

## **Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 2. Halbjahr 2015**

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

Dieser Beitrag fasst die im zweiten Halbjahr 2015 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht zusammen.<sup>1</sup> Wegen des zum Teil langen Zeitraums zwischen dem Absetzen und der Veröffentlichung der Entscheidungen ist die Übersicht auf die bis zum 31. Januar 2016 veröffentlichten Entscheidungen beschränkt;<sup>2</sup> später veröffentlichte Entscheidungen werden in der nachfolgenden Rechtsprechungsübersicht berücksichtigt. Die Übersicht zum Wettbewerbsrecht ist in dieser Übersicht auf das Lauterkeitsrecht beschränkt. Soweit das am 10. Dezember 2015 in Kraft getretene UWG-Änderungsgesetz die in den nachfolgend genannten Entscheidungen relevanten Bestimmungen geändert hat, wird jeweils auf die alte Gesetzesfassung Bezug genommen.

Die Rechtsprechungsübersicht basiert auf der folgenden Gliederung. Soweit zu einem Gliederungspunkt im Berichtszeitraum keine Entscheidungen veröffentlicht worden sind, ist nur die Überschrift aufgeführt.

---

<sup>1</sup> Frühere Berichtszeiträume sind abrufbar auf unserer Webseite („Aktuelles“) unter dem Menüpunkt „Newsletter“.

<sup>2</sup> Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseite kostenlos im Vollbild abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

## Wettbewerbs- und Kartellrecht

Seite 2 von 34

- I. Lauterkeitsrecht
  1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen
  2. Per-se-Verbote („Schwarze Liste“)
  3. Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen
  4. Irreführung
  5. Vergleichende Werbung
  6. Unzumutbare Belästigung
  7. Rechtsfolgen
  8. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung
  9. Sonstiges
  
- II. Kartellrecht
  1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen/Kartellverbot (§ 1 bis § 3 GWB)
  2. Marktbeherrschung, sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (§ 18 bis § 21 GWB, Art. 102 AEUV)
  3. Zusammenschlusskontrolle
  4. Sonstiges
  5. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung

### I. Lauterkeitsrecht

#### 1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

(entfällt)

#### 2. Per-se-Verbote („Schwarze Liste“)

(entfällt)

#### 3. Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen

##### a) „Schufa-Hinweis“ (Unangemessene Beeinflussung, § 4 Nr. 1 UWG a.F.)

Am 19. März 2015<sup>3</sup> urteilte der I. Zivilsenat über den SCHUFA-Hinweis in den Mahnungen eines Mobilfunkanbieters. Der Hinweis ist eine geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Der Bundesgerichtshof teilt die

---

<sup>3</sup> Urteil vom 19. März 2015 – [I ZR 157/13](#) –.

Ansicht des Berufungsgerichts, wonach der fragliche Hinweis im Mahnschreiben dazu geeignet sei, die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer freien informationsgeleiteten Entscheidung zu beeinträchtigen.

Die dem Datenschutz und der Transparenz dienende Hinweispflicht nach § 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Buchst. c BDSG ist kein Druckmittel für den Gläubiger. Der Betroffene soll dadurch auch an seine Obliegenheit erinnert werden, die unberechtigte Forderung zu bestreiten, um eine Übermittlung zu verhindern.<sup>4</sup> Dem Argument der Revision, wonach die Ankündigung einer Übermittlung unabhängig von den Voraussetzungen des § 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BDSG ein angemessenes Mittel sei, damit der offene Betrag beglichen werde, folgt der Bundesgerichtshof nicht. Die Ankündigung bezieht sich auf eine Handlung, die rechtlich unzulässig ist, weil die Voraussetzungen des § 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BDSG vorliegend nicht erfüllt sind. Der Umstand, dass der Verbraucher die Forderung bestreiten kann, um eine Übermittlung seiner Daten zu verhindern, darf nicht verschleiert werden.<sup>5</sup> Daher begründet der fragliche Hinweis in dem Mahnschreiben eine unangemessene unsachliche Einflussnahme auf die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher i.S.v. § 4 Nr. 1 UWG a.F.

**b) „Hotelbewertungsportal“ (Anschwärzung, § 4 Nr. 8 UWG a.F.)**

Ebenfalls am 19. März 2015<sup>6</sup> entschied der Bundesgerichtshof über eine wettbewerbsrechtliche Haftung gemäß § 4 Nr. 8 UWG a.F. für Äußerungen in Bewertungsportalen. Nach der Würdigung des I. Zivilsenats hat die beklagte Portalbetreiberin in dieser Rechtssache die unwahren Tatsachen weder behauptet noch verbreitet oder sich zu Eigen gemacht.

Zu Eigen machen bedeutet, die inhaltliche Verantwortung erkennbar übernehmen zu wollen. Hierauf können eine inhaltlich-redaktionelle Kontrolle

---

<sup>4</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>5</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>6</sup> Urteil vom 19. März 2015 – [I ZR 94/13](#) –.

auf Vollständigkeit und Richtigkeit oder die Einbindung der fremden Informationen in das eigene redaktionelle Angebot hinweisen.<sup>7</sup> Eine statistische Auswertung zu Durchschnittswerten und Weiterempfehlungsraten beziehungsweise die automatische Überprüfung mittels Wortfilter reichen dazu jedoch nicht aus. Es fehlt an einer inhaltlichen Kontrolle.<sup>8</sup>

Eine Verbreitungshaftung kann für Betreiber von Bewertungsportalen nur unter Beachtung des in § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG zum Ausdruck kommenden Gedankens der eingeschränkten Verantwortung für fremde Inhalte angenommen werden. Es ist nicht zumutbar, jeden Beitrag vor Veröffentlichung auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu untersuchen. Lediglich spezifische Überwachungspflichten sind denkbar.<sup>9</sup> Diese verletzt der Portalbetreiber, wenn er nach dem Hinweis auf Rechtsverletzungen beanstandete Angaben nicht unverzüglich entfernt oder keine Vorsorge trifft, um künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden.<sup>10</sup>

### **c) „Goldbären“ (Unlautere Nachahmung, § 4 Nr. 9 UWG a.F.)**

Im Urteil vom 23. September 2015<sup>11</sup> behandelt der I. Zivilsenat ausführlich markenrechtliche Aspekte und äußert sich nur am Rande zum lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz. Verkörperte Werbemittel sind grundsätzlich nach § 4 Nr. 9 UWG a.F. schutzfähig. Entscheidend ist, dass dem Erzeugnis wettbewerbliche Eigenart zukommt, welche das Berufungsgericht in Bezug auf zwei Figuren beziehungsweise Formen der Klägerin unterstellt hatte. Die in § 4 Nr. 9 UWG a.F. vorausgesetzte Nachahmung war in diesem Rechtsstreit jedoch nicht gegeben, so dass es auf die besonderen Umstände des § 4 Nr. 9 Buchst. a und Buchst. b UWG nicht ankam. Angesichts des unterschiedlichen Materials und der unterschiedlichen Größe sei eine Übernahme von Merkmalen der Produktausstattung der Klägerin fernliegend. Diese Beurteilung der Gesamtwirkung durch das

---

<sup>7</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>8</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>9</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>10</sup> a.a.O., juris, Rn. 37.

<sup>11</sup> Urteil vom 23. September 2015 – [I ZR 105/14](#) –.

Berufungsgericht ließ für den Bundesgerichtshof keine Rechtsfehler erkennen.

#### **d) Marktverhaltensregelungen (§ 4 Nr. 11 UWG a.F.)**

##### **(1) „Patientenindividuell zusammengestellte Arzneimittelblister“ (§ 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 AMPPreisV; § 78 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 AMG)**

Bereits am 05. März 2015<sup>12</sup> befasste sich der Bundesgerichtshof mit der arzneimittelrechtlichen Preisbindung und deren Anwendung auf individuell zusammengestellte Arzneimittelblister.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nimmt der I. Zivilsenat an, dass in dieser Rechtssache keine Preisbindung nach § 78 Abs. 1, 2 Satz 2 AMG und Arzneimittelpreisverordnung bestand. § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 AMPPreisV findet keine Anwendung, wenn aus Fertigarzneimitteln Teilmengen entnommen werden und Darreichungsform, Zusammensetzung und Stärke unverändert bleibt. Die Vorschrift erfordert nicht, dass die Teilmenge auf Verordnung eines Arztes abgegeben wird.<sup>13</sup> Eine einschränkende Auslegung zur Vorbeugung von Missbrauchsmöglichkeiten hält der Bundesgerichtshof nicht für angezeigt.

Gibt der Gesetzgeber den Pharmaunternehmen auf, einheitliche Abgabepreise sicherzustellen, schränkt sie das in ihrer Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ein. Eine Rechtfertigung für die Einschränkung besteht, soweit die Sicherstellung einheitlicher Abgabepreise der pharmazeutischen Unternehmer gemäß § 78 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 AMG notwendige Voraussetzung für die Gewährleistung einheitlicher Apothekenabgabepreise für Arzneimittel nach § 78 Abs. 2 Satz 2 AMG ist. Dagegen entfällt die Rechtfertigung für den Grundrechtseingriff in den Fällen, in denen die Preise und Preisspannen der Arzneimittelpreisverordnung für Apotheken bei bestimmten Arzneimitteln oder bei der Abgabe

---

<sup>12</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [I ZR 185/13](#) –.

<sup>13</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

von Arzneimitteln durch oder an bestimmte Personen oder zu bestimmten Zwecken nach § 1 Abs. 3 und Abs. 4 AMPPreisV nicht eingehalten werden müssen. Hat der Gesetzgeber in diesen Fällen darauf verzichtet, einheitliche Apothekenabgabepreise für Arzneimittel durch die Festlegung der Preisspannen des Großhandels und der Preisspannen und Preise bei der Abgabe im Wiederverkauf zu gewährleisten, besteht weder eine Verpflichtung der Apotheken, einen einheitlichen Apothekenabgabepreis zu verlangen, noch eine Verpflichtung der pharmazeutischen Unternehmer, ihrerseits einen einheitlichen Preis zu verlangen.<sup>14</sup>

## **(2) „Neue Personenkraftwagen II“ (§ 5 Pkw-EnVKV)**

Vom selben Tag ist die Entscheidung<sup>15</sup> des I. Zivilsenats zum Begriff des „neuen Personenkraftwagens“. Die Werbung für einen solchen erfordert Angaben zu Kraftstoffverbrauch und CO<sub>2</sub>-Emissionen, § 5 Abs. 1 Pkw-EnVKV. Das Urteil des Berufungsgerichts hat aus formalen Gründen keinen Bestand. Für das wiedereröffnete Berufungsverfahren gibt der Bundesgerichtshof verschiedene Hinweise.

Das Verständnis des Begriffs „neue Personenkraftwagen“ i.S.v. § 2 Nr. 1 Pkw-EnVKV und Art. 2 Nr. 2 Richtlinie 1999/94/EG ist an objektivierbaren Umständen auszurichten, aus denen ersichtlich ist, dass der Händler das betreffende Fahrzeug alsbald veräußern möchte.<sup>16</sup> Der tatsächliche Kilometerstand des angebotenen Pkw sowie die Dauer der Zulassung sind geeignet, als objektive Umstände über die Motivlage des werbenden Händlers bei Erwerb Auskunft zu geben.

## **(3) „Rückkehrpflicht V“ (§ 49 Abs. 4 S. 3 PBefG)**

Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30. April 2015<sup>17</sup> befasst sich mit der in § 49 Abs. 4 Satz 3 PBefG geregelten Rückkehrpflicht für Mietwa-

---

<sup>14</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>15</sup> Urteil vom 05. März 2015 – [I ZR 164/13](#) –.

<sup>16</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>17</sup> Urteil vom 30. April 2015 – [I ZR 196/13](#) –.

gen. Diese Vorschrift stellt eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG a.F. dar. Einen Verstoß gegen diese Bestimmung lehnte der I. Zivilsenat in der fraglichen Rechtssache in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht jedoch ab.

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs regelt die Vorschrift nicht, dass die Fahrzeuge zum Dienstsitz zurückkehren müssen und nach Ende der Dienstzeit dort zu verbleiben haben.<sup>18</sup> Dennoch sind die ersten Beförderungsaufträge nach Dienstbeginn vom Betriebssitz des Unternehmens aus durchzuführen.<sup>19</sup> Die Regelung soll einer taxiähnlichen Bereitstellung von Mietwagen entgegenwirken. Sie betrifft die Freiheit der Berufsausübung und ist daher nicht über das erforderliche Maß auszudehnen.<sup>20</sup> Dem würde die Annahme entgegen stehen, § 49 Abs. 4 Satz 3 PBefG erfordere, den Mietwagen außerhalb der Dienstzeiten stets am Betriebssitz abzustellen. Eine Rückkehrpflicht ist deshalb nur anzunehmen, solange der Mietwagen für Beförderungsaufträge bereit steht und der Fahrer sich im Dienst befindet.<sup>21</sup>

#### **(4) „Tagesschau-App“ (§ 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV)**

Ebenfalls am 30. April 2015 erging das Urteil des Bundesgerichtshofs<sup>22</sup> zur „Tagesschau-App“, das sich mit dem Verbot nichtsendungsbezogener presseähnlicher Angebote aus § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV beschäftigt.

Bevor sich der I. Zivilsenat in der Sache äußert, stellt er fest, dass die „ARD“ als Beklagte zu 1 entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht nach § 50 ZPO parteifähig ist. Vielmehr handelt es sich um eine nicht rechtsfähige öffentlich-rechtliche Gemeinschaftsform. Diese entsteht, sobald sich Personen des öffentlichen Rechts zur Verfolgung eines gemein-

---

<sup>18</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>19</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>20</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>21</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>22</sup> Urteil vom 30. April 2015 – [I ZR 13/14](#) –.

samen Zwecks zusammenschließen, der in der Erfüllung einer gemeinsamen öffentlich-rechtlichen Aufgabe besteht.<sup>23</sup> Die Parteifähigkeit lässt sich auch nicht mit der entsprechenden Anwendung des § 50 Abs. 2 ZPO begründen.<sup>24</sup>

Da zwischen den Parteien in der Sache streitig gewesen ist, ob die „Tagesschau-App“ ein eigenständiges Telemedienangebot oder lediglich einen Bestandteil des Angebots „tagesschau.de“ darstellt, betrachtet der Bundesgerichtshof den Hauptantrag als zu unbestimmt und daher unzulässig. Der I. Zivilsenat befasste sich in der Sache nur mit dem ersten Hilfsantrag.

Das Verbot nichtsendungsbezogener presseähnlicher Angebote aus § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV ist eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG a.F.<sup>25</sup> § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV bestimmt das Verhalten auf dem Markt der Telemedien, ohne den Zugang dazu zu verschließen. Ob das fragliche Angebot im fraglichen Fall gegen dieses Verbot verstoßen hat, ist vom Berufungsgericht im wiedereröffneten Verfahren zu ermitteln.

Das Berufungsgericht hatte sich nicht abschließend dazu geäußert, ob das Verbot der nichtsendungsbezogenen presseähnlichen Telemedien gemäß § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV eine Marktverhaltensregelung darstellt. Es hatte ein Schreiben der niedersächsischen Staatskanzlei als rechtsverbindlichen Verwaltungsakt eingeordnet, der das Telemedienkonzept „tagesschau.de“ freigegeben und als nicht presseähnlich eingeordnet habe. Das beanstandete Verhalten sei deshalb durch wirksamen Verwaltungsakt ausdrücklich erlaubt. Der I. Zivilsenat lässt die Frage offen, ob es sich bei diesem Schreiben um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 Satz 1 VwVfG handelt. Jedenfalls hat die niedersächsische Staatskanzlei

---

<sup>23</sup> a.a.O., juris, Rn. 18 f.

<sup>24</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>25</sup> a.a.O., juris, Rn. 55.



nach Wertung des Senats in diesem Schreiben nicht verbindlich festgelegt, dass das über die „Tagesschau-App“ abrufbare Angebot nicht presseähnlich ist.<sup>26</sup> Zu dieser Einschätzung gelangt der I. Zivilsenat, indem er zur Ermittlung des Erklärungsgehalts des Schreibens den Rundfunkstaatsvertrag heranzieht.

Für erneute Berufungsverfahren weist der I. Zivilsenat darauf hin, dass für die Beurteilung der Presseähnlichkeit das gesamte Angebot zu betrachten ist, das auf einem entsprechenden Telemedienkonzept beruht. Presseähnliche Angebote sind nur in nichtsendungsbezogenen Telemedien unzulässig. Deshalb geht es um die Presseähnlichkeit in der Gesamtheit der nichtsendungsbezogenen Inhalte des Telemedienangebots „tagesschau.de“.<sup>27</sup> Die Presseähnlichkeit ist anhand eines Vergleichs des Telemedienangebots mit Zeitungen und Zeitschriften zu beurteilen. Steht der Text deutlich im Vordergrund, spricht dies für die Presseähnlichkeit.<sup>28</sup> Sie kann sich aber nicht bereits daraus ergeben, dass das Angebot aus Nutzersicht geeignet erscheint, als Presseersatz zu dienen.<sup>29</sup>

#### **(5) „Der Zauber des Nordens“ (§ 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV)**

Am 07. Mai 2015<sup>30</sup> entschied der Bundesgerichtshof über die Vereinbarkeit des in einer Werbung angegebenen Gesamtpreises mit der Preisangabenverordnung.

Die Vorschrift zur Angabe des Gesamtpreises nach § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV ist eine Marktverhaltensregelung nach § 4 Nr. 11 UWG a.F. Im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie muss sie auf eine unionsrechtliche Grundlage zurückzuführen sein, damit eine Verletzung der Bestimmung die Unlauterkeit i.S.v. § 3 UWG begründen kann. Mit Art. 7 Abs. 4 Buchst. c UGP-Richtlinie und Art. 22 Abs. 1 Buchst. i, Abs. 2 und Abs. 3

---

<sup>26</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

<sup>27</sup> a.a.O., juris, Rn. 62.

<sup>28</sup> a.a.O., juris, Rn. 65.

<sup>29</sup> a.a.O., juris, Rn. 66.

<sup>30</sup> Urteil vom 07. Mai 2015 – [I ZR 158/14](#) –.

Buchst. a, Abs. 4 Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG hat die Vorschrift zwei eigenständige unionsrechtliche Grundlagen, die nebeneinander anwendbar sind.<sup>31</sup> Nach Art. 7 Abs. 1 der UGP-Richtlinie gilt eine Geschäftspraxis als irreführend, wenn sie für das Verständnis des durchschnittlichen Verbrauchers wesentliche Informationen vorenthält; im Falle der Aufforderung zum Kauf gilt nach Art. 7 Abs. 4 Buchst. c dieser Richtlinie u.a. der Preis einschließlich aller Steuern und Abgaben als wesentliche Information.<sup>32</sup> Informationspflichten für Dienstleistungserbringer regelt die Dienstleistungsrichtlinie, die im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie über Art. 7 Abs. 5 dieser Richtlinie Anwendung findet. Hat der Dienstleistungserbringer den Preis für eine bestimmte Art von Dienstleistung im Vorhinein festgelegt, muss er dem Empfänger seiner Dienstleistung nach Art. 22 Abs. 1 Buchst. i der Dienstleistungsrichtlinie den Preis der Dienstleistung zur Verfügung stellen.<sup>33</sup>

Hieran gemessen verstieß die konkret in Rede stehende Preisangabe in der fraglichen Werbung gegen § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV, soweit die Regelung auf Art. 7 Abs. 4 Buchst. c UGP-Richtlinie zurückzuführen ist.<sup>34</sup> Auf einen Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV, soweit darin die Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie umgesetzt werden, kam es nicht mehr an.

Aus dem Sternchen-Hinweis ergab sich, dass pro Übernachtung grundsätzlich ein Service-Entgelt von 7,00 € anfällt, so dass sich für die sieben-tägige Reisedauer ein Gesamtbetrag von 49,00 € ergab. Die in dieser Streitsache beanstandete Preisangabe „ab € 799,- p.p. zzgl. Service-Entgelt\*“; wertete der Senat nicht als einen zulässigen variablen Faktor i.S.v. Art. 7 Abs. 4 Buchst. c der Richtlinie 25/29. Der angesprochene Verbraucher betrachtet das Service-Entgelt als ein obligatorisch anfallendes, der Höhe nach bereits bestimmtes (Teil-) Entgelt für die Kreuzfahrt, das ledig-

---

<sup>31</sup> a.a.O., juris, Rn. 29.

<sup>32</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>33</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>34</sup> a.a.O., juris, Rn. 35.

lich unter bestimmten Umständen dem Konto des Kunden nicht belastet wird. Handelt es sich aber bei dem Service-Entgelt nicht um einen variablen Faktor, so ist es in den „ab“-Preis einzurechnen, damit der Verbraucher eine informierte geschäftliche Entscheidung treffen kann. Im vorliegenden Fall waren der Hinweis auf das Service-Entgelt und die ihm zugrunde liegenden Konditionen nicht so deutlich erkennbar, dass der Verbraucher diesen weiteren Preisbestandteil ohne weiteres erkennen konnte.<sup>35</sup>

**(6) „Äquipotenzangabe in Fachinformation“ (§ 3 Abs. 1 und 2 Nr. 1 HWG; § 8 Abs. 1 Nr. 2, § 11a Abs. 1 AMG)**

Ebenfalls vom 07. Mai 2015<sup>36</sup> datiert das Urteil des I. Zivilsenats zu einem Verstoß gegen das Heilmittelwerbegesetz beziehungsweise gegen das Arzneimittelgesetz durch Verwendung einer fehlerhaften Fachinformation.

Das Berufungsgericht hatte in dieser Rechtssache angenommen, dass die Arzneimittelzulassung auch die Fachinformation für das Arzneimittel umfasste. Durch die Legitimation des Verwaltungsakts sei die Verwendung einer fehlerhaften Fachinformation deshalb einer wettbewerbsrechtlichen Überprüfung entzogen. Dem ist der I. Zivilsenat entgegengetreten. In Fachinformationen enthaltene Angaben stellen geschäftliche Handlungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar, die irreführend sein können.<sup>37</sup> Vorliegend hatte die Zulassungsbehörde jedoch keine regelnde Entscheidung über die Richtigkeit der Dosierungsangaben getroffen, weshalb das Berufungsgericht die Bindungswirkung des Bescheids fehlerhaft beurteilte.

Die Revision hat dennoch im Ergebnis keinen Erfolg, da sich die Entscheidung aus anderen Gründen als richtig darstellte (§ 561 ZPO). Die Klägerin hat die Angaben in der Fachinformation nicht erschüttert. Die von der

---

<sup>35</sup> a.a.O., juris, Rn. 45.

<sup>36</sup> Urteil vom 07. Mai 2015 – [I ZR 29/14](#) –.

<sup>37</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

Revision zitierte Entscheidung des EuGH<sup>38</sup> betraf die Fachinformation ergänzende Angaben und nicht die in der Fachinformation selbst enthaltenen Ausführungen. Darüber hinaus sind Einwände gegen die Fachinformation in einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren von Wettbewerbern nur aufgrund neuer oder der Zulassungsbehörde unbekannt gebliebener wissenschaftlicher Erkenntnisse möglich.<sup>39</sup>

**(7) „Zuweisung von Verschreibungen“ (§ 11 Abs. 1 S. 1 Fall 3 ApoG)**

Das Inverkehrbringen von Arzneimitteln betraf auch die Entscheidung vom 18. Juni 2015<sup>40</sup>, die einen Verstoß gegen das apothekenrechtliche Verbot der Absprachen über die Zuweisung von Verschreibungen durch einen Arzt an eine Apotheke zum Gegenstand hat (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Alt. 3 ApoG).

Die Regelung aus § 11 Abs. 1 S. 1 Fall 3 ApoG ist eine Marktverhaltensregelung nach § 4 Nr. 11 UWG a.F. Von diesem Verbot ausgenommen sind gemäß § 11 Abs. 2 ApoG anwendungsfertige Zytostatikazubereitungen, die im Rahmen des üblichen Apothekenbetriebes hergestellt worden sind. Von dieser Ausnahme grenzt der I. Zivilsenat aber Applikationsarzneimittel ab, die in der Arztpraxis am Patienten angewandt werden sollen. Bei ihnen sieht er grundsätzlich nicht dieselbe Vorteilhaftigkeit oder Notwendigkeit einer Verkürzung des Versorgungswegs.<sup>41</sup>

Des Weiteren grenzt der Senat diesen Rechtsstreit von der Entscheidung „Kooperationsapothek“<sup>42</sup> ab. Bei dem dort in Rede stehenden Entlassmanagement gemäß § 39 Abs. 1 Satz 4 bis Satz 6 SGB V obliegt es den im Auftrag der Krankenkassen handelnden Krankenhäusern, den Übergang in den nächsten Versorgungsbereich zu planen und zu organisieren und damit auch die weitere Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln

<sup>38</sup> EuGH, Urteil vom 20. November 2014 – C-310/13 – Novo Nordisk – Rn. 49 f.

<sup>39</sup> a.a.O., juris, Rn. 45.

<sup>40</sup> Urteil vom 18. Juni 2015 – [I ZR 26/14](#) – (an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt).

<sup>41</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>42</sup> Urteil vom 13. März 2014 – [I ZR 120/13](#) –.

sowie mit Medikamenten sicherzustellen; die Koordinierung der weiteren Versorgung mit Medikamenten umfasst u.a. die Pflicht, den ersten Kontakt mit der vom Versicherten gewünschten Apotheke oder – wenn kein entsprechender Wunsch geäußert worden ist – mit einer nach den Umständen als geeignet erscheinenden Apotheke herzustellen<sup>43</sup>. Weiter konkretisiert der Senat, dass sich die Grundsätze, die er zur Frage der Zulässigkeit eines verkürzten Versorgungswegs bei Hörgeräten und Brillen<sup>44</sup> entwickelt hat, auf das Verbot der Absprache über die Zuweisung von Verschreibungen nicht übertragen lassen.<sup>45</sup> Nach den für diese Entscheidungen maßgeblichen Bestimmungen ist die Verkürzung des Versorgungswegs schon dann zulässig, wenn hierfür ein hinreichender Grund vorliegt. Dagegen gelten die in § 11 Abs. 1 Satz 1 ApoG geregelten Kooperationsverbote nur in den gesetzlich geregelten Fällen sowie in solchen vergleichbaren Fällen nicht, in denen jeweils triftige Gründe gegen die Geltung der Kooperationsverbote sprechen.

Das vom Berufungsgericht ausgesprochene Unterlassungsgebot reichte allerdings weiter als der vom Kläger gestellte Unterlassungshauptantrag. Das Berufungsurteil war deshalb wegen Verstoßes gegen § 308 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Die Sache war jedoch nicht zur Entscheidung reif und wurde daher zurückverwiesen. Ein neu formulierter Unterlassungsantrag muss erlaubte Verhaltensweisen vom Verbot ausnehmen.

### **(8) „TV-Wartezimmer“ (§ 11 Abs. 1 Satz 1 ApoG)**

Das Apothekenwesen betraf auch die Entscheidung vom 12. März 2015<sup>46</sup>, die die Ausstrahlung von Werbespots für Apotheken in Wartezimmern behandelte. Das Berufungsgericht hatte angenommen, dass von einer täterschaftlichen Haftung desjenigen auszugehen sei, dessen Verhalten – auch wenn er nicht Normadressat eines wettbewerbsrechtlichen Verbots

---

<sup>43</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>44</sup> zuletzt Urteile vom 24. Juli 2015 – [I ZR 68/13](#) – Hörgeräteversorgung III; vom 24. Juni 2010 – [I ZR 182/08](#) – Brillenversorgung II.

<sup>45</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>46</sup> Urteil vom 12. März 2015 – [I ZR 84/14](#) –.

ist – nicht lediglich als Teilnahme einzustufen sei. Andernfalls würden sich Schutzlücken ergeben, da der I. Zivilsenat die Störerhaftung für den Bereich des Lauterkeitsrechts aufgegeben habe.

Diese Ansicht teilt der Bundesgerichtshof nicht. Derjenige, der nicht selbst Adressat einer Verbotsnorm ist, kann nach im Delikts- und Lauterkeitsrecht entsprechend geltenden strafrechtlichen Bestimmungen allenfalls als Teilnehmer haften. Eine Lücke ergibt sich hieraus nicht. In Betracht kommt die Haftung als Teilnehmer an einer fremden Haupttat, ggf. unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht. Zwar mag der erforderliche Vorsatz unter Umständen beim in Anspruch genommenen Dritten nicht vorliegen. Dann aber bliebe die Möglichkeit ihn auf die Rechtslage hinzuweisen. Entweder stellt er sein Verhalten daraufhin ab oder es ist bei Fortsetzung der fraglichen Verhaltensweise Teilnahmevorsatz anzunehmen.<sup>47</sup>

#### **(9) “Erfolgsprämie für die Kundengewinnung“ (§ 1 Abs. 5 BO Zahnärzte Nordrhein)**

Das Urteil vom 21. Mai 2015<sup>48</sup> behandelt eine Form der Patientengewinnung, die nach Ansicht der Klägerin die Unabhängigkeit der Zahnärzte bei der Behandlung ihrer Patienten gefährdete. Die Beklagte bot über ihr Portal Gutscheine für zahnmedizinische Leistungen an; die anbietenden Ärzte mussten hierfür an die Beklagte auf der Grundlage von Kooperationsverträgen Erfolgsprämien für die Kundengewinnung zahlen.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts war die vereinbarte Prämie mit der zahnärztlichen Unabhängigkeit nicht vereinbar. Die Beklagte hafte wegen der Förderung berufswidrigen Verhaltens als Teilnehmerin.

Dieser Beurteilung ist der Bundesgerichtshof im Ergebnis entgegengetreten. § 1 Abs. 5 BO Zahnärzte Nordrhein stellt zwar eine Marktverhaltens-

---

<sup>47</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>48</sup> Urteil vom 21. Mai 2015 – [I ZR 183/13](#) – (an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt).

regelung i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG a.F. dar und regelt das Marktverhalten der Zahnärzte im Interesse der Verbraucher.<sup>49</sup> Zahnärzte sollen keine Verpflichtungen eingehen, die ihre Unabhängigkeit bei der Berufsausübung beeinträchtigen können. Es ist nicht gestattet, sich vor der Behandlung in der Weise zu binden, dass der Arzt Dritten für die Zuweisung von Patienten eine Gegenleistung verspricht. Entscheidend soll sein, ob bei in Rede stehenden Geschäftsmodellen vertraglich gebundene Zahnärzte die Behandlung nicht am Patientenwohl, sondern an eigenen wirtschaftlichen Interessen ausrichten.<sup>50</sup>

Im konkreten Fall sah der I. Zivilsenat diese Gefahr jedoch nicht. Die in den Kooperationsverträgen enthaltene Haftungsregelung konnte aus Sicht des Senats weniger weit auszulegen sein als es der Wortlaut nahelegt. Die teilnehmenden Zahnärzte müssen die Beklagte bei diesem Verständnis nicht umfänglich von Ansprüchen der Gutscheinerwerber freistellen, da Zweifel bei der Auslegung ihrer AGB nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten der Beklagten gehen. Das Patientenwohl ist deshalb durch das fragliche Kooperationsmodell der Beklagten nicht beeinträchtigt.

#### **(10) „Mundspüllösung III“ (§§ 2, 21 Abs. 1 AMG; § 3a Satz 1 HWG)**

Am 25. Juni 2015 ging es in zwei Urteilen des Bundesgerichtshofs um Mundspüllösungen und deren Einordnung als Funktionsarzneimittel, die eine Zulassung nach AMG erforderlich macht.

Die Entscheidung „Mundspüllösung III“<sup>51</sup> stellt heraus, dass das Vorliegen eines Funktionsarzneimittels i.S.d. Art. 1 Nr. 2 Buchst. b des Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (Richtlinie 2001/83/EG) sowie nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AMG von demjenigen dargelegt und bewiesen werden muss, der sich darauf beruft. Das Berufungsgericht hat bei seiner Argumentation nicht berücksichtigt, dass für diese Klassifizierung die not-

---

<sup>49</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>50</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>51</sup> Urteil vom 25. Juni 2015 – [I ZR 205/13](#) –.

wendige pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung des Produkts wissenschaftlich festzustellen ist.<sup>52</sup> Mithin sind Erwägungen, die für eine Einordnung als Präsentationsarzneimittel sprechen, nicht für eine davon unabhängige Klassifizierung als Funktionsarzneimittel heranzuziehen.<sup>53</sup>

Die zweite Entscheidung<sup>54</sup> betraf einen nahezu identischen Streitgegenstand. Hier ergaben sich allerdings fehlende Feststellungen zu der Frage, ob eine geringere Konzentration des Wirkstoffs und eine niedrigere Dosierung die therapeutische Wirkung beeinflussen. Möglicherweise ist der Einfluss auf die physiologischen Funktionen des Menschen geringer. Diese notwendigen Feststellungen sind nicht aufgrund eigener Werbeaussagen entbehrlich, die den gleichen klinischen Nutzen wie das als Arzneimittel vertriebene Produkt anpreisen.<sup>55</sup>

Beide Verfahren sind in jeweils wiedereröffneter Berufungsinstanz mit Hilfe von Sachverständigen erneut aufzunehmen.

### **(11) „Kopfhörer-Kennzeichnung“ (§ 7 S. 1 ElektroG)**

Das Urteil des I. Zivilsenats vom 09. Juli 2015<sup>56</sup> behandelt die Kennzeichnungspflicht nach § 7 Satz 1 ElektroG. In Streit standen die Anforderungen an die Dauerhaftigkeit einer Herstellerkennzeichnung.

Nach § 7 Satz 1 ElektroG sind Elektro- und Elektronikgeräte, die nach dem 13. August 2005 in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union erstmals in Verkehr gebracht werden, dauerhaft so zu kennzeichnen, dass der Hersteller eindeutig zu identifizieren ist und festgestellt werden kann, dass das Gerät nach diesem Zeitpunkt erstmals in Verkehr gebracht

---

<sup>52</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>53</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>54</sup> Urteil vom 25. Juni 2015 – [I ZR 11/14](#) –.

<sup>55</sup> a.a.O., juris, Rn. 16, 19.

<sup>56</sup> Urteil vom 09. Juli 2015 – [I ZR 224/13](#) – (an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt).



wurde. Diese Vorschrift des ElektroG ist insofern Marktverhaltensregelung nach § 4 Nr. 11 UWG a.F., als sie Mitbewerber vor einer Belastung mit höheren Entsorgungskosten infolge nicht gekennzeichnete Elektrogeräte durch andere Marktteilnehmer schützt.<sup>57</sup> Dazu ist nach § 7 Satz 1 ElektroG eine dauerhafte Kennzeichnung erforderlich, so wie sie auch in unionsrechtlichen Vorschriften verlangt wird (Art. 15 Abs. 2 Satz 2 Richtlinie 2012/19/EU i.V.m. Norm EN 50419 Nr. 4.1.).<sup>58</sup> Dauerhaft meint ein Mindestmaß an Unzerstörbarkeit, wodurch der Herstellerhinweis nicht ohne weiteres zu entfernen ist. Von Bedeutung kann sein, ob eine Entfernung der Kennzeichnung naheliegt, weil sie vom Verwender als störend empfunden wird.<sup>59</sup>

#### **4. Irreführung**

##### **a) „Mobiler Buchhaltungsservice“**

Am 25. Juni 2015<sup>60</sup> befasste sich der Bundesgerichtshof mit der Irreführung durch einen Briefkopf, der einen „mobilen Buchhaltungsservice“ anpries.

Eine Verletzung von § 4 Nr. 11 UWG a.F. i.V.m. § 8 Abs. 4 Satz 1 des Steuerberatungsgesetzes lehnt der I. Zivilsenat mit dem Berufungsgericht ab. Gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 StBerG dürfen sich – u.a. – Personen, die Hilfeleistungen in Steuersachen erbringen, als Buchhalter bezeichnen. Die beklagte Wirtschaftsinformatikerin hatte nicht gegen die Marktverhaltensregelung verstoßen, da die Vorschrift keine Pflicht enthält, die Bezeichnung „Buchhalter“ zu führen, sobald die Voraussetzungen dafür gegeben sind.<sup>61</sup>

Der verwendete Briefkopf war gleichwohl als irreführend i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG zu werten. Die verwendeten Begriffe im Briefkopf

---

<sup>57</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>58</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>59</sup> a.a.O., juris, Rn. 26 f.

<sup>60</sup> Urteil vom 25. Juni 2015 – [I ZR 145/14](#) –.

<sup>61</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

suggestieren den angesprochenen Verkehrskreisen die Möglichkeit der Beklagten, die umfassende Führung der Bücher übernehmen zu können. Dazu gehören aber auch Tätigkeiten, die den Steuerberatern vorbehalten sind. Der alleinige Hinweis auf die Vorschrift des § 6 StBerG ist kein unmissverständlicher Hinweis, um eine Fehlvorstellung zu vermeiden.<sup>62</sup> Insoweit ist die Regelung in § 8 Abs. 4 Satz 3 StBerG zu beachten, wonach Personen, welche die in § 6 Nr. 4 StBerG bezeichneten Hilfeleistungen ausüben und sich als Buchhalter bezeichnen, dabei nicht gegen das UWG verstoßen dürfen.<sup>63</sup>

#### b) „All Net Flat“

Der I. Zivilsenat urteilte am 15. Oktober 2015<sup>64</sup> über die Werbung für eine sogenannte „All Net Flat“ eines Mobilfunkanbieters.

Problematisch war in dieser Rechtssache zum einen ein fehlender Sternchenhinweis, um den angesprochenen Verbraucher auf Einschränkungen der Werbeaussage aufmerksam zu machen. Entgegen der eindeutigen Wortwahl „Alle Gespräche ins nationale Festnetz ... sind inklusive.“ waren im fraglichen Fall Verbindungen zu Sonderrufnummern nicht erfasst. Der Hinweis darauf in der Fußnote am Ende des Textes ist nicht ausreichend, da ein solcher Hinweis ohne Sternchen nicht die notwendige und genügende Aufmerksamkeit findet.<sup>65</sup>

Zum anderen behandelte der Senat die blickfangmäßige Herausstellung des Preises für die „All Net Flat“. Das Berufungsgericht hatte insoweit angenommen, zwar befinde sich neben dem blickfangmäßig herausgestellten günstigen Monatspreis für das Angebot ein Sternchen zu zusätzlichen Aktivierungskosten; dieses Sternchen habe aber eine leicht zu übersehende Schriftgröße; zudem befinde sich der zum Sternchen gehörende

---

<sup>62</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>63</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>64</sup> Urteil vom 15. Oktober 2015 – [I ZR 260/14](#) –.

<sup>65</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

Hinweis erst am Ende der anderen Seite der fraglichen doppelseitigen Werbung, und dies wiederum in schwer lesbarer Schriftgröße. Aufgrund dieser Umstände hatte das Berufungsgericht angenommen, es sei nicht gewährleistet, dass ein Durchschnittsverbraucher rechtzeitig alle Preisbestandteile zur Kenntnis nehme. Der Bundesgerichtshof schließt sich dieser Sichtweise an und grenzt die Sache von der Entscheidung „Schlafzimmer komplett“<sup>66</sup> ab. Nur in engen Grenzen kann die Annahme gerechtfertigt sein, der Verbraucher erkenne auch ohne klaren und unmissverständlichen Hinweis an der blickfangmäßig herausgestellten Aussage eine durch eine andere Aussage in der Werbung erfolgende Einschränkung.<sup>67</sup>

## **5. Vergleichende Werbung**

### **a) „Staubsaugerbeutel im Internet“**

Durch Urteil vom 02. April 2015<sup>68</sup> entschied der Bundesgerichtshof über eine vergleichende Werbung und Rufausnutzung im Zusammenhang mit der Werbung für Staubsaugerbeutel im Internet. Das Berufungsgericht hatte die Ansicht vertreten, dass die vergleichende Werbung zulässig und die Rufausnutzung hinzunehmen sei. Der I. Zivilsenat hat sich dieser Beurteilung angeschlossen.

Bei der strittigen Angebotsgestaltung handelt es sich um vergleichende Werbung gemäß § 6 Abs. 1 UWG, die nur nach den in § 6 Abs. 2 UWG abschließend aufgeführten Gründen unlauter sein kann. Eine Verwechslungsgefahr bestand in der fraglichen Sache nicht, da der Gebrauch des Adjektivs „ähnlich“ (bezogen auf die Produkte der Klägerin) in der angegriffenen Werbung der Beklagten ausreichend deutlich machte, dass es sich nicht um Produkte der Klägerin handelte.<sup>69</sup> Diese würden auch nicht imitiert oder nachgeahmt. Die Beklagte bewarb ihre Produkte nur als gleichwertig.

---

<sup>66</sup> Urteil vom 18. Dezember 2014 – [I ZR 129/13](#) –.

<sup>67</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>68</sup> Urteil vom 02. April 2015 – [I ZR 167/13](#) –.

<sup>69</sup> a.a.O., juris, Rn. 24, 45.

Die Abwägung zwischen den Interessen des Werbenden, des Mitbewerbers und der Verbraucher ergibt, dass die gezielte Ausnutzung der Bekanntheit der Klägerin und ihrer Produkte nicht unlauter gewesen ist. Für den Bundesgerichtshof ist die Annahme des Berufungsgerichts revisionsrechtlich hinzunehmen, wonach der Verbraucher an Konkurrenzprodukten interessiert sei, auch wenn die Suche im Internet regelmäßig zu Produkten der Klägerin führe. Es ist auch nicht unlauter, dass die Beklagte nicht auf Herstellerbezeichnungen von Staubsaugern Bezug genommen hat, sondern auf Artikelbezeichnungen der Klägerin, die lediglich Staubsaugerzubehör herstellt. Für die Beklagte ist ein berechtigtes Interesse anzuerkennen, für einen Zubehörartikel die Marke eines konkurrierenden Zubehörherstellers zu nennen. Der suchende Verbraucher kann nur so ausreichend über alternative Angebote informiert werden.<sup>70</sup>

Diese Beurteilung führt auch nicht zu einem Wertungswiderspruch mit der Rechtsprechung des Senats<sup>71</sup> zur Werbung mit einer fremden Marke als Schlüsselwort bei der Internetsuche („Keyword-Advertising“). Eine vergleichende Werbung wird aufgrund des unionsrechtlichen Gebots, im Interesse der Förderung des Wettbewerbs eine solche Werbung zu erlauben, großzügiger beurteilt.<sup>72</sup>

## **6. Unzumutbare Belästigung**

(entfällt)

## **7. Rechtsfolgen**

(entfällt)

---

<sup>70</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

<sup>71</sup> zuletzt Urteil vom 27. Juni 2013 – [I ZR 53/12](#) – Fleurop.

<sup>72</sup> a.a.O., juris, Rn. 34, 37.

## **8. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung**

### **a) „Zauber des Nordens“ (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG)**

Zur Klage des Wettbewerbsverbandes in der Rechtssache „Der Zauber des Nordens“<sup>73</sup> – dazu bereits oben 3. d) (5) – stellt der Senat fest, dass § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG nicht nur die sachlich-rechtliche Anspruchsberechtigung, sondern auch die prozessuale Klagebefugnis regelt; als Sachurteilsvoraussetzung muss diese folglich nicht nur im Zeitpunkt der beanstandeten Wettbewerbshandlung bestanden haben, sondern noch während des Revisionsverfahrens fortbestehen.<sup>74</sup> Die erhebliche Anzahl von Unternehmen, die dem Wettbewerbsverband nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG angehören muss, ist erreicht, sobald die Mitglieder derart repräsentativ sind, dass ein missbräuchliches Verhalten des Verbands ausgeschlossen werden kann.<sup>75</sup>

### **b) „Haftung für Hyperlink“ (wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht)**

Mit Urteil entschied der I. Zivilsenat am 18. Juni 2015<sup>76</sup> über die wettbewerbsrechtliche Verantwortung für einen Hyperlink.

Das Setzen eines Hyperlinks ist eine geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Dabei reicht das Setzen eines solchen Links allein nicht aus, um die wettbewerbsrechtliche Haftung für verlinkte Inhalte zu begründen. Im fraglichen Rechtsstreit hatte der Beklagte zu einer neutralen Startseite verlinkt. Die beanstandeten Inhalte waren nicht durch einfaches Klicken auf diesen Link zugänglich, sondern erst durch selbstständige Navigierung des Lesers innerhalb der Startseite erreichbar. Deshalb war nach Ansicht des Berufungsgerichts eine inhaltliche Verantwortung für alle Inhalte, die über diese Seite zugänglich waren, nicht gewollt. Diese Ansicht teilt der Bundesgerichtshof.

---

<sup>73</sup> Urteil vom 07. Mai 2015 – [I ZR 158/14](#) –.

<sup>74</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>75</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>76</sup> Urteil vom 18. Juni 2015 – [I ZR 74/14](#) –.

Der I. Zivilsenat stellt bei dieser Gelegenheit die Grundsätze für die wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht im Zusammenhang mit Hyperlinks klar. Diese konkretisiert sich für den geschäftlich einen Hyperlink setzenden Unternehmer als Prüfungspflicht hinsichtlich rechtsverletzender fremder Inhalte.<sup>77</sup> Deren Bestehen und Umfang ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu ermitteln. Dazu zählen der Gesamtzusammenhang, in dem der Link verwendet wird, der Zweck des Hyperlinks sowie die Kenntnis von Umständen, die auf rechtswidrige Inhalte der verlinkten Seite deuten, und die Möglichkeit, dieses zu erkennen.<sup>78</sup> Ist ein rechtsverletzender Inhalt der verlinkten Seite nicht deutlich erkennbar, haftet der Linksetzende für diese Inhalte grundsätzlich erst, wenn er von der Rechtswidrigkeit selbst oder durch Dritte Kenntnis erlangt hat.<sup>79</sup>

Hyperlinks, die kommerzielle Internetseiten lediglich inhaltlich ergänzen, sind regelmäßig in der Anzahl begrenzt. Deshalb ist der Unternehmer, der einen Hinweis auf Rechtsverletzungen auf einer verlinkten Seite erhält, zur Prüfung verpflichtet. Auf die klare Erkennbarkeit der Rechtsverletzung kommt es nicht an.<sup>80</sup>

### c) „Bohngewächsextrakt“ (Beweislastverteilung)

Bereits am 16. April 2015<sup>81</sup> befasste sich der I. Zivilsenat mit der Novel-Food-Verordnung und der Beweislastverteilung bei einem behaupteten Verstoß gegen die darin geregelte Genehmigungs- und Notifizierungspflicht.

Einleitend beschäftigt sich der Senat in dieser Entscheidung mit der Klagebefugnis aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Der Begriff der Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art ist weit auszulegen. Das Wettbewerbsverhältnis wird wesentlich durch die gemeinsame Zugehörigkeit zur

---

<sup>77</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>78</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>79</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>80</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>81</sup> Urteil vom 16. April 2015 – [I ZR 27/14](#) –.

selben oder angrenzenden Branche begründet.<sup>82</sup> Für das Verständnis des Mitbewerberbegriffs ist die Entscheidung des EuGH „Veuve Clicquot“<sup>83</sup> vom 19. April 2007 ohne Bedeutung, da es sich um eine nationale Regelung handelt, die von nationalen Gerichten auszulegen ist.<sup>84</sup>

In der Sache hatte das Berufungsgericht einen Verstoß gegen die Genehmigungs- bzw. Notifizierungspflicht angenommen, da es sich bei dem Nahrungsergänzungsmittel um ein neuartiges Lebensmittel handle. Der Bundesgerichtshof hält diese Beurteilung im Ergebnis aufrecht und stellt die primären und sekundären Darlegungslasten im Zusammenhang mit der Neuartigkeit von Lebensmitteln und Lebensmittelzutaten i.S.d. Novel-Food-Verordnung klar.

Bei der Beurteilung der Frage, ob Lebensmittel oder eine Lebensmittelzutat in der Union bisher noch nicht in nennenswertem Umfang für den menschlichen Verzehr verwendet worden ist (Art. 1 Abs. 2 Novel-Food-Verordnung), muss auf die Verhältnisse am 15. Mai 1997 als Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novel-Food-Verordnung abgestellt werden. Dementsprechend hat der Kläger, der eine Verletzung der Genehmigungs- bzw. Notifizierungspflicht wegen der Neuartigkeit des Lebensmittels geltend macht, die negative Tatsache darzulegen und zu beweisen, dass es sich bei dem beanstandeten Produkt des Beklagten um ein Lebensmittel handelt, das vor dem 15. Mai 1997 noch nicht in nennenswertem Umfang verwendet worden ist. Den Beklagten trifft dabei eine sekundäre Darlegungslast. Auf einen substantiierten Vortrag des Beklagten muss der Kläger sein Vorbringen konkretisieren und auf den gegenteiligen Vortrag des Beklagten – gegebenenfalls unter Beweisantritt – eingehen.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>83</sup> Urteil vom 19. April 2004 – C-381/05 – Veuve Clicquot.

<sup>84</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>85</sup> a.a.O., juris, Rn. 22, 29.

Hieran gemessen musste die Beklagte im streitigen Fall dazu vortragen, dass das Produkt vor dem Stichtag in der Union für den menschlichen Verzehr verwandt wurde. Ihr Hinweis auf die Indizwirkung des „FS“-Status der fraglichen Zutat im Novel-Food-Katalog, der besagt, dass der Stoff als Nahrungsergänzungsmittel vor dem 17. Mai 1997 bekannt war, war dafür nicht ausreichend.<sup>86</sup>

**d) „Deltamethrin“ (Beweisvereitelung; § 16c Abs. 2 Satz 1 PflSchG)**

Der I. Zivilsenat befasste sich am 11. Juni 2015<sup>87</sup> mit Pflanzenschutzmitteln und deren Zulassung. Das Berufungsurteil hatte aufgrund der Unbestimmtheit der Unterlassungsanträge der Klägerin keinen Bestand. Der Bundesgerichtshof gibt daher Hinweise für das wiedereröffnete Berufungsverfahren. Von allgemeiner Bedeutung sind hierbei die Ausführungen des Senats zur Darlegungs- und Beweislast bei Verstößen gegen Marktverhaltensregelungen sowie zur Beweisvereitelung.

Streitgegenstand des Verfahrens war ein behaupteter Verstoß gegen das Erfordernis einer Verkehrsfähigkeitsbescheinigung nach dem am 13. Februar 2012 außer Kraft getretenen § 16c PflSchG für den Vertrieb von parallel importierten Pflanzenschutzmitteln. Der Senat ordnet die Zulassungsbestimmungen des Pflanzenschutzgesetzes als Marktverhaltensregelungen i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG a.F. ein, da sie gemäß § 1 Nr. 4 PflSchG a.F. dem Schutz der Gesundheit der Verbraucher dienen. Im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG a.F. hat der Kläger bei unter einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt stehenden Verhaltensweisen lediglich darzulegen und ggf. zu beweisen, dass das von ihm beanstandete Verhalten des Anspruchsgegners von dem generellen Verbot umfasst ist. Hierauf hat der jeweilige Anspruchsgegner darzulegen und zu beweisen, dass die beanstandete Verhaltensweise von einer Ausnahmebestimmung – im vorliegenden Fall von der Feststellung der Verkehrsfähigkeit gemäß § 16c PflSchG a.F. – gedeckt ist. Im konkreten Fall ist das Berufungsgericht zu Unrecht davon

---

<sup>86</sup> a.a.O., juris, Rn. 34.

<sup>87</sup> Urteil vom 11. Juni 2015 – [I ZR 226/13](#) –.



ausgegangen, dass die Klage unter Heranziehung der zur Beweisvereitelung entwickelten Grundsätze abzuweisen ist.<sup>88</sup> Nur ein vorwerfbares, missbilligenswertes Verhalten kann den mit beweisrechtlichen Nachteilen verbundenen Vorwurf der Beweisvereitelung tragen. Daher verlangt der subjektive Tatbestand der Beweisvereitelung einen doppelten Schuldvorwurf. Das Verschulden muss sich sowohl auf die Zerstörung oder Entziehung des Beweisobjekts als auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktion beziehen.<sup>89</sup>

Vorliegend hatte das Berufungsgericht angenommen, der der Beklagten obliegende Beweis sei bereits zum Zeitpunkt der Einreichung der Klage im März 2010 nicht mehr zu führen gewesen; die Klägerin habe die fragliche Charge am 01. Juli 2009 erworben, wodurch angesichts einer nur zweijährigen Lagerstabilität nur noch ein knappes halbes Jahr für aussagekräftige chemische Analysen zur Verfügung gestanden habe. Der I. Zivilsenat folgt hierzu der Revisionsrüge, dass das Berufungsgericht insoweit bei der Annahme einer vorwerfbaren und missbilligswerten Beweisvereitelung durch die Klägerin einseitig auf die Interessen der Beklagten abgestellt hat. Eine Beweisvereitelung ist nicht anzunehmen, wenn es der beweisbelasteten Partei möglich gewesen wäre, den Beweis – etwa im Wege eines selbständigen Beweisverfahrens – zu sichern.<sup>90</sup> Sollte im wiedereröffneten Berufungsverfahren von einer Beweisvereitelung auszugehen sein, könnte die Beweisverteilung durch den Gegner der beweisbelasteten Partei zudem nicht bereits als solche zum Verlust des Prozesses führen, sondern allenfalls dazu, dass ihr Verhalten im Rahmen der Beweiswürdigung zu ihren Lasten gewürdigt werden kann. Die Feststellung einer Beweisvereitelung durch eine Partei rechtfertigt nicht die Schlussfolgerung, dass vom Vortrag der beweisbelasteten Partei auszugehen ist.<sup>91</sup>

---

88 a.a.O., juris, Rn. 27 f.

89 a.a.O., juris, Rn. 29.

90 a.a.O., juris, Rn. 44.

91 a.a.O., juris, Rn. 48.

**e) „Kopfhörer-Kennzeichnung“ (§ 7 ElektroG; Vertragsstrafe)**

Im Urteil vom 09. Juli 2015 – dazu bereits oben 3. d) (11) – äußert sich der I. Zivilsenat zur Anzahl verwirkter Vertragsstrafen.<sup>92</sup>

In dieser Rechtssache ist die Vertragsstrafe nach der Beurteilung des I. Zivilsenats trotz zweier Testkäufe nur einmal verwirkt gewesen. Der geringe Wert des einzelnen Kopfhörers im Verhältnis zu der im Fall vereinbarten Vertragsstrafe deutet darauf hin, dass nicht jede einzelne Verletzung ohne Rücksicht auf verbindende Umstände den Anspruch begründen soll. Andernfalls könnte der Kläger durch entsprechende Anzahl der Testkäufe einen unangemessen hohen Vertragsstrafenanspruch begründen.<sup>93</sup>

**9. Sonstiges**

(entfällt)

**II. Kartellrecht**

**1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen/Kartellverbot (§ 1 bis § 3 GWB) „Zentrales Verhandlungsmandat“**

Am 06. Oktober 2015<sup>94</sup> urteilte der Kartellsenat über das zentrale Verhandlungsmandat des Presse-Grossisten-Verbands.

Das Berufungsgericht hatte insoweit gemeint, das in § 30 Abs. 2a GWB begründete Verhandlungsmandat des Presse-Grossisten-Verbands sei als unzulässige Kartellabsprache mit Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht vereinbar. Das Mandat bezwecke eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung und sei im Übrigen nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt. Presse-Grossisten seien auch keine nach Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV betrauten

---

<sup>92</sup> Urteil vom 09. Juli 2015 – [I ZR 224/13](#) – (an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt).

<sup>93</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>94</sup> BGH, Urteil vom 06. Oktober 2015 – [KZR 17/14](#) –.

Unternehmen, da ihnen durch § 30 Abs. 2a GWB keine Verpflichtungen auferlegt würden.

Der Bundesgerichtshof teilt diese Beurteilung nicht. Die Anwendung des unionsrechtlichen Verbots wettbewerbsbeschränkender Absprachen ist auf das zentrale Verhandlungsmandat des Presse-Grossisten-Verbands gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV i.V.m. § 30 Abs. 2a GWB ausgeschlossen. Ein flächendeckender und diskriminierungsfreier Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften ist eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV.<sup>95</sup> § 30 Abs. 2a GWB begründet insoweit den erforderlichen Betrauungsakt im Sinne dieses Artikels.<sup>96</sup> Der Gesetzgeber hat § 30 Abs. 2a GWB – wonach das Kartellverbot des § 1 GWB unter bestimmten Voraussetzungen nicht für Branchenvereinbarungen zwischen Presseverlagen und Presse-Grossisten gilt – in Anbetracht des bestehenden funktionierenden Systems des Pressevertriebs eingefügt; die zu diesem Zeitpunkt vorgefundene Lage sollte bewahrt werden. Für den Fall allerdings, dass künftig keine Branchenvereinbarungen abgeschlossen werden, entfällt die Voraussetzung für eine Betrauung i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV.<sup>97</sup>

Dem nationalen Gesetzgeber steht ein Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Frage zu, ob die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Aufgabenerfüllung eines mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmens gefährden würde.<sup>98</sup> Vorliegend war die Prognose des Gesetzgebers auch von verfassungsrechtlichen Aspekten des Pressevertriebs beeinflusst. Das bestehende System schließt Diskriminierungen der Verlage beim Zugang zum Vertrieb aus und gewährleistet die Überallerhältlichkeit von Presseerzeugnissen.<sup>99</sup>

---

<sup>95</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>96</sup> a.a.O., juris, Rn. 28 ff.

<sup>97</sup> a.a.O., juris, Rn. 37.

<sup>98</sup> a.a.O., juris, Rn. 44.

<sup>99</sup> a.a.O., juris, Rn. 58.

## **2. Marktbeherrschung, sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (§ 18 bis § 21 GWB, Art. 102 AEUV) „Porsche-Tuning“**

Ebenfalls in einem Urteil vom 06. Oktober 2015 behandelt der Kartellsenat die Zulässigkeit des Abbruchs von Geschäftsbeziehungen durch ein Unternehmen mit relativer Marktmacht i.S.v. § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB.<sup>100</sup> In Streit stand u.a. die Belieferung des klagenden Tuning-Unternehmens mit Porsche-Neuwagen und Original-Porsche-Ersatzteilen durch den Neuwagenhersteller.

Die markenspezifische Abgrenzung des relevanten Produktmarkts bei der Belieferung mit Neuwagen durch das Berufungsgericht ließ nach Ansicht des Kartellsenats Fragen offen. Das Berufungsgericht hatte keine Feststellungen dazu getroffen, inwiefern das Tuning von Neufahrzeugen regelmäßig markenspezifisch erfolgt und deshalb der vorgelagerte relevante Angebotsmarkt für Neufahrzeuge ebenfalls markenspezifisch abzugrenzen ist.<sup>101</sup> Soweit Tuning-Unternehmen nicht regelmäßig markenspezifisch tätig werden, würde der Wunsch der Klägerin, Neufahrzeuge gerade der Marke Porsche zu beziehen, nicht auf Charakteristika der Tuning-Branche, sondern allein auf einer freiwillig gewählten Spezialisierung auf Fahrzeuge dieser Marke beruhen. Die sachliche Marktabgrenzung kann indes grundsätzlich nicht allein mit dem autonomen Verhalten eines einzelnen Marktteilnehmers begründet werden.

Der Kartellsenat betrachtete das Tuning-Unternehmen jedoch als von der Belieferung mit Neuwagen der Beklagten i.S.v. § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB unternehmensbedingt abhängig. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Klägerin ein Ausweichen auf andere Automarken nicht zumutbar. Sie hat über viele Jahre markenspezifisches Know-how erworben, so dass sie auf die Belieferung mit Neuwagen der Beklagten angewiesen ist. Eine solche autonome Bezugskonzentration ohne vertragliche Verein-

---

<sup>100</sup> BGH, Urteil vom 06. Oktober 2015 – [KZR 87/13](#) – (an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt).

<sup>101</sup> a.a.O., juris, Rn. 52.

barung kann den Tatbestand unternehmensbedingter Abhängigkeit erfüllen.<sup>102</sup>

Seite 29 von 34

Ob sich die durch die Lieferverweigerung mit neuen Fahrzeugen eintretende Behinderung als unbillig i.S.v. § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 GWB darstellt, ist anhand einer Interessenabwägung zu ermitteln. Hierbei ist von Bedeutung, dass sich die benötigten Neuwagen für das nachfragende Tuning-Unternehmen nicht substituieren lassen und eine Lieferpflicht nur geringen Einfluss auf die Vertriebsgestaltungsfreiheit der Beklagten hat. Im konkreten Rechtsstreit kann die Klägerin ihre erhebliche Wertschöpfung nur angemessen präsentieren, wenn sie dafür Neufahrzeuge zur Verfügung gestellt bekommt.<sup>103</sup>

Zu der Weigerung der Belieferung mit „Original-Porsche-Teilen“ nimmt der Kartellsenat auch für solche Teile, die nicht als OES- oder IAM-Teile verfügbar sind, eine unternehmensbedingte Abhängigkeit an.<sup>104</sup> Für seine revisionsrechtliche Prüfung hat der Kartellsenat dabei zugrunde gelegt, dass eine für den Geschäftsbetrieb der Klägerin qualitativ nicht unwesentliche Menge von Ersatzteilen ausschließlich über die Beklagten und ihre Vertriebsorganisation bezogen werden kann. Bei der Interessenabwägung zur Beurteilung der Behinderung streiten dieselben Argumente für die Klägerin wie bei der Prüfung der Verweigerung der Belieferung mit Neufahrzeugen. Im Bereich der Ersatzteile kann nach Art. 4 Buchst. b Nr. iv Vertikal-GVO der Verkauf von gelieferten Teilen an Wettbewerber des Lieferanten unter bestimmten Bedingungen, auf die sich die Beklagten berufen hatten, zwar ausgeschlossen werden. Die Bestimmung gilt aber nur, wenn es sich um eine Lieferung von Teilen zur Weiterverwendung handelt. Davon wird – wie in der vorliegenden Rechtssache – der unver-

---

<sup>102</sup> a.a.O., juris, Rn. 54.

<sup>103</sup> a.a.O., juris, Rn. 68, 74.

<sup>104</sup> a.a.O., juris, Rn. 86, 88, 90.

änderte Weiterverkauf der gelieferten Teile und damit der Ersatzteilhandel nicht erfasst.<sup>105</sup>

Abweichend vom Berufungsgericht hat der Kartellsenat dagegen eine Lieferpflicht der Beklagten für solche Zubehörteile verneint, die von den Beklagten ausschließlich für ihre eigenen Tuning-Programme bestimmt sind und auch nur dafür verwendet werden. Beim Angebot von Tuning-Teilen stehen sich die Parteien als Wettbewerber gegenüber. Die Tuning-Teile aus dem Tuning-Programm der Beklagten werden von diesen an ihre Vertriebsorganisation zu einer wertschöpfenden Weiterverwendung und von vornherein nicht zum unveränderten Weiterverkauf geliefert. Nach Art. 4 Buchst. b Nr. iv Vertikal-GVO können die Beklagten daher den Händlern ihres Vertriebs untersagen, die Klägerin mit diesen Teilen zu beliefern, soweit die Klägerin eine Verwendung für eigene Tuning-Maßnahmen bezweckt.<sup>106</sup> Diese Regelung der Vertikal-GVO ist auch im Rahmen der Interessenabwägung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB zu beachten. Insoweit gilt der Grundsatz, dass niemand zur Förderung fremden Wettbewerbs verpflichtet ist. Die Klägerin ist auch nicht auf den Bezug der Tuning-Teile der Beklagten für ihr Tuning-Geschäft angewiesen, weil sie ihre Tuning-Teile selbst entwickeln kann.

### **3. Zusammenschlusskontrolle**

(entfällt)

### **4. Sonstiges**

#### **a) „Wasserpreise Calw II“**

Am 14. Juli 2014<sup>107</sup> entschied der Bundesgerichtshof in einem Kartellverfahren über die Aufhebung einer Verfügung, mit der der Betroffenen eine bestimmte Berechnungsweise ihrer Wasserentgelte vorgegeben worden war. Das Beschwerdegericht hatte die Ansicht vertreten,

---

<sup>105</sup> a.a.O., juris, Rn. 94.

<sup>106</sup> a.a.O., juris, Rn. 101.

<sup>107</sup> Beschluss vom 14. Juli 2015 – [KVR 77/13](#) – .

die Verfügung der Kartellbehörde nur im Gesamten aufheben zu können, selbst wenn sie sich lediglich in einem Punkt als rechtswidrig erweise. Der Kartellsenat nimmt hingegen an, dass bei teilweiser Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung diese nur in Bezug auf den rechtswidrigen Teil aufzuheben und eine darüber hinaus gehende Beschwerde zurückzuweisen ist.<sup>108</sup>

Über das teilweise Aufheben des Beschlusses hinaus gibt der Kartellsenat umfangreiche Hinweise für das weitere Verfahren. Danach muss sich das Beschwerdegericht nochmals mit dem rechtlichen Ausgangspunkt der Kostenprüfung befassen. Es hatte die Anwendung von Mischformen unterschiedlicher methodischer Ansätze versagt. Zur Überprüfung der Preisbildungsfaktoren kann die Behörde aber auf einschlägige ökonomische Theorien zurückgreifen, wozu die Grundsätze der Strom- und GasNEV gehören, sowie andere Kalkulationsweisen.<sup>109</sup> Sie ist nicht auf die Berechnungsweise nach der Strom- und GasNEV beschränkt, wenn sie diese Verordnungen heranzieht.

Bedenken bestehen beim Kartellsenat auch hinsichtlich der vom Beschwerdegericht angenommenen Darlegungs- und Beweislast. Trägt die Behörde bei der Kostenkontrolle die materielle Beweislast für eine missbräuchliche Entgeltgestaltung, kann sie nur in diesem Rahmen eine unzureichende Mitwirkung des Unternehmens würdigen. Im Einzelfall kann sie eine Tatsache als bewiesen ansehen, wenn das Unternehmen trotz Mitwirkungs- und Auskunftspflichten gemäß § 26 Abs. 2 VwVfG, § 59 Abs. 1 GWB die Kooperation verweigert.<sup>110</sup> Ausführungen zu den sonstigen betrieblichen Aufwendungen sind nicht tragfähig, da ihnen ein falscher Prüfungsmaßstab zugrunde lag.

---

<sup>108</sup> a.a.O., juris, Rn. 10 ff.

<sup>109</sup> a.a.O., juris, Rn. 22, 25.

<sup>110</sup> a.a.O., juris, Rn. 30 f.

Für den Kartellsenat ist entgegen der Rechtsbeschwerde die Berechnung der Konzessionsabgabe durch das betroffene Amt nicht zu beanstanden. Die Einrechnung der Konzessionsabgaben in die Entgelte und Roheinnahmen widerspricht nicht der KAE und ist systemgerecht.<sup>111</sup> Das Beschwerdegericht hat keine zu hohen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast der Kartellbehörde gestellt. Wirft diese dem Unternehmen Ineffizienzen vor, weil es Verhandlungsspielräume in Bezug auf die Höhe der Konzessionsabgaben nicht genutzt habe, trägt sie auch dafür grundsätzlich die Feststellungslast. Weil es sich bei Konzessionsabgaben um nicht beeinflussbare Kostenanteile handelt, sind konkrete Anhaltspunkte dafür erforderlich, dass sich die Stadt oder Gemeinde auf geringere als die höchstzulässigen Abgaben eingelassen hätte.<sup>112</sup>

Die Berücksichtigung eines Erheblichkeitszuschlags durch die Kartellbehörde wird vom Kartellsenat nicht beanstandet. Seine Notwendigkeit ergibt sich aus § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB. Für die Bemessung des Erheblichkeitszuschlags, die dem Tatrichter obliegt, ist nicht nur die tatsächliche Spürbarkeit, sondern auch die rechtliche Erheblichkeit der Preisüberschreitung entscheidend.<sup>113</sup> Lediglich die Höhe des Zuschlags ist einer vertieften Prüfung zu unterziehen.

#### **b) „Trinkwasserpreise“**

Ein zweiter verwaltungsrechtlicher Beschluss des Kartellsenats vom 14. Juli 2015<sup>114</sup> behandelt die Möglichkeit zur Akteneinsicht, um private Schadensersatzansprüche nach § 33 GWB prüfen zu können. Die zuständige Landeskartellbehörde hatte es abgelehnt, Akten zugänglich zu machen, nachdem sie das Verfahren gegen die Betroffene durch einen Vergleich beendet hatte.

---

<sup>111</sup> a.a.O., juris, Rn. 52 f.

<sup>112</sup> a.a.O., juris, Rn. 58 f.

<sup>113</sup> a.a.O., juris, Rn. 63 f.

<sup>114</sup> Beschluss vom 14. Juli 2015 – [KVR 55/14](#) –.



Der Bundesgerichtshof teilt die Ansicht des Beschwerdegerichts, wonach der Antragsteller keinen Anspruch auf Akteneinsicht aus § 29 VwVfG, § 1 IFG, § 72 GWB oder aus § 406 Abs. 1 StPO geltend machen könne. Ihm steht aber der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über das außerhalb von § 29 VwVfG eingeräumte und im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde (§ 40 VwVfG) stehende Akteneinsichtsrecht zu.<sup>115</sup> Dieses folgt nicht unmittelbar aus § 40 VwVfG, sondern ist aus allgemeinen rechtsstaatlichen Gründen anzuerkennen. Auch außerhalb eines Verwaltungsverfahrens kann ein berechtigtes Interesse vorliegen, in behördliche Akten Einsicht zu nehmen.

Dieses Akteneinsichtsrecht ist nicht durch Sinn und Zweck des § 32b GWB ausgeschlossen, da auch in seinem Anwendungsbereich die Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche zum gesetzlich vorgesehenen Sanktionssystem gehört.<sup>116</sup> Die in § 33 Abs. 4 GWB vorgesehene Bindung an die im Verfahren getroffenen Feststellungen gilt nicht im Bereich von § 32b GWB. Die Behörde trifft mit der Verbindlichkeitsklärung der Verpflichtungszusage keine endgültige Aussage darüber, ob ein Kartellverstoß vorlag.<sup>117</sup> Der Geschädigte ist daher gehalten, in einem solchen Fall die für die Darlegung und den Nachweis eines Kartellverstoßes erforderlichen Tatsachen und Beweise selbst zusammenzutragen. Dies wird jedoch häufig ohne Einsicht in die Akte des Kartellverfahrens nicht möglich sein. Zwar können dem Wunsch eines möglichen Kartellgeschädigten auf Akteneinsicht berechtigte Interessen des betroffenen Unternehmens z.B. im Hinblick auf Geschäftsgeheimnisse oder freiwillige Angaben in Bonusanträgen oder Verpflichtungszusagen entgegenstehen. Diesem Umstand ist jedoch bei der zu treffenden Ermessensentscheidung angemessen Rechnung zu tragen ebenso wie der Frage,

---

<sup>115</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>116</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>117</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

wie gewichtig die Interessen des Antragstellers an der berechtigten Akteneinsicht sind.<sup>118</sup>

Ein genereller Verweis auf zivilprozessuale Möglichkeiten der Aktenbeziehung nach §§ 273 Abs. 2 Nr. 2, 420 ff. ZPO ist nicht möglich. Der Antragsteller muss vor Klageerhebung prüfen können, ob er seinen Anspruch hinreichend substantiieren kann.<sup>119</sup>

Eine Ermessensreduzierung auf Null aufgrund vertraulicher Unternehmensangaben nimmt der Kartellsenat entgegen der Rechtsbeschwerde nicht an.<sup>120</sup> Die Behörde kann Bedenken in Bezug auf die Zugänglichmachung der Akten im Rahmen der Ermessensausübung berücksichtigen.

## **5. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung**

(entfällt)

Karlsruhe, den 24. Februar 2016

Dr. Peter Rädler

---

<sup>118</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>119</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>120</sup> a.a.O., juris, Rn. 40.