung der Behauptung, Höchstpreise zu zahlen, erforderlichen Tatsachen können ohne erhebliche Schwierigkeiten von ihm selbst dargelegt und bewiesen werden. Insbesondere mit Hilfe eigener Testkäufe ist die Behauptung der Alleinstellung nachprüfbar. Aus Sicht des Senats ist dem gegen eine Spitzenstellungswerbung vorgehenden Mitbewerber die Preisgestaltung auf dem jeweiligen Markt bekannt. Der Senat rügte zudem, dass rechtzeitiges Vorbringen zu einer fehlenden Marktbeobachtung durch den Beklagten versäumt worden sei. Der Verkehr erwartet eine solche, bevor das Versprechen,

⁴³ BGH, Urteil vom 03. Juli 2014 – [I ZR 84/13](#) – GRUR 2015, 186.

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 10.

Höchstpreise zu zahlen, ausgegeben wird. Dieses könne zwar eine Irreführung begründen, im konkreten Verfahren sei dies aber nicht entscheidungsbedürftig, weil dazu ein neuer Tatsachenvortrag notwendig gewesen wäre. Das Berufungsgericht hatte den dazu gehaltenen Vortrag als verspätet zurückgewiesen, § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO. Der Bundesgerichtshof teilt die Ansicht des Berufungsgerichts, dass das Vorbringen zur Marktbeobachtung bereits erstinstanzlich hätte erfolgen können. Die Revision hat daher keinen Erfolg.

Kondome – Made in Germany

Mit der Irreführungsfahr bei Herkunftsbezeichnungen hat sich der Bundesgerichtshof im Beschluss vom 27. November 2014⁴⁵ beschäftigt. Das Berufungsgericht hatte in diesem Rechtsstreit die Angabe „Made in Germany“ als irreführend gewertet. Die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde blieb vor dem I. Senat ohne Erfolg.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts verbindet der Verkehr mit der streitgegenständlichen Angabe eine Herstellung, bei der die maßgeblichen Produktionsschritte in Deutschland erfolgen.⁴⁶ Bei den von der Beklagten vertriebenen Kondomen habe der Herstellungsprozess aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vollständig im Ausland stattgefunden. Dieser Herstellungsprozess habe zu Endprodukten geführt, bei denen allein die nachträgliche Kontrolle der Dichtigkeit und Reißfestigkeit nicht zum Fertigungsprozess gehören. Verpackung, Versiegelung und Qualitätskontrolle dienen vielmehr zur Herstellung der Verkehrsfähigkeit.⁴⁷ Die Angabe „Made in Germany“ beziehe sich nach Auffassung des Berufungsgerichts aber auf den Fabrikationsvorgang, weshalb entscheidungserheblich gewesen sei, dass die maßgeblichen Produktionsschritte im Ausland erfolgten.

⁴⁵ BGH, Beschluss vom 27. November 2014 – [I ZR 16/14](#) –.

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 10.

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 11.

Die hiergegen gerichtete Rüge eines objektiv willkürlichen Verstoßes gegen die Denkgesetze wies der I. Senat als unbegründet zurück. Für den Aussagegehalt einer Herkunftsangabe wie „Made in Germany“ haben sich bereits hinreichende Kriterien entwickelt.⁴⁸ Der Senat betrachtete es daher nicht als willkürlich, dass das Berufungsgericht eine Irreführung darin gesehen hatte, dass trotz der Herkunftsangabe „Made in Germany“ die wesentlichen Produkteigenschaften bereits während der Fertigung im Ausland herausgebildet wurden und die Prüfungen im Werk in Deutschland lediglich der Kontrolle auf das Vorhandensein der Produkteigenschaften dienten.

An dieser Beurteilung ändert auch Art. 24 VO (EWG) 2913/92 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaft nichts. Danach ist das Ursprungsland dasjenige, in dem die Ware der letzten wesentlichen und wirtschaftlich gerechtfertigten Verarbeitung unterzogen worden ist. Die Irreführungsmöglichkeit ist aber anhand des Begriffsverständnisses der angesprochenen Verkehrskreise zu ermitteln. Schließlich ist auch nicht ausreichend, die Einhaltung deutscher Qualitätsstandards zu garantieren. „Made in...“ wird als „hergestellt in...“ verstanden und auf den Fertigungsprozess bezogen.⁴⁹

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 20 f.

Im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24. Juli 2014⁵⁰ ging es um die fehlende Angabe von CO₂-Emissionswerten. Das Berufungsgericht hatte die beanstandete Werbung nicht unlauter nach §§ 3, 5, 5a UWG bzw. nach §§ 3; 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 1; 5 Pkw-Energieverbrauchs-kennzeichnungsverordnung (Pkw-EnVKV) gewertet.

Auch nach Ansicht des I. Senats verstieß die fragliche Werbung der Beklagten nicht gegen die Pkw-EnVKV. Diese habe sich nicht auf ein bestimmtes Personenkraftwagenmodell bezogen.⁵¹ In Anlehnung an Abschnitt I Nr. 3 der Anlage 4 der Pkw-EnVKV ist die Angabe von CO₂-Werten nicht erforderlich, wenn lediglich für die Fabrikmarke und nicht für ein bestimmtes Modell geworben wird. Ein Modell i.S.d. Verordnung ist die Handelsbezeichnung eines Fahrzeugs, bestehend aus Fabrikmarke, Typ sowie ggf. Variante und Version eines Pkw, § 2 Nr. 15 Pkw-EnVKV. Die in Rede stehende Werbung habe sich dagegen allgemein auf „Mercedes SLK“ bezogen, von dem aber mehrere Varianten angeboten werden.

Nach § 2 Nr. 6 Pkw-EnVKV i.V.m. Art. 2 Nr. 6 RL 1999/94/EG ist, wenn unter einem Modell mehrere Varianten zusammengefasst sind, der höchste CO₂-Emissionswert innerhalb der Gruppe anzugeben. Allerdings beziehen sich diese beiden Regelungen gem. § 2 Nr. 16 Pkw-EnVKV i.V.m. Art. 2 Nr. 12 RL 1999/94/EG auf die Richtlinie 70/156/EWG⁵² zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Betriebs-erlaubnis für Kraftfahrzeuge und Kraftfahrzeuganhänger.⁵³ Sie konkretisieren somit nicht den Begriff „Modell“, wie er von § 5 Abs. 1 und Abschnitt I der Anlage 4 der Pkw-EnVKV verwendet wird.

⁵⁰ BGH, Urteil vom 24. Juli 2014 – [I ZR 119/13](#) –, berichtigt mit Beschluss vom 22. Januar 2015.

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁵² Zwischenzeitlich ersetzt durch 2007/46/EG.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 17 ff.

Der Senat verneinte auch einen Verstoß gegen europäische Informationspflichten. Die Werbung sei deshalb auch nicht nach § 5 a Abs. 2 und Abs. 4 UWG irreführend gewesen. Der Abschnitt I Nr. 3 der Anlage 4 der Pkw–EnVKV geht nicht über die RL 1999/94/EG hinaus, indem er die Angabe von CO₂–Werten auch dann für entbehrlich hält, wenn nicht für ein bestimmtes Modell, sondern lediglich für eine Fabrikmarke geworben wird. Der Anhang 4 Unterabsatz 3 der RL 1999/94/EG bezieht sich auf Art. 6 dieser Richtlinie. Dieser setzt eine auf bestimmte Pkw-Modelle bezogene Werbung voraus. Wenn er die Angabe des Kraftstoffverbrauchs für entbehrlich erklärt, erlaubt dies nicht den Umkehrschluss, dass in einem solchen Fall die CO₂–Emissionen angegeben werden müssten.⁵⁴ Eine Vorlage an den EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV sah der Senat nicht als veranlasst an, da keine vernünftigen Zweifel an der dargestellten Auslegung der Richtlinien bestünden.

5. Vergleichende Werbung

6. Unzumutbare Belästigung

7. Rechtsfolgen

Zu widerhandlung während Schwebezeit

Mit Urteil vom 17. November 2014⁵⁵ hat der Bundesgerichtshof über Ansprüche auf Zahlung von Vertragsstrafen und Abmahnkosten aus einem Unterlassungsvertrag entschieden. In Frage stand die Vertretungsmacht der Klägervertreter bei Abschluss des Vertrags. Das Berufungsgericht hatte angenommen, dass ein vollmachtloses Handeln spätestens mit Klageerhebung aus dem Vertrag rückwirkend genehmigt

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁵⁵ BGH, Urteil vom 17. November 2014 – [I ZR 97/13](#) –.

worden sei; die Klageerhebung sei zwar mit einer umfassenden Handlungsvollmacht erfolgt; der vom Beklagten erklärte Widerruf des Unterlassungsvertrags sei aber erst während des Prozesses und deshalb verspätet erklärt worden. Der mit der Klage geltend gemachte Verstoß des Beklagten gegen die Verpflichtung zur Unterlassung aus der Parteivereinbarung habe aber nicht bestanden. Die in §§ 177 Abs. 1; 184 Abs. 1 BGB angeordnete Rückwirkung einer Genehmigung habe dazu geführt, dass die Vertragsstrafe auch durch Zuwiderhandlungen in der Schwebezeit verwirkt werden könne.

Dieser Ansicht des Berufungsgerichts ist der I. Zivilsenat entgegengetreten.⁵⁶ Die Rückwirkung einer Genehmigung nach § 184 BGB führt nicht zu einer Verpflichtung aus dem Vertretergeschäft während der Schwebezeit. Währenddessen entstehen keine Rechtsfolgen, die an das tatsächliche Bestehen einer Leistungspflicht anknüpfen. Besteht die Verpflichtung in einem Unterlassen, kann der Schuldner die Vertragsstrafe nicht durch eine Zuwiderhandlung während des Schwebezustands nach § 339 S. 2 BGB verwirken.⁵⁷ Da die vom Berufungsgericht angenommenen Verstöße während dieser Schwebezeit stattfanden, konnte ein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe nicht auf diese Handlungen gestützt werden.

Letztlich ohne Erfolg blieb die Revision dagegen mit Blick auf die vertraglich übernommenen Ansprüche auf Auskunftserteilung und Zahlung von Abmahnkosten. Diese Ansprüche ergeben sich unmittelbar aus der Verpflichtungserklärung des Beklagten. Sie sind nicht von weiteren Voraussetzungen – wie einem Verstoß gegen das Vertragsstrafeversprechen – abhängig. Spätestens mit Klageerhebung ist die vertragliche Grundlage der entsprechenden Erklärung wirksam geworden.⁵⁸ Die subjektiven Voraussetzungen der stillschweigenden Genehmigung können dabei

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 33.

durch schlüssiges Verhalten erfüllt sein. Für die Anwendung der vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze kommt es nicht darauf an, welche Vertragspartei sich darauf beruft.⁵⁹

8. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung

Nero

Am 10. Juli 2014⁶⁰ befasste sich der Bundesgerichtshof mit der Schadensersatzpflicht aus § 945 ZPO. In Streit stand die Frage, ob eine Verbotsverfügung vom Gläubiger vollzogen worden war. Bereits vor Zustellung im Parteibetrieb war eine formlose Übermittlung der Verfügung erfolgt; kurz darauf, aber noch vor Zustellung der Beschlussverfügung mit Ordnungsmittelandrohung hatten die Verfügungsadressaten – die spätere Klägerin – den Vertrieb der in Rede stehenden Jeanshose „Nero“ eingestellt. Selbst nach Rücknahme des Verfügungsantrags im Rechtsmittelverfahren nahm sie den Vertrieb nicht wieder auf. Die Anspruchsvoraussetzungen des § 945 ZPO waren demnach für drei Zeiträume zu beurteilen.

Die verschuldensunabhängige Haftung aus § 945 ZPO erfordert neben dem Erwirken eines Titels ein Verhalten, das einen Vollstreckungsdruck erzeugt. Dieser ist bei Unterlassungsgeboten anzunehmen, wenn der Schuldner durch einstweilige Verfügung verhängte Verbote beachten und bei Zuwiderhandlung mit der Verhängung von Ordnungsmitteln rechnen muss. Neben der Androhung des Ordnungsmittels nach § 890 Abs. 2 ZPO ist die Zustellung im Parteibetrieb gem. § 922 Abs. 2 ZPO notwendig. Zeitlich vor der förmlichen Zustellung ist die einstweilige Verfügung nicht wirksam und braucht deshalb vom Schuldner nicht beachtet zu werden.⁶¹

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 36.

⁶⁰ BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 – [I ZR 249/12](#) –.

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 17.

Der I. Senat grenzt diese Beurteilung von zwei früheren Entscheidungen ab. Die Entscheidung „Ordnungsmittelfestsetzung nach Verbotsverfügung“⁶² betraf eine durch Urteil erlassene Verbotsverfügung. Dieses ist mit Verkündung wirksam, wohingegen die Beschlussverfügung noch einer förmlichen Zustellung bedarf. Vor der Verkündung kann auch die durch Urteil erlassene Verbotsverfügung nicht Grundlage einer Ordnungsmittelfestsetzung sein.⁶³ Die Entscheidung „Steroidbeladene Körner“⁶⁴ betraf einen Fall, in dem – anders als im Fall „Nero“ – alle Vollstreckungsvoraussetzungen, also auch die Zustellung im Parteibetrieb, vorgelegen haben.

Der Senat nahm daher an, dass im fraglichen Fall der notwendige Vollstreckungsdruck vor Zustellung der Beschlussverfügung nicht bestanden hat und somit auch nicht i.S.v. § 945 ZPO ursächlich für die Vertriebseinstellung sein konnte. Für die Zeit nach der Rücknahme des Verfügungsantrags ergibt sich eine ähnliche Beurteilung. Mit dem Wegfall des Titels ist auch der Vollstreckungsdruck entfallen. Schäden, die der Klägerin dadurch entstanden, dass sie dennoch auf den Vertrieb verzichtete, sind deshalb nicht auf die einstweilige Verfügung zurückzuführen. Als rechtsfehlerhaft sah der Senat allerdings die Beurteilung des Berufungsgerichts an, selbst im Zeitraum nach Zustellung der Beschlussverfügung im Parteibetrieb bis zur Rücknahme der Verbotsverfügung habe kein für den entgangenen Gewinn der Klägerin ursächlicher Vollstreckungsdruck bestanden. In diesem Punkt hat der Senat die Sache zur weiteren Aufklärung der Ursächlichkeit an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

⁶² BGHZ 180, 72.

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁶⁴ BGH, Urteil vom 16. November 2010 – [Xa ZR 66/10](#) –.

9. Sonstiges

Gerichtsstandsbestimmung

Mit Beschluss vom 26. August 2014⁶⁵ hat der Bundesgerichtshof in einem Gerichtsstandsbestimmungsverfahren nach § 36 Abs. 3 ZPO über die gerichtliche Zuständigkeit für Klagen aus einem Vertragsstrafeversprechen entschieden. Die Entscheidung erging auf der Grundlage einer Vorlage des Oberlandesgerichts Köln, das insoweit von der Rechtsprechung des Thüringer Oberlandesgerichts abweichen wollte. Die Zuständigkeit der Landgerichte gemäß §§ 13; 14 UWG erstreckt sich nach seiner Ansicht nicht auf die Klage aus einem Vertragsstrafeversprechen, das auf einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnung beruht.

Für den in diesem Verfahren zuständigen X. Zivilsenat lagen in diesem Fall die Voraussetzungen einer Bestimmung der Zuständigkeit nach § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO vor.⁶⁶ Der Senat bestimmte das Amtsgericht Stralsund als zuständiges Gericht, da der Verweisungsbeschluss des Landgerichts Köln nach § 281 Abs. 2 S. 4 ZPO bindend gewesen sei.

Dieser Beschluss beruhe auch nicht auf einer Verletzung rechtlichen Gehörs, wodurch die Bindungswirkung beseitigt sein könnte. Das Landgericht hatte die Parteien auf seine Auffassung hingewiesen, wonach Streitigkeiten über Vertragsstrafeversprechen nicht als Streitigkeiten i.S.v. §§ 13; 14 UWG einzuordnen seien, und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof einen die Bindungswirkung beseitigenden Gehörverstoß verneint.⁶⁷ Weiter sei die Bindungswirkung auch nicht aufgrund einer fehlenden Begründung des Beschlusses entfallen. Diese erschließe sich aus dem Akteninhalt. Vor diesem Hintergrund musste der Bundesgerichtshof nicht auf die in der

⁶⁵ BGH, Beschluss vom 26. August 2014 – [X ARZ 275/14](#) –.

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 3.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 7 f.

Sache streitige Rechtsfrage eingehen, inwieweit §§ 13; 14 UWG auch für Klagen auf Zahlung einer Vertragsstrafe gelten, die nach einer Abmahnung auf eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung gestützt sind.

II. Kartellrecht

1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen/Kartellverbot

2. Marktbeherrschung, sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten

3. Zusammenschlusskontrolle

4. Sonstiges

Zivilrechtliche Durchsetzung

Calciumcarbid-Kartell II

Bei der Entscheidung des Kartellsenats vom 18. November 2014⁶⁸ ging es um den Ausgleich zwischen den Gesamtschuldern einer von der Europäischen Kommission festgesetzten Geldbuße. Diese hatte aufgrund von Kartellabsprachen zum Vertrieb von Calciumcarbid gegen die Klägerin und die beiden Beklagten ein Bußgeld i.H.v. ursprünglich 13,3 Millionen Euro verhängt.

Das Berufungsgericht hatte die Ansicht vertreten, dass die Klägerin als frühere Obergesellschaft verpflichtet sei, die Geldbuße im Innenverhältnis allein zu tragen; § 426 Abs. 1 S. 1 BGB sei trotz konkludenter Rechtswahl nicht anwendbar gewesen. Vielmehr sei derjenige, dem die wirtschaftli-

⁶⁸ BGH, Urteil vom 18. November 2014 – [KZR 15/12](#) –.

chen Erfolge aus dem kartellrechtswidrigen Verhältnis zugeflossen sind, zu belasten. Verursachungs- oder Verschuldensbeiträge hätten deshalb keinen Einfluss auf die Entscheidung. Ein Kartellschadensersatzanspruch umfasse nicht die Belastung mit einer Geldbuße, so dass auch unter diesem Aspekt kein Ersatzanspruch bejaht werden konnte.⁶⁹

Der Kartellsenat stellt vorab fest, dass die Bestimmung des Gesamtschuldnerausgleichs im Innenverhältnis nicht in den Zuständigkeitsbereich der Kommission fällt. Diese Festlegung ist deshalb von den nationalen Gerichten zu treffen. Die Auffassung des Berufungsgerichts zur mangelnden Anwendbarkeit von § 426 BGB teilte der Kartellsenat dabei nicht.

Wenn es darum geht, die einzelnen Anteile der am Kartell Beteiligten im Innenverhältnis zu bestimmen, kommt es nicht darauf an, ob eine der beteiligten Gesellschaften als Obergesellschaft fungiert. Soweit – wie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im vorliegenden Fall – keine vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Beteiligten bestehen, sind Ausgleichsansprüche deshalb anhand der Umstände des Einzelfalls zu bemessen. Die individuellen Verursachungs- und Verschuldensbeiträge der Beteiligten sind zu berücksichtigen ebenso wie die für die Bemessung der Geldbuße maßgeblichen Tatsachen.⁷⁰

Dabei orientiert sich der Kartellsenat an dem Rechtsgedanken des § 254 Abs. 1 BGB.⁷¹ Es ist zu ermitteln, inwieweit die einzelnen Gesamtschuldner zur Verursachung der für die Haftung maßgeblichen Umstände beigetragen haben und in welchem Maß sie ein Verschulden trifft. Die Haftung eines Unternehmens für Verstöße gegen Art. 101 AEUV ist mit einer Schadensersatzhaftung für schuldhaftes Verhalten vergleichbar. Beide setzen eine vorsätzliche oder fahrlässige Beteiligung voraus.

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 12

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 32; 40.

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 41 ff.

Einerseits sind dann auch solche Umstände im Innenverhältnis von Bedeutung, die ebenso für die Bemessung des Bußgelds entscheidend sein können, wie bspw. die Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung. Andererseits steht es der Berücksichtigung von Verursachungsbeiträgen nicht entgegen, dass diese von der Kommission bei der Auswahl der einzelnen Gesamtschuldner nicht herangezogen werden. Die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Gesellschaften verringert den Ermittlungsaufwand für die Kommission. Sie braucht eine persönliche Beteiligung von Vertretern der Muttergesellschaft an der Zuwiderhandlung nicht nachzuweisen. Ein solcher Ermittlungsaufwand darf aber nicht für das Innenverhältnis und die Entscheidung über interne Ausgleichsansprüche entscheidend sein.⁷²

Weiterhin widerspricht der Kartellsenat der Auffassung des Bundeskartellamts, eine Aufteilung des Bußgelds nach Kopfteilen werde am ehesten dem Zweck des Kartellverbots gerecht, da auf diese Weise eine vollständige Abwälzung der finanziellen Belastung vermieden werden könne. Der Bundesgerichtshof kann nicht unabhängig vom Einzelfall beurteilen, ob eine interne Verteilung des Bußgeldes mit dem Ziel einer effektiven Durchsetzung des Kartellverbots im Einklang steht. Vielmehr gewährleistet die Anwendung von § 426 Abs. 1 S. 1 BGB eine dementsprechend angemessene und den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragende Aufteilung im Innenverhältnis.⁷³ Dabei kann man die Tatbeiträge berücksichtigen, die unterschiedlich gewichtet sein können, sowie den wirtschaftlichen Erfolg, der durch die Zuwiderhandlung vom einzelnen Gesamtschuldner erzielt werden konnte. Der erzielte Gewinn ist nur in Ausnahmefällen dazu geeignet, einem einzelnen Gesamtschuldner intern die volle Haftung zuzuweisen.⁷⁴

⁷² a.a.O., juris, Rn. 52.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 55.

⁷⁴ a.a.O., juris, Rn. 65.

Daneben sind auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die tatbefangenen Umsätze der einzelnen Gesellschaften bei der Gesamtabwägung zu beachten. Kommt es vor der Ahndung des Verstoßes zur Aufspaltung des Unternehmens, ist die umsatzbezogene Obergrenze der Geldbuße bereits im Außenverhältnis individuell zu berechnen. Wenn es aber erst nach der Festsetzung der Geldbuße dazu kommt, kann für den Senat nichts anderes für die Verteilung im Innenverhältnis gelten.⁷⁵

Schließlich ist es nach Ansicht des Kartellsenats mit dem Zweck der Geldbuße nicht schlechthin unvereinbar, wenn eine Obergesellschaft einen Teil der Haftung im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs auf eine abhängige Gesellschaft abwälze. Auch die Befürchtung, dass man sich durch Anteilsverkauf einer Haftung für Geldbußen entziehen könne, teilt er nicht. Das Risiko einer Haftung für Kartellverstöße ist bspw. beim Kaufpreis einzubeziehen. Denkbar sind Ansprüche wegen Leistungsstörung, wenn der Veräußerer die Gefahr einer Inanspruchnahme nicht benennt.⁷⁶

Endlich konnten auch die Erwägungen des Berufungsgerichts zum wirtschaftlichen Erfolg der Klägerin nach Auffassung des Kartellsenats die angefochtene Entscheidung nicht tragen. Die Annahme, bereits die Durchführung des Kartells habe eine sichere Gewinnerwartung begründet, entbindet den Tatrichter nicht davon, Feststellungen diesbezüglich zu treffen. Insgesamt hat der Kartellsenat im fraglichen Fall die alleinige bzw. hälftige Ausgleichspflicht der Klägerin für fernliegend gehalten. Zur Feststellung der für den Ausgleichsanspruch gem. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB notwendigen Umstände hat der Kartellsenat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 70.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 79.

Mit Urteil vom 22. Juli 2014⁷⁷ hat der Kartellsenat über eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast bei der Unwirksamkeitsbestimmung von Entgelten nach § 315 Abs. 3 BGB entschieden. Daneben hat er über die Anwendbarkeit der Vorteilsanrechnung auf einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1, Alt. 1 BGB geurteilt.

Nach Ansicht des Kartellsenats hatte das Berufungsgericht der Beklagten zu Unrecht die volle Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der Entgelte auferlegt. Es hatte bei der Feststellung des Klägers, ein um knapp 10% geringeres Entgelt ergebe sich aus dem Preisblatt, eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast angenommen.

Dabei ist es mit den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast nicht vereinbar, wenn nicht nur die Darlegungs-, sondern auch die Beweislast übertragen wird.⁷⁸ Die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast ist auch nicht damit zu begründen, dass die erhobenen Entgelte von im Preisblatt genehmigten Entgelten abweichen. Nicht jede Abweichung von einer behördlichen Genehmigung oder gerichtlichen Bestimmung des Entgelts ist als Hinweis auf die Überschreitung des Ermessensspielraums zu werten.⁷⁹

Nach Ansicht des Kartellsenats hatte das Berufungsgericht zwar zu Unrecht angenommen, dass die Beklagte ihrer Darlegungslast nicht genügend nachgekommen war. Sie hatte ihre Kalkulation im Vorjahr offengelegt und damit die Überprüfung, ob die von der Beklagten angewandten Methoden der Billigkeit entsprachen, ermöglicht.⁸⁰ Das Berufungsgericht hatte aber aus Sicht des Senats zu Recht die Vorteilsanrech-

⁷⁷ BGH, Urteil vom 22. Juli 2014 – [KZR 27/13](#) –.

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 22 f.

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 27 f.

nung versagt. Die Revisionsbegründung war davon ausgegangen, dass die Grundsätze der Vorteilsanrechnung aufgrund besonderer Umstände auf den in Rede stehenden Bereicherungsanspruch anwendbar seien. Nach Ansicht des Kartellsenats lagen diese besonderen Umstände aber im Streitfall nicht vor, so dass es bei der grundsätzlichen Unanwendbarkeit der schadensrechtlichen Grundsätze auf den Bereicherungsausgleich bleiben müsste. Der Netzbetreiber trage das Absatzrisiko sowie das Risiko der Zahlungsfähigkeit seiner Kunden. Er sei deshalb nicht lediglich Glied in einer staatlich gelenkten Warenverteilung.⁸¹

Auch die Grundsätze über die *passing-on defence* führen im Streitfall zu keiner anderen Beurteilung. Sie können auf die Fälle, in denen eine Preisbestimmung bereits nach § 315 Abs. 3 BGB unwirksam ist und der Abnehmer aufgrund dessen einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung hat, nicht angewandt werden. Ein solcher Anspruch muss nicht auf eine Kartellabsprache oder auf einen Missbrauch von Marktmacht zurückgehen. Er kann auch unabhängig davon entstehen. Dann aber haben die nachgelagerten Absatzstufen keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen denjenigen, der die unwirksame Preisbestimmung vorgenommen hat. Es besteht auch kein unmittelbares Rechtsverhältnis. Bereicherungsansprüche sind mithin innerhalb der Leistungsbeziehungen geltend zu machen. Wenn also der erste Abnehmer die Vorteilsanrechnung anspruchsmindernd akzeptieren müsste, blieben dem Schuldner die Vorteile der unwirksamen Preisbestimmung regelmäßig schon aus Rechtsgründen erhalten.⁸²

In diesem Zusammenhang hat der Kartellsenat klargestellt, dass der Bereicherungsanspruch aus § 315 Abs. 3 i.V.m. § 812 Abs. 1 S. 1, Alt. 1 BGB neben eventuelle Schadensersatzansprüche aus § 33 GWB tritt. § 33 GWB ist aber nach Auffassung des Kartellsenats jedenfalls in der

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 47 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 21. Dezember 1961 – III ZR 130/60 – NJW 1962, 580.

⁸² a.a.O., juris, Rn. 51.

dort entschiedenen Konstellation nicht zu entnehmen, dass ein auf anderer Grundlage begründeter Bereicherungsanspruch eingeschränkt werden muss, um jede Überlagerung des kartellrechtlichen Sanktionssystems zu vermeiden.⁸³ Selbst wenn eine Inanspruchnahme aus § 33 GWB durch mittelbare Abnehmer droht, ist der Schuldner vor einer doppelten Inanspruchnahme mit Hilfe von § 255 BGB zu schützen.⁸⁴

5. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung

Stromnetz Olching

Mit der Konzessionsabgabenverordnung befasste sich der Kartellsenat u.a. in seinem Urteil vom 07. Oktober 2014.⁸⁵ Die Klägerin begehrte von der Beklagten aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG die Übereignung des Stromnetzes.

Das Berufungsgericht hatte gemeint, dass ein zwischen der Klägerin und der Gemeinde Olching geschlossener Konzessionsvertrag nach § 134 BGB insgesamt nichtig sei. Grund hierfür sei ein mehrfacher Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV gewesen, da sich die Gemeinde unzulässige Sachleistungen habe versprechen lassen. Ein Anspruch aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG aF stehe aber nur demjenigen zu, der die Wegerechte auf wirksamer vertraglicher Grundlage eingeräumt bekommen habe.

Nach Ansicht des Kartellsenats ist der Konzessionsvertrag nicht aufgrund eines Verstoßes gegen § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 KAV insgesamt nichtig. Er hat in Frage gestellt, ob die darin geregelten Verpflichtungen in einem Konzessionsvertrag überhaupt verboten sind.⁸⁶ Das sogenannte Neben-

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 53.

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 54.

⁸⁵ BGH, Urteil vom 07. Oktober 2014 – [EnZR 86/13](#) –.

⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 18.

Leistungsverbot in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV sei wegen des unklaren zweiten Halbsatzes nicht eindeutig.⁸⁷

Jedenfalls würde ein Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot nicht zur Gesamtnichtigkeit oder zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags führen.⁸⁸ § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV ist eine Vorschrift des Preisrechts.⁸⁹ Ein Verstoß gegen Preisvorschriften führt aber nach ständiger Rechtsprechung nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags. Vielmehr ist eine Teilnichtigkeit der Preisabrede gem. § 134 Halbsatz 2 BGB anzunehmen. Der gesetzlich zulässige Preis ersetzt die unzulässige Preisabrede. Nach Ansicht des Senats hatte das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen, dass diese Rechtsprechung auf den Sachverhalt nicht anwendbar sei. Dieses war davon ausgegangen, dass sich § 3 KAV an beide Vertragspartner richtete. Ein Rechtsgeschäft soll in einem solchen Fall regelmäßig nichtig sein. Der Bundesgerichtshof hat dagegen für preisrechtliche Vorschriften eine Ausnahme i.S.v. § 134 Halbsatz 2 BGB angenommen.⁹⁰ Er hat deshalb in seiner Rechtsprechung nicht darauf abgestellt, ob es sich um ein- oder zweiseitige Verbote handelt. Somit konnte aus Sicht des Kartellsenats allenfalls die in Rede stehende Vereinbarung im Konzessionsvertrag nichtig sein.

Nach Ansicht des Kartellsenats hat sich das Berufungsurteil im Ergebnis als richtig erwiesen (§§ 561; 563 Abs. 3 ZPO), da die Konzessionsvergabe an die Klägerin nicht durch ein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren erfolgte. Aus Sicht des Senats sind die entscheidenden Auswahlkriterien und deren Gewichtung nicht rechtzeitig an die Bewerber mitgeteilt worden. Darüber hinaus seien die von der Gemeinde angewandten Kriterien weitgehend unzulässig und unvollständig. Die „Schaffung von Arbeitsplätzen“ sei keine konzessionsrechtlich zulässige Nebenleistung;

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 28 ff.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 38 f.

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 39.

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 41.

das vorrangige Ziel der Versorgungssicherheit habe hingegen bei den Entscheidungskriterien gefehlt.⁹¹ Der Konzessionsvertrag sei deshalb nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB nichtig.⁹² Der Nichtigkeitseinwand sei auch nicht verwirkt. Ein Anspruch aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG aF habe deshalb nicht bestanden.

Karlsruhe, den 30. April 2015

Dr. Peter Rädler

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 58.

⁹² a.a.O., juris, Rn. 53.