

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

dfv Mediengruppe

Frankfurt am Main

Editorial: Prof. Dr. Helmut Köhler

UWG-Reform 2015: Was ändert sich im Lauterkeitsrecht?

1417 Prof. Dr. Rolf Sack

Grenzüberschreitende Werbung in audiovisuellen Medien – ihre Rechtskontrolle außerhalb des Herkunftslandes

1425 Dr. Ulrich Franz

Vergleichender Warentest

1432 Dr. Jens Brauneck

EuGH-Rechtsprechung vs. UEFA-Financial Fairplay – Umverteilung statt Planwirtschaft?

1443 Prof. Dr. Ansgar Ohly, LL.M.

Alternativentwurf („Große Lösung“) zum Regierungsentwurf eines 2. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

1448 Prof. Dr. Christian Alexander

Synopse: Alt- und Neufassung des UWG – UGP-RL

1455 Société des Produits Nestlé/Cadbury

EuGH, Urteil vom 16.09.2015 – C-215/14

1459 Kommentar von **Dr. Benjamin Rau**

1461 Rückkehrflicht V

BGH, Urteil vom 30.04.2015 – I ZR 196/13

1464 Der Zauber des Nordens

BGH, Urteil vom 07.05.2015 – I ZR 158/14

1468 Tagesschau-App

BGH, Urteil vom 30.04.2015 – I ZR 13/14

1475 Kommentar von **Dr. Simon Assion**

1477 Goldbären

BGH, Urteil vom 23.09.2015 – I ZR 105/14

1486 Kommentar von **Dr. Anette Gärtner, LL.M. und Dr. Alexander R. Klett, LL.M.**

1487 Sparkassen-Rot/Santander-Rot

BGH, Urteil vom 23.09.2015 – I ZR 78/14

1507 Goldrapper

BGH, Urteil vom 16.04.2015 – I ZR 225/12

1537 Strittmatter-Brief

KG, Urteil vom 10.06.2015 – 24 U 101/14

1540 Kommentar von **Dr. Sascha Pres**

Verbraucher eine informierte geschäftliche Entscheidung treffen kann und nicht zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er andernfalls nicht getroffen hätte (vgl. EuGH, GRUR 2011, 930 Rn. 71 [= WRP 2012, 189] – Ving Sverige). Ohne Erfolg macht die Revision geltend, der Verbraucher könne den zu zahlenden Preis im Wege einer einfachen Rechnung ermitteln. Der Schutzzweck der Vorschrift, den Verbraucher in die Lage zu einer informierten geschäftlichen Entscheidung zu versetzen, setzt regelmäßig voraus, dass der Verbraucher den Gesamtpreis der angebotenen Ware oder Leistung kennt. Wird lediglich ein Teilpreis angegeben, besteht die Gefahr, dass der Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er sonst nicht getroffen hätte.

- 45** Soweit der Senat angenommen hat, dass die jeweils gesonderte, aber einander zugeordnete Angabe von Preisbestandteilen in bestimmten Fällen keinen nennenswerten Einfluss auf die Entscheidung der Verbraucher haben kann (vgl. zu § 1 UWG aF BGH, Urteil vom 15. Januar 2004 – I ZR 180/01, GRUR 2004, 435, 436 = WRP 2004, 490 – FrühlingsgeFlüge), sind diese Fallgestaltungen mit dem Streitfall nicht vergleichbar. Der vorliegende Hinweis auf das Service-Entgelt und die ihm zugrunde liegenden Konditionen sind nicht so deutlich erkennbar, dass der Verbraucher diesen weiteren Preisbestandteil ohne Weiteres erkennt. Dies ergibt sich insbesondere aus der drucktechnischen Gestaltung, die den „ab“-Preis von 799 € hervorhebt und lediglich in kleinerer Schrifttype darunter das „zzgl.“ anfallende Service-Entgelt erwähnt. Das Sternchen, welches am Blickfang der Preiswerbung hätte teilnehmen können, befindet sich nicht an der Preisangabe, sondern folgt auf das kleiner gedruckte Wort „Service Entgelt“. Schließlich erreicht auch die Höhe des für die beworbene Reisedauer anfallenden Service-Entgelts von insgesamt 49 € einen nicht zu vernachlässigenden Anteil des beworbenen „ab“-Preises von 799 €, der im Preiswettbewerb der Anbieter von Kreuzfahrten im unteren Preissegment durchaus Bedeutung haben kann.

- 46** 5. Der Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 S. 1 PAngV ist geeignet, im Sinne des § 3 UWG die Interessen der Verbraucher spürbar zu beeinträchtigen. Auch insoweit ist im Hinblick auf Art. 7 Abs. 4 Buchst. c der Richtlinie 2005/29/EG eine richtlinienkonforme Auslegung geboten. Werden – wie hier – unter Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG Informationen vorenthalten, die das Unionsrecht als wesentlich einstuft, ist das Erfordernis der Spürbarkeit nach § 3 UWG ohne Weiteres erfüllt (BGH, Urteil vom 4. Februar 2010 – I ZR 66/09, GRUR 2010, 852 Rn. 21 = WRP 2010, 1143 – Gallardo Spyder; Urteil vom 21. Dezember 2011 – I ZR 190/10, GRUR 2012, 842 Rn. 25 = WRP 2012, 1096 – Neue Personenkraftwagen I; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5 a Rn. 57).

- 47** III. Zu Recht hat das Berufungsgericht dem Kläger den geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von Kosten der vorgerichtlichen Abmahnung gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 UWG zuerkannt. Die Abmahnung war berechtigt im Sinne des § 12 Abs. 1 S. 2 UWG, weil der mit ihr verfolgte Unterlassungsanspruch im Zeitpunkt des Zugangs der Abmahnung bestand (vgl. BI und BII). Gegen die Höhe des zugesprochenen Abmahnkostenersatzes hat sich die Revision nicht gewendet.

- 48** IV. Im vorliegenden Verfahren stellt sich keine entscheidungsrehebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union erfordert. Die Anwendungsvoraussetzungen der in Betracht kommenden Richtlinien sowie ihr Verhältnis zueinander unterliegen keinem vernünftigen Zweifel (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 – 283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 16 = NJW 1983,

1257 – C.I.L.F.I.T.). Der Begriff der „Aufforderung zum Kauf“ im Sinne der Richtlinie 2005/29/EG ist durch die angeführte Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union geklärt.

C. Die Revision ist mithin zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. **49**

Wettbewerbsrecht / Rundfunkrecht

Tagesschau-App

ZPO § 50; UWG § 4 Nr. 11; RStV § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teils. 3, § 11 f

BGH, Urteil vom 30.04.2015 – I ZR 13/14

Vorinstanzen: OLG Köln, 20.12.2013 – 6 U 188/12; LG Köln, 27.09.2012 – 31 O 360/11

a) Die Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) ist in Rechtsstreitigkeiten, die die Erfüllung der den Rundfunkanstalten zugewiesenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben betreffen (hier die Bereitstellung eines Telemedienangebots), nicht gemäß § 50 ZPO parteifähig.

b) Die Vorschrift des § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote in Telemedien untersagt, ist eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG.

c) Die Beurteilung eines Telemedienkonzepts als nicht presseähnlich durch das zuständige Gremium (§ 11f Abs. 4 bis 6 RStV) und die Freigabe dieses Telemedienkonzepts durch die Rechtsaufsichtsbehörde (§ 11f Abs. 7 RStV) entfalten keine Tatbestandswirkung für die Beurteilung der Presseähnlichkeit eines konkreten Telemedienangebots.

d) Unter einem Angebot im Sinne von § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV, dessen Presseähnlichkeit zu beurteilen ist, ist grundsätzlich das gesamte Telemedienangebot zu verstehen, das auf einem entsprechenden Telemedienkonzept beruht. Besteht ein Telemedienangebot sowohl aus nichtsendungsbezogenen als auch aus sendungsbezogenen Inhalten, ist bei der Prüfung der Presseähnlichkeit allein auf die Gesamtheit der nichtsendungsbezogenen Beiträge abzustellen. Stehen bei einem Telemedienangebot „stehende“ Texte und Bilder deutlich im Vordergrund, deutet dies auf die Presseähnlichkeit des Angebots hin.

Tatbestand:

Die Klägerinnen sind Verlage, die Tageszeitungen herausgeben oder verantworten. Die Zeitungen werden als Druckwerke und im Internet sowie über Applikationen für Smartphones und Tabletcomputer veröffentlicht. Der Beklagte zu 2, der Norddeutsche Rundfunk, ist eine öffentlich-rechtliche Landesrundfunkanstalt. Er hat sich mit weiteren Landesrundfunkanstalten und der Deutschen Welle zu der Beklagten zu 1, der Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD), zusammengeschlossen. **1**

Die in der Beklagten zu 1 zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten betreiben seit dem Jahr 1996 das von dem Beklagten zu 2 betreute Online-Portal „tagesschau.de“. Im Jahr 2009 wurden in den Rundfunkstaatsvertrag (RStV) mit §§ 11 d, 11 f RStV Re-

2

gelungen eingefügt, wonach öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten die inhaltliche Ausrichtung ihrer Telemedien zu konkretisieren haben und ihre Telemedienangebote in einem näher beschriebenen Verfahren (dem sogenannten „Drei-Stufen-Test“) zu prüfen sind. Die in der Beklagten zu 1 zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten entwickelten unter Federführung des Beklagten zu 2 im Jahr 2010 ein Telemedienkonzept für das Angebot „tagesschau.de“. Dieses wurde vom Rundfunkrat des Beklagten zu 2 am 25. Juni 2010 beschlossen, von der Niedersächsischen Staatskanzlei als Rechtsaufsichtsbehörde mit Schreiben vom 17. August 2010 freigegeben und am 24. August 2010 im Niedersächsischen Ministerialblatt (Nr. 30/2010, S. 733 ff.) veröffentlicht.

- 3 Seit dem 21. Dezember 2010 bieten die Rundfunkanstalten neben dem Online-Portal „tagesschau.de“ die Applikation „Tagesschau-App“ für Smartphones und Tabletcomputer an. Über diese können unter verschiedenen thematischen Rubriken – teils um Standbilder oder Bildstrecken ergänzte – Textbeiträge, Audio- und Videobeiträge, interaktive Elemente sowie Stand- und Bewegtbilder aufgerufen werden.
- 4 Mit ihrer Klage wenden sich die Klägerinnen gegen das Angebot, das – nach Darstellung der Klägerinnen wie aus der von ihnen vorgelegten Anlage K 1 ersichtlich – am 15. Juni 2011 über die „Tagesschau-App“ bereitgestellt war. Sie sind der Ansicht, dieses Angebot verstöße gegen die als Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG einzustufende Bestimmung des § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV, wonach nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote in Telemedien unzulässig sind.
- 5 Die Klägerinnen haben beantragt, die Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, das Telemedienangebot „Tagesschau-App“, wie in den von ihnen vorgelegten Screenshots (Anlage K 1) enthalten, zu verbreiten oder verbreiten zu lassen; hilfsweise, innerhalb des Telemedienangebots „Tagesschau-App“ bestimmte vorgelegte Artikel (Anlage K 2) einzeln und/oder kumulativ zu veröffentlichen oder veröffentlichen zu lassen.
- 6 Das Landgericht hat der Klage mit dem Hauptantrag stattgegeben (LG Köln, WRP 2012, 1606).
- 7 Mit ihrer Berufung haben die Beklagten ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiterverfolgt. Die Klägerinnen haben in der Berufungsinstanz zusätzlich zu ihrem Hauptantrag und ihrem bisherigen Hilfsantrag mit ihrem nunmehr ersten Hilfsantrag beantragt, die Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, die „Tagesschau-App“ wie in der Anlage K 1 bereitzustellen oder bereitzustellen zu lassen.
- 8 Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen (OLG Köln, GRUR-RR 2014, 342 = WRP 2014, 194).
- 9 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Klägerinnen ihre in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

- 10 A. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klage habe weder mit dem Hauptantrag noch mit den beiden Hilfsanträgen Erfolg. Dazu hat es ausgeführt:
- 11 Der auf ein Unterlassen des Verbretens des Telemedienangebots „Tagesschau-App“ gerichtete Hauptantrag sei nicht hinreichend bestimmt, weil zwischen den Parteien streitig sei, ob es sich bei

der „Tagesschau-App“ um ein eigenständiges Telemedienangebot oder nur um einen Bestandteil des Telemedienangebots „tagesschau.de“ handele.

Der im Berufungsrechtszug als erster Hilfsantrag gestellte Antrag, den Beklagten ein Bereitstellen der „Tagesschau-App“ wie in den als Anlage K 1 beigefügten Bildschirmausdrucken zu untersagen, sei unbegründet. Es sei bereits zweifelhaft, ob das in § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV niedergelegte Verbot nichtsendungsbezogener presseähnlicher Angebote eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG sei. Ein etwaiger Verstoß der Beklagten gegen dieses Verbot könne jedenfalls deshalb keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche begründen, weil das Angebot des Online-Portals „tagesschau.de“ und damit das Angebot der „Tagesschau-App“ im Zuge des „Drei-Stufen-Tests“ von den mit der Prüfung befassten Einrichtungen als nicht presseähnlich eingestuft und deshalb freigegeben worden sei. Die Wettbewerbsgerichte seien an diese rechtliche Bewertung gebunden. Die Freigabe des vom Rundfunkrat des Beklagten zu 2 beschlossenen Telemedienkonzepts durch die Niedersächsische Staatskanzlei sei als rechtsverbindlicher Verwaltungsakt zu werten. Dessen Legalisierungswirkung erfasse nicht nur das Online-Portal „tagesschau.de“ und die generelle Abrufbarkeit der dort eingesetzten Inhalte über die „Tagesschau-App“, sondern auch das von den Klägerinnen angegriffene konkrete Angebot vom 15. Juni 2011.

Der zweite Hilfsantrag, den Beklagten das Veröffentlichen von innerhalb des Telemedienangebots „Tagesschau-App“ im Einzelnen aufgelisteten Artikeln zu verbieten, sei gleichfalls im Hinblick auf den auslegungsbedürftigen und zwischen den Parteien umstrittenen Rechtsbegriff des Telemedienangebots unbestimmt. Im Übrigen komme ein Verbot bestimmter Artikel nicht in Betracht, weil für die Beurteilung der Presseähnlichkeit eines Telemedienangebots auf die Gesamtheit der Beiträge abzustellen sei.

B. Die Revision der Klägerinnen hat hinsichtlich der Beklagten zu 1 keinen Erfolg (dazu B I) und hinsichtlich des Beklagten zu 2 teilweise Erfolg (dazu B II).

I. Die Revision der Klägerinnen hat keinen Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, dass das Berufungsgericht die gegen die Beklagte zu 1 gerichtete Klage abgewiesen hat. Die Klage ist insoweit allerdings nicht als unbegründet, sondern als unzulässig abzuweisen, weil die Beklagte zu 1 nicht parteifähig ist.

1. Parteifähigkeit ist die Fähigkeit, in einem Rechtsstreit klagen (aktive Parteifähigkeit) oder verklagt werden (passive Parteifähigkeit) zu können. Die Parteifähigkeit zählt zu den Prozessvoraussetzungen, deren Mangel das Gericht grundsätzlich in jeder Verfahrenslage einschließlich der Revisionsinstanz gemäß § 56 Abs. 1 ZPO von Amts wegen zu berücksichtigen hat (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 2004 – XI ZR 40/03, BGHZ 159, 94, 98). Fehlt die Parteifähigkeit zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, ist die Klage wegen Fehlens einer Sachurteilsvoraussetzung als unzulässig abzuweisen (Saenger/Bendtsen, ZPO, 6. Aufl., § 50 Rn. 12). Parteifähig ist gemäß § 50 Abs. 1 ZPO, wer rechtsfähig ist. Ferner kann ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, gemäß § 50 Abs. 2 ZPO klagen und verklagt werden.

2. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte zu 1 sei als eine im Rechtsverkehr unter einer eigenen Bezeichnung und einem eigenen Logo auftretende Gesellschaft bürgerlichen Rechts rechtsfähig und damit gemäß § 50 Abs. 1 ZPO parteifähig. Selbst wenn die Beklagte zu 1 keine eigene Rechtspersönlichkeit haben sollte, sei sie in entsprechender Anwendung von § 50 Abs. 2 ZPO parteifähig, weil sie auf der Grundlage ihrer Satzung über eine körperschaftliche Struktur verfüge, die der eines Vereins vergleichbar sei. Dem kann nicht zugestimmt werden.

18 a) Die Beklagte zu 1 ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, jedenfalls soweit sie die hier in Rede stehende „Tagesschau-App“ unter ihrer Bezeichnung und ihrem Logo im Rechtsverkehr anbietet, keine rechtsfähige und damit nach § 50 Abs. 1 ZPO parteifähige (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts (vgl. zur Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 343 ff.). Vielmehr handelt es sich bei der Beklagten zu 1 insoweit um eine nicht rechtsfähige öffentlich-rechtliche Gemeinschaftsform.

19 aa) Der Abschluss eines Vertrages, durch den sich die Beteiligten gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern (§ 705 BGB), lässt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts entstehen, wenn der Zusammenschluss keinen körperschaftlichen Charakter hat und die weiteren Voraussetzungen für eine andere Form der Personengesellschaft fehlen (BGH, Urteil vom 23. Februar 2012 – I ZR 6/11, BGHZ 193, 49 Rn. 19 [= WRP 2012, 1409] – Kommunikationsdesigner; Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl., § 705 Rn. 1). Zwar können juristische Personen des öffentlichen Rechts eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden oder Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts werden (vgl. RG, Urteil vom 1. April 1940 – V ZR 174/39, RGZ 163, 142, 149; Staudinger/Habermeier, BGB, 2003, § 705 Rn. 25; MünchKomm.BGB/Ulmer/Schäfer, 6. Aufl., § 705 Rn. 76). Schließen sich juristische Personen des öffentlichen Rechts jedoch zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks zusammen, der in der gemeinsamen Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe besteht, entsteht keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sondern eine öffentlich-rechtliche Gemeinschaftsform; ein solcher Zusammenschluss hat keinen bürgerlich-rechtlichen, sondern öffentlich-rechtlichen Charakter. So verhält es sich hier.

20 bb) Die Beklagte zu 1 ist ein Zusammenschluss juristischer Personen des öffentlichen Rechts, nämlich der Landesrundfunkanstalten und der Deutschen Welle, einer Anstalt des Bundesrechts (§ 1 Abs. 1 der Satzung der Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland [ARD] vom 9./10. Juni 1950 in der Fassung vom 8. April 2014). Dieser Zusammenschluss dient der gemeinsamen Erfüllung der in § 2 der Satzung aufgezählten Aufgaben, namentlich der Bearbeitung gemeinsamer Fragen des Programms (§ 2 Abs. 1 Buchst. c der Satzung). Die Aufgabe der Herstellung und Verbreitung von Rundfunkprogrammen und Telemedien ist den Rundfunkanstalten durch den Rundfunkstaatsvertrag als öffentlich-rechtliche Aufgabe zugewiesen (vgl. zur Veranstaltung von Rundfunkprogrammen BFH, Urteil vom 6. Juli 1967 – V 76/64, BFHE 89, 164, 167). Nach § 11 Abs. 1 S. 1 RStV haben die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten den Auftrag, durch die Herstellung und Verbreitung ihrer Angebote als Medium und Faktor des Prozesses freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung zu wirken und dadurch die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft zu erfüllen. Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind gemäß § 11 a RStV Rundfunkprogramme und Telemedien.

21 Die Beklagte zu 1 ist daher, jedenfalls soweit sie den Rundfunkanstalten zugewiesene öffentlich-rechtliche Aufgaben – wie hier die Bereitstellung eines Telemedienangebots – erfüllt, keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (offengelassen von OLG Düsseldorf, ZUM-RD 2015, 166 Rn. 40; LG Köln, ZUM 2013, 502 Rn. 109 bis 111), sondern eine öffentlich-rechtliche Gemeinschaftsform ohne eigene Rechtspersönlichkeit (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. November 2005 – 6 PB 14/05, juris Rn. 5; OLG München, NJW-RR 1992, 1444, 1445; Herrmann/Lausen, Rundfunkrecht, 2. Aufl., § 16 Rn. 9; Binder, Rundfunkrecht, 3. Aufl., § 11 RStV Rn. 61; Gersdorf, Rundfunkrecht, 2003, Teil 5 Rn. 349;

ders. in Gersdorf/Paal, Informations- und Medienrecht, 2014, § 11 b RStV Rn. 12; Hesse, Rundfunkrecht, 3. Aufl., Kapitel 4 Rn. 172; Prinz/Peters, Medienrecht, 1999, Kapitel 12 Rn. 321; Hahn in Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl., Anhang zu §§ 11 e, 11 f RStV Rn. 36; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, 50. AL November 2011, vor § 11 RStV Rn. 66; Seitz/Schmidt, Der Gegendarstellungsanspruch, 4. Aufl., Kapitel 9 Rn. 36; Fessmann, FuR 1980, 623 ff.; Steinwärder, Die Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, 1998, S. 318 ff.). Es liegt nahe, bei der Beklagten zu 1 – wie bei der gleichfalls von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten betriebenen Stelle zum Einzug des Rundfunkbeitrags (vgl. § 10 Abs. 7 S. 1 des Rundfunkbeitragsstaatsvertrags) – von einer nicht rechtsfähigen öffentlich-rechtlichen Verwaltungsgemeinschaft auszugehen (vgl. Herrmann/Lausen, Rundfunkrecht, 2. Aufl., § 16 Rn. 10; Prinz/Peters, Medienrecht, 1999, Kapitel 12 Rn. 459; Seitz/Schmidt, Der Gegendarstellungsanspruch, 4. Aufl., Kapitel 9 Rn. 36), ohne dass die Frage hier abschließend entschieden zu werden braucht.

Die Rechts- und Parteifähigkeit der Beklagten zu 1 ist nicht in **22** Anlehnung an die von der Rechtsprechung zur Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts entwickelten Grundsätze zu bejahen. Das käme nur in Betracht, wenn die Struktur der Beklagten zu 1 der einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zumindest ebenbürtig und die Beklagte zu 1 rechtlich und organisatorisch verselbständigt sowie eigenständiger Träger von Rechten und Pflichten wäre (zur Rechts- und Parteifähigkeit der Arbeitsgemeinschaft nach § 44 b SGB II vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 2009 – III ZR 295/08, VersR 2010, 346 Rn. 10). Die Beklagte zu 1 ist aber kein eigenständiger Träger von Rechten und Pflichten. Soweit in der Rechtsprechung erwogen worden ist, die Beklagte zu 1 als Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzusehen (vgl. OLG Dresden, ZUM-RD 2000, 540, 541; OLG Jena, ZUM-RD 2000, 542 f.; OLG München, NJW 2001, 613, 614), betrafen diese Entscheidungen nicht die Frage, ob die Beklagte zu 1 als Außengesellschaft bürgerlichen Rechts rechts- und parteifähig ist. Vielmehr ging es in diesen Entscheidungen darum, ob die in der Beklagten zu 1 zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten hinsichtlich der Ausstrahlung eines Gemeinschaftsprogramms über Satellit einander die Zustimmung zur Ausstrahlung einer Gegendarstellung schulden, weil sie im Innenverhältnis wie Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu behandeln sind.

b) Die Beklagte zu 1 ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht deshalb in entsprechender Anwendung von § 50 Abs. 2 ZPO als parteifähig anzusehen, weil sie auf der Grundlage ihrer Satzung über eine körperschaftliche Struktur verfügt, die der eines Vereins vergleichbar ist. Die Zuerkennung der Parteifähigkeit an nicht rechtsfähige Vereine nach § 50 Abs. 2 ZPO beruht mittlerweile maßgeblich auf der Erwägung, dass auf nicht rechtsfähige Vereine gemäß § 54 S. 1 BGB die Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts anwendbar sind und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs parteifähig ist (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister und anderer vereinsrechtlicher Änderungen, BT-Drucks. 16/12813, S. 15; BGH, Urteil vom 2. Juli 2007 – II ZR 111/05, NJW 2008, 69, 73 f.). § 50 Abs. 2 ZPO kann daher nicht allein deshalb auf andere nicht rechtsfähige Zusammenschlüsse entsprechend angewendet werden, weil diese über eine vereinsähnliche Organisationsstruktur verfügen. Es gibt keine § 54 S. 1 BGB entsprechende Regelung, wonach auf solche Zusammenschlüsse die Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts anwendbar sind.

- 24** II. Die Revision der Klägerinnen hat teilweise Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, dass das Berufungsgericht die gegen den Beklagten zu 2 gerichtete Klage abgewiesen hat. Das Berufungsgericht hat zwar ohne Rechtsfehler angenommen, dass der mit der Klage verfolgte Hauptantrag unbestimmt und daher unzulässig ist (dazu B II 1). Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann jedoch der in der Berufungsinstanz als erster Hilfsantrag gestellte Unterlassungsantrag nicht abgewiesen werden (dazu B II 2). Das Berufungsurteil stellt sich insoweit auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (dazu B II 3).
- 25** 1. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, der mit der Klage verfolgte Hauptantrag sei unbestimmt und daher unzulässig.
- 26** a) Ein Verbotsantrag darf im Hinblick auf § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt. Darauf ist die Verwendung eines auslegungsbedürftigen Begriffs im Klageantrag zur Bezeichnung der zu untersagenden Handlung im Regelfall jedenfalls dann unzulässig, wenn die Parteien über die Bedeutung dieses Begriffs streiten (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 28. November 2013 – I ZR 7/13, GRUR 2014, 398 Rn. 15 = WRP 2014, 431 – Online-Versicherungsvermittlung).
- 27** b) Das Berufungsgericht hat angenommen, nach diesen Maßstäben sei der auf ein Unterlassen des Verbreitens des Telemedienangebots „Tagesschau-App“ gerichtete Hauptantrag der Klägerinnen nicht hinreichend bestimmt, weil zwischen den Parteien streitig sei, ob die „Tagesschau-App“ ein eigenständiges Telemedienangebot oder nur ein Bestandteil des Telemedienangebots „tagesschau.de“ sei. Diese Beurteilung wird von der Revision nicht angegriffen und lässt auch keinen Rechtsfehler erkennen.
- 28** 2. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der von den Klägerinnen in der Berufungsinstanz als erster Hilfsantrag gestellte Unterlassungsantrag nicht abgewiesen werden.
- 29** a) Mit diesem Antrag haben die Klägerinnen beantragt, den Beklagten zu untersagen, die „Tagesschau-App“ wie in der Anlage K 1 bereitzustellen oder bereitstellen zu lassen. Dieser Antrag ist dahin auszulegen, dass die Klägerinnen den Beklagten damit verbieten lassen wollen, die Applikation „Tagesschau-App“ bereitzustellen oder bereitstellen zu lassen, wenn über diese Applikation ein Angebot abgerufen werden kann, wie es aus den in der Anlage K 1 enthaltenen Bildschirmausdrucken ersichtlich ist.
- 30** b) Das Berufungsgericht hat angenommen, der geltend gemachte Unterlassungsanspruch sei nicht nach § 8 Abs. 1 S. 1, § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV begründet. Ein Verstoß der Beklagten gegen das Verbot nichtsendungsbezogener presseähnlicher Angebote könnte jedenfalls deshalb keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche wegen eines Verstoßes gegen eine Marktverhaltensregelung begründen, weil das Angebot des Online-Portals „tagesschau.de“ und damit das Angebot der „Tagesschau-App“ im Zuge des „Drei-Stufen-Tests“ von den mit der Prüfung befassten Einrichtungen als nicht presseähnlich eingestuft und deshalb freigegeben worden sei. Diese Beurteilung hält einer Nachprüfung nicht stand.
- 31** c) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass der Tatbestand des Verstoßes gegen eine Marktverhaltensregelung nach § 4 Nr. 11 UWG ausscheidet, wenn die zuständige Verwaltungsbehörde einen wirksamen Verwaltungsakt erlassen hat, der das beanstandete Marktverhalten ausdrücklich erlaubt (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 – I ZR 194/02, BGHZ 163, 265, 269 [= WRP 2005, 1161] – Atemtest I; Urteil vom 24. September 2013 – I ZR 73/12, GRUR 2014, 405 Rn. 10 f. = WRP 2014, 429 – Atemtest II). Solange ein solcher Verwaltungsakt nicht durch die zuständige Behörde oder durch ein Verwaltungsgericht aufgehoben worden oder nichtig ist, ist die Zulässigkeit des beanstandeten Verhaltens einer Nachprüfung durch die Zivilgerichte entzogen (sogenannte Tatbestandswirkung des Verwaltungsakts, vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 2007 – I ZR 125/04, WRP 2007, 1359; vgl. auch BGH, Urteil vom 14. Januar 2010 – IX ZR 50/07, NVwZ-RR 2010, 372 Rn. 7; Beschluss vom 16. Dezember 2014 – EnVR 54/13, N&R 2015, 107 Rn. 19).
- 32** d) Das Berufungsgericht hat angenommen, die im Schreiben der Niedersächsischen Staatskanzlei vom 17. August 2010 zum Ausdruck kommende Freigabe des vom Rundfunkrat des Beklagten zu 2 am 25. Juni 2010 beschlossenen Telemedienkonzepts für das Angebot „tagesschau.de“ sei als rechtsverbindlicher Verwaltungsakt zu werten. Zwar sei der Wille der Rechtsaufsichtsbehörde nicht auf die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtswirkung im Sinne einer Genehmigung oder Erlaubnis gerichtet. Das Schreiben sei jedoch als verbindliche Entscheidung zur Übereinstimmung des Telemedienangebots mit den Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrags und damit als feststellender Verwaltungsakt einzustufen. Jedenfalls komme der in diesem Schreiben enthaltenen Erklärung in Anbetracht der Entstehungsgeschichte des § 11 f RStV und der Ausgestaltung des darin vorgesehenen „Drei-Stufen-Tests“ eine vergleichbare Legalisierungswirkung zu.
- 33** Es kann offenbleiben, ob das Schreiben der Niedersächsischen Staatskanzlei vom 17. August 2010 als Verwaltungsakt im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG zu werten oder ob es als schlichtes Verwaltungshandeln einzustufen ist (für Ersteres Eifert in Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl., § 11 f RStV Rn. 189; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, 39. AL Mai 2009, § 11 f RStV Rn. 56; Hain, AfP 2012, 313, 322; Hain/Brings, WRP 2012, 1495, 1496 f.; für Letzteres Huber, ZUM 2010, 201, 202 f.; Degenhart, AfP 2014, 107, 108 f.; Wierny, ZUM 2014, 196, 199; vgl. auch Peters, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote, 2010, Rn. 486). Selbst wenn dieses Schreiben als Verwaltungsakt zu werten wäre, stünde damit – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – nicht mit bindender Wirkung für den vorliegenden Rechtsstreit fest, dass das am 15. Juni 2011 über die „Tagesschau-App“ abrufbar gewesene Angebot der Beklagten nicht presseähnlich gewesen ist.
- 34** e) Das Berufungsgericht hat angenommen, aufgrund der Freigabe des Online-Angebots „tagesschau.de“ durch das als Verwaltungsakt zu wertende Schreiben der Niedersächsischen Staatskanzlei vom 17. August 2010 stehe mit bindender Wirkung für den vorliegenden Rechtsstreit fest, dass dieses Angebot nicht presseähnlich sei. Die Legalisierungswirkung dieses Verwaltungsakts erfasse nicht nur das Online-Portal „tagesschau.de“ und die generelle Abrufbarkeit der dort eingestellten Inhalte über die „Tagesschau-App“, sondern auch das von den Klägerinnen angegriffene konkrete Angebot vom 15. Juni 2011. Dieser Beurteilung kann nicht zugestimmt werden.
- 35** aa) Die Reichweite der Tatbestandswirkung eines Verwaltungsakts wird durch seinen Regelungsgehalt bestimmt (vgl. Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 35 Rn. 142; BeckOK. VwVfG/Schemmer, Stand: 1. Januar 2015, § 43 Rn. 28; Peuker in Knack/Henneke, VwVfG, 10. Aufl., § 43 Rn. 22). Der Regelungsgehalt eines Verwaltungsakts ist in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB nach den Grundsätzen zu bestimmen, die auch für die Auslegung von Willenserklärungen gelten. Danach ist der erklärte Wille der erlassenden Behörde maßgebend, wie

ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen konnte (BGH, WRP 2007, 1359 Rn. 16; BVerwG, Urteil vom 20. April 2005 – 9 C 4/04, BVerwGE 123, 292, 297; Urteil vom 19. März 2013 – 5 C 16/12, NJW 2013, 1832 Rn. 10). Bei der Ermittlung dieses objektiven Erklärungswerts ist in erster Linie auf den Entscheidungssatz und die Begründung des Verwaltungsakts abzustellen; darüber hinaus ist das materielle Recht, auf dem der Verwaltungsakt beruht, heranzuziehen (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Juli 2006 – 6 C 20/05, BVerwGE 126, 254 Rn. 78; Kopp/Ramsauer, VwVFG, 15. Aufl., § 43 Rn. 15). Ein Verwaltungsakt ist vom Revisionsgericht selbständige auszulegen (BGH, WRP 2007, 1359 Rn. 16).

- 36** bb) Das an den Intendanten des Beklagten zu 2 gerichtete Schreiben der Niedersächsischen Staatskanzlei vom 17. August 2010 lautet wie folgt:

(...) haben Sie herzlichen Dank für die Übersendung der für die rechtsaufsichtliche Prüfung notwendigen, umfangreichen Unterlagen zu den Telemedienkonzepten tagesschau.de und eins-extra.de. Die Prüfung durch die Rechtsaufsicht gem. § 11 f Absatz 7 RStV ist nunmehr abgeschlossen und beide Telemedienkonzepte können im Niedersächsischen Ministerialblatt veröffentlicht werden. Um für künftige Verfahren noch mehr Klarheit zu schaffen, erlaube ich mir, Ihnen bei dieser Gelegenheit folgende Hinweise zu geben: (...)

- 37** cc) Das Schreiben vom 17. August 2010 enthält weder einen Entscheidungssatz im eigentlichen Sinne noch eine Begründung. Seine Kernaussage beschränkt sich auf die Mitteilung, dass die Prüfung durch die Rechtsaufsicht gemäß § 11 f Abs. 7 RStV abgeschlossen sei und die Telemedienkonzepte im Niedersächsischen Ministerialblatt veröffentlicht werden könnten. Der Regelungsgehalt dieser Mitteilung ist daher im Blick auf die Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrages zu ermitteln, die der rechtsaufsichtlichen Prüfung zugrunde liegen.

- 38** (1) Gegenstand der rechtsaufsichtlichen Prüfung ist, wie sich aus § 11 f Abs. 7 S. 2 RStV ergibt, das Telemedienkonzept, mit dem die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gemäß § 11 f Abs. 1 RStV die inhaltliche Ausrichtung von – unter anderem – nichtsendungsbezogenen Telemedien nach § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 RStV konkretisieren, indem sie deren Zielgruppe, Inhalt, Ausrichtung und Verweildauer näher beschreiben. Die Beschreibung des Telemedienangebots ist gemäß § 11 f Abs. 7 S. 2 RStV „nach Prüfung durch die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde“ in den amtlichen Verkündigungsblättern der betroffenen Länder zu veröffentlichen. Diese Beschreibung ist in erster Linie heranzuziehen, um den Regelungsgehalt der Mitteilung der Rechtsaufsichtsbehörde zu bestimmen.

- 39** (2) Der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde sind nach § 11 f Abs. 7 S. 1 RStV vor der Veröffentlichung alle für eine rechtsaufsichtliche Prüfung notwendigen Auskünfte zu erteilen und Unterlagen zu übermitteln. Zu den Unterlagen zählen die Begründung der Gremienscheidung sowie Stellungnahmen oder Gutachten (vgl. § 11 f Abs. 5 RStV). Diese sind allerdings lediglich Mittel und nicht Gegenstand der rechtsaufsichtlichen Prüfung. Sie werden nicht Bestandteil des Telemedienkonzepts und sind dementsprechend nicht zusammen mit diesem gemäß § 11 f Abs. 7 S. 2 RStV zu veröffentlichen (vgl. Begründung zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, Landtag von Baden-Württemberg, Drucks. 14/3859, S. 51). Diese Unterlagen können deshalb nicht ohne Weiteres herangezogen werden, um den Regelungsgehalt einer Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde zu ermitteln. Das gilt auch für die Begründung, die das zuständige Gremium für seine Entscheidung gibt, ob das Angebot vom Auftrag umfasst ist (§ 11 f Abs. 6 RStV).

- 40** (3) Die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde hat nach § 11 f Abs. 7 RStV nicht nur zu prüfen, ob das für die Prüfung eines

Telemedienangebots vorgeschriebene Verfahren (der „Drei-Stufen-Test“) ordnungsgemäß durchgeführt worden ist. Sie hat vielmehr auch zu untersuchen, ob das Telemedienkonzept den materiell-rechtlichen Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages entspricht. Dem Wortlaut des § 11 f Abs. 7 RStV ist zwar nur zu entnehmen, dass eine rechtsaufsichtliche Prüfung von der zuständigen Behörde vorzunehmen ist; aus dem Wortlaut der Vorschrift folgt aber nicht, was diese Behörde prüfen soll. Das ergibt sich allerdings aus der Begründung zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag. Danach prüft die Behörde die Einhaltung der Verfahrensschritte und der gesetzlichen Vorgaben. Kommt sie zu dem Ergebnis, dass das Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt ist und das neue Angebot dem gesetzlichen Auftrag entspricht, ist das Telemedienkonzept im jeweiligen amtlichen Verkündigungsblatt zu veröffentlichen (vgl. Begründung zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, Landtag von Baden-Württemberg, Drucks. 14/3859, S. 51). Zu den gesetzlichen Vorgaben, deren Einhaltung die Rechtsaufsichtsbehörde zu prüfen hat, gehört im – hier vorliegenden – Fall eines Telemedienkonzepts für ein (auch) nichtsendungsbezogenes Telemedienangebot das in § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV niedergelegte Verbot nichtsendungsbezogener presseähnlicher Angebote.

41 dd) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die im Schreiben der Niedersächsischen Staatskanzlei zum Ausdruck kommende Freigabe des Telemedienkonzepts „tagesschau.de“ die Freigabe des Abrufs der im Online-Portal „tagesschau.de“ eingestellten Inhalte über die Applikation „Tagesschau-App“ umfasst. Das unter „tagesschau.de“ vorgehaltene Online-Angebot der Beklagten ist durch das spätere Angebot der „Tagesschau-App“ lediglich um eine für mobile Endgeräte optimierte Zugriffsmöglichkeit ergänzt worden. Darin liegt kein neues oder verändertes Angebot, das nach dem Rundfunkstaatsvertrag einer eigenständigen Überprüfung bedurft hätte. Es kann danach offenbleiben, ob die Möglichkeit, das Online-Angebot „tagesschau.de“ über Smartphones abzurufen, schon deshalb vom freigegebenen Telemedienkonzept „tagesschau.de“ umfasst ist, weil im Telemedienkonzept die Verbreitung des Angebots im Wege der mobilen Ausspielung über Handys mehrfach erwähnt ist.

42 (1) Ein neues oder verändertes Telemedienangebot ist, wie sich aus § 11 f Abs. 3 S. 1 RStV ergibt, in einem eigenständigen Verfahren daraufhin zu überprüfen, ob es vom Auftrag umfasst ist. Ein verändertes Angebot liegt nach § 11 f Abs. 3 S. 2 RStV insbesondere vor, wenn die inhaltliche Gesamtausrichtung des Angebots oder die Zielgruppe verändert wird. Nach diesen Maßstäben handelt es sich bei der „Tagesschau-App“ nicht um ein gegenüber dem Online-Portal „tagesschau.de“ verändertes Telemedienangebot.

43 (2) Das über die „Tagesschau-App“ abrufbare Angebot stimmt nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit dem im Online-Portal vorgehaltenen Angebot „tagesschau.de“ inhaltlich überein. Über die „Tagesschau-App“ sind sämtliche auf dem Online-Portal „tagesschau.de“ eingestellten Beiträge abrufbar. Wegen der geringeren Darstellungskapazität eines Smartphones sind bei einem Abruf über die „Tagesschau-App“ zwar die seitlichen Navigations- und Überblicksleisten des Online-Angebots „tagesschau.de“ nicht zu sehen. Dadurch wird jedoch die inhaltliche Gesamtausrichtung des Angebots nicht verändert. Die Revision macht ohne Erfolg geltend, über die „Tagesschau-App“ sei kein vollständiger Zugriff auf die unter „tagesschau.de“ vorgehaltenen Inhalte möglich. Die Revision legt nicht dar, auf welche Inhalte nicht zugegriffen werden kann und weshalb dies zu einer anderen inhaltlichen Gesamtausrichtung des Angebots führt. Sie zeigt nicht auf, dass das Berufungsgericht entsprechendes Vorbringen der Klägerinnen übergangen hat.

- 44** (3) Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich das Angebot, die Inhalte des Online-Portals „tagesschau.de“ über die „Tagesschau-App“ abzurufen, an eine andere Zielgruppe richtet, als das Angebot des Online-Portals „tagesschau.de“. 49
- 45** ee) Dem für die Bestimmung des Regelungsgehalts des Schreibens der Niedersächsischen Staatskanzlei vom 17. August 2010 maßgeblichen Telemedienkonzept ist zwar die Feststellung zu entnehmen, dass das Angebot „tagesschau.de“ nicht im Sinne von § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV presseähnlich sei. Selbst wenn das Schreiben der Staatskanzlei als Verwaltungsakt zu werten wäre, stünde jedoch aufgrund dieser Feststellung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht mit bindender Wirkung für den vorliegenden Rechtsstreit fest, dass das über die „Tagesschau-App“ am 15. Juni 2011 abrufbar gewesene Angebot „tagesschau.de“ nicht im Sinne dieser Bestimmung presseähnlich gewesen ist (vgl. Degenhart, AfP 2014, 107, 111; Hartl/Wagner, jurisPR-ITR 6/2914 Anm. 5; vgl. auch Held in Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl., § 11 d RStV Rn. 142). 50
- 46** (1) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Legalisierungswirkung einer Freigabe des Telemedienkonzepts erfasse die konkreten Angebote, durch die dieses Konzept umgesetzt werde, weil sich die Prüfung des Telemedienkonzepts nicht auf ein abstraktes Konzept beschränke, sondern auf die im Online-Portal eingestellten konkreten Angebote erstrecke, durch die das Konzept umgesetzt werde. Dem kann nicht zugestimmt werden. 51
- 47** Gemäß §§ 11 f Abs. 1 RStV konkretisieren die Rundfunkanstalten in Telemedienkonzepten zwar die inhaltliche Ausrichtung ihrer – unter anderem – nichtsendungsbezogenen Telemedien (§ 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 RStV), indem sie Zielgruppe, Inhalt, Ausrichtung und Verweildauer der geplanten Angebote näher beschreiben. Dabei müssen diese Konzepte – nach der Begründung zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag – genauer als die gesetzliche Ermächtigung sein und können ein einziges oder eine Vielzahl von Angeboten umfassen. Aus dem Text muss sich ablesen lassen, wer angesprochen werden soll, was vorrangig angeboten wird und wie das Angebot sich ausrichtet, ob es sich zum Beispiel um informative, unterhaltende, bildende oder kulturelle Inhalte handelt (vgl. Begründung zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, Landtag von Baden-Württemberg, Drucks. 14/3859, S. 49). Danach ist in einem Telemedienkonzept zwar die inhaltliche Ausrichtung des Angebots näher zu beschreiben, um damit einen gegenüber der gesetzlichen Ermächtigung höheren Grad an Konkretisierung zu erreichen; ein Telemedienkonzept soll und kann durch eine solche Beschreibung jedoch nicht die konkrete Umsetzung eines geplanten Angebots zu einem bestimmten Zeitpunkt in allen Einzelheiten im Vorhinein festlegen. 52
- 48** Auch die Beschreibung des Angebots „tagesschau.de“ auf den Seiten 42 bis 48 des Telemedienkonzepts des Beklagten zu 2 bildet zwangsläufig nur einen Rahmen für konkrete Umsetzungen des Konzepts. So heißt es in den vom Berufungsgericht herangezogenen Auszügen aus dieser Beschreibung, „tagesschau.de“ informiere den Nutzer über aktuelle politische, wirtschaftliche, kulturelle und gesellschaftliche Ereignisse und biete erläuternde und informierende Hintergrundberichte; die Beiträge würden als Audio oder Video und in Manuskriptform angeboten und um originäre aktuelle Textmeldungen und vertiefende Inhalte wie Interviews, Hintergründe und Analysen, Fotos oder (interaktive) Grafiken ergänzt. Diese allgemeine Beschreibung der inhaltlichen Ausrichtung des Konzepts lässt weiten Raum für konkrete Umsetzungen und ist nicht geeignet, die Übereinstimmung von im Online-Portal zur Umsetzung dieses Konzepts eingestellten konkreten Angeboten mit den Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages zu gewährleisten. 53
- (2) Aufgrund einer Legalisierungswirkung der Freigabe des Telemedienkonzepts „tagesschau.de“ steht entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht mit bindender Wirkung für das vorliegende Verfahren fest, dass ein in Umsetzung dieses Konzepts im Online-Portal „tagesschau.de“ eingestelltes Angebot und insbesondere das hier in Rede stehende Angebot vom 15. Juni 2011 nicht presseähnlich ist.
- In Telemedienkonzepten für nichtsendungsbezogene Telemedien (§ 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 RStV) ist die inhaltliche Ausrichtung des Telemedienangebots zwar im Hinblick darauf gemäß § 11 f Abs. 1 RStV zu konkretisieren, dass nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote nach § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV nicht zulässig sind. Auch insoweit kann ein Telemedienkonzept jedoch zwangsläufig nur gewisse Leitlinien für die Gestaltung des Angebots aufstellen und nicht gewährleisten, dass eine konkrete Umsetzung des Konzepts, die sich im Rahmen dieser Leitlinien hält, nicht gegen das Verbot nichtsendungsbezogener presseähnlicher Angebote verstößt. Deshalb kann eine Billigung dieses Konzepts durch die Rechtsaufsichtsbehörde, selbst wenn sie bindende Wirkung hätte, nicht dazu führen, dass konkrete Angebote nicht als presseähnlich anzusehen sind.
- Das gilt auch für das hier in Rede stehende Telemedienkonzept, in dem auf Seite 24 ausgeführt ist, weshalb die Angebote im Online-Portal der ARD – und damit auch das Telemedienangebot „tagesschau.de“ – nicht presseähnlich seien. In dieser – vom Berufungsgericht zitierten – Beschreibung des Online-Portals heißt es, die ARD nutze alle medientypischen Gestaltungselemente und technischen Anwendungen wie Bewegtbilder, Audios, interaktive Module (inkl. Personalisierung), Hypertextstrukturen (Links), verschiedene Formen von Bild-, Text- und Tonkombinationen und gestaffelten Angebotstiefen; außerdem seien die Telemedien der ARD in hohem Maße dynamisch, das heiße die Inhalte würden teilweise in einem sehr kurzen Rhythmus aktualisiert, der sich allein an der aktuellen Entwicklung des Berichtsgegenstands orientiere. Allein die Verwendung medientypischer Gestaltungselemente und technischer Anwendungen sowie die hohe Dynamik eines Telemediums gewährleisten nicht, dass ein konkretes Angebot nicht presseähnlich ist.
- (3) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts folgt eine Legalisierungswirkung der Freigabe des Telemedienkonzepts für das hier in Rede stehende konkrete Angebot vom 15. Juni 2011 nicht daraus, dass im Telemedienkonzept kein geplantes, sondern ein bestehendes Angebot beschrieben worden ist und sich das von den Klägerinnen beanstandete Angebot vom 15. Juni 2011 nicht von dem im Telemedienkonzept beschriebenen Angebot unterscheidet.
- Allerdings ist im Telemedienkonzept „tagesschau.de“ kein geplantes Angebot, sondern ein bestehendes Angebot beschrieben. Die Bestimmungen der §§ 11 d, 11 f RStV gelten zwar unmittelbar nur für geplante Angebote (vgl. § 11 f Abs. 1 RStV). Sie sind nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 und 3 RÄStV jedoch entsprechend auf alle bestehenden Angebote anwendbar, die über den 31. Mai 2009 hinaus fortgeführt werden. Für diesen Bestand war nach Art. 7 Abs. 1 S. 4 RÄStV das Verfahren entsprechend § 11 f RStV bis zum 31. August 2010 abzuschließen. Bei dem von der Beklagten zu 1 seit dem Jahr 1996 betriebenen und von dem Beklagten zu 2 betreuten Online-Portal „tagesschau.de“ handelte es sich um ein bestehendes Angebot, das über den 31. Mai 2009 fortgeführt wurde, und dessen inhaltliche Ausrichtung deshalb entsprechend § 11 f Abs. 1 RStV in einem Telemedienkonzept zu konkretisieren war.
- Das bedeutet jedoch nicht, dass das bestehende Angebot in seiner konkreten Gestalt zum Inhalt des Telemedienkonzepts wurde. Durch die von § 11 f Abs. 1 RStV geforderte nähere Beschrei-

bung der inhaltlichen Ausrichtung des Angebots in einem Telemedienkonzept soll lediglich ein gegenüber der gesetzlichen Ermächtigung höherer Grad an Konkretisierung erzielt werden; dagegen soll und kann durch eine solche Beschreibung nicht ein konkretes Angebot in allen Einzelheiten für die Zukunft festgeschrieben werden (vgl. oben Rn. 47). Deshalb ändert der Umstand, dass sich die Beschreibung der inhaltlichen Ausrichtung des fortzuführenden Angebots im Telemedienkonzept „tagesschau.de“ an dem bestehenden Angebot in seiner konkreten Erscheinungsform orientiert, nichts daran, dass sich das Telemedienkonzept nicht auf dieses konkrete Angebot beschränkt, sondern davon unter Berücksichtigung der Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages abstrahiert. Dementsprechend kann die Freigabe des Telemedienkonzepts für ein bestehendes Angebot ebenso wie die für ein geplantes Angebot eine Tatbestandswirkung nur für das von konkreten Angeboten abstrahierende Konzept entfalten und kein konkretes Angebot legitimieren.

55 3. Soweit das Berufungsgericht den in der Berufungsinstanz als ersten Hilfsantrag gestellten Unterlassungsantrag abgewiesen hat, stellt sich das Berufungsurteil auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob es sich bei dem in § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV niedergelegten Verbot nichtsendungsbezogener presseähnlicher Angebote um eine gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG handelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Diese Frage ist zu bejahen.

56 a) Eine gesetzliche Vorschrift ist im Hinblick auf den Zweck des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, die Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen zu schützen (§ 1 S. 1 UWG), nur dann eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG, wenn sie eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion hat. Daran fehlt es, wenn eine Vorschrift lediglich bestimmte Unternehmen von bestimmten Märkten fernhalten oder die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs festlegen soll (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 2. Dezember 2009 – I ZR 152/07, GRUR 2010, 654 Rn. 23 = WRP 2010, 876 – Zweckbetrieb, mwN).

57 b) Nach diesen Maßstäben handelt es sich bei § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV um eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG (Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 4 UWG Rn. 11.49; Peters, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote, 2010, Rn. 335; Degenhart, AfP 2014, 107; Hartl/Wagner, jurisPR-ITR 6/2914 Anm. 5; aA Eifert in Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl., § 11 f RStV Rn. 197; Hain/Brings, WRP 2012, 1495, 1497 f.; Peifer, GRUR-Prax 2012, 521, 523; ders., GRUR-Prax 2014, 44).

58 Der Wortlaut und die Systematik des § 11 d RStV könnten allerdings – wie das Berufungsgericht angenommen hat – dafür sprechen, dass es sich bei § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV um eine Regelung handelt, die lediglich bestimmte Unternehmen von bestimmten Märkten fernhalten soll. Gemäß § 11 d Abs. 1 RStV bieten die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio Telemedien an, die journalistisch-redaktionell veranstaltet und journalistisch-redaktionell gestaltet sind. Dieser Auftrag umfasst nach § 11 d Abs. 2 S. 1 RStV das – inhaltlich und zeitlich näher bezeichnete – Angebot von Sendungen auf Abruf, von sendungsbezogenen und nichtsendungsbezogenen Telemedien sowie von Archiven. Diese Bestimmungen öffnen den genannten Rundfunkanstalten den Zutritt zum Markt der Telemedien. Vor diesem Hintergrund könnte die Vorschrift des § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV, wonach nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote nicht zulässig sind, als eine Regelung verstanden wer-

den, die den genannten Rundfunkanstalten den an sich eröffneten Zutritt zum Markt der Telemedien verschließen soll, soweit nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote betroffen sind.

Bei dieser Bestimmung handelt es sich aber jedenfalls nicht um eine reine Marktzutrittsregelung, sondern zumindest auch um eine Marktverhaltensregelung. Sie hat den Zweck, die Betätigung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten auf dem Markt der Telemedien zum Schutz von Presseverlagen zu begrenzen. Sie ist damit dem für den Staat bestehenden Gebot vergleichbar, sich nur in engen Grenzen auf dem Gebiet der Presse zu betätigen, bei dem es sich gleichfalls um eine Marktverhaltensregelung handelt, die (auch) dem Schutz von Presseunternehmen dient (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2011 – I ZR 129/10, GRUR 2012, 728 Rn. 11 = WRP 2012, 935 – Einkauf Aktuell). Die Bestimmung des § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV regelt, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, wenn sie in den ihnen eröffneten Wettbewerb auf dem Markt der Telemedien eintreten, auf nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote verzichten müssen. Sie bestimmt das Verhalten auf dem Markt der Telemedien, ohne den Zugang zu diesem Markt zu verschließen. Sie ist den Regelungen vergleichbar, die beispielsweise Werbung und Sponsoring (§ 11 d Abs. 5 S. 1 RStV) oder bestimmte Angebotsformen (§ 11 d Abs. 5 S. 4 RStV in Verbindung mit der Anlage zum Staatsvertrag) bei Telemedienangeboten verbieten, und bei denen es sich ebenfalls um Marktverhaltensregelungen handelt (Peters, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote, 2010, Rn. 306).

C. Danach ist die Revision der Klägerinnen gegen das Berufungsurteil hinsichtlich der Beklagten zu 1 mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass auf die Berufung der Beklagten zu 1 das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage gegen die Beklagte zu 1 als unzulässig abgewiesen wird. Auf die Revision der Klägerinnen ist das Berufungsurteil hinsichtlich des Beklagten zu 2 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als die Klage mit den Hilfsanträgen zum Unterlassungsantrag abgewiesen worden ist. Dies gilt auch hinsichtlich des in der Berufungsinstanz als zweiten Hilfsantrags verfolgten Klageantrags, weil über diesen in der Sache erst entschieden werden darf, wenn feststeht, dass der erste Hilfsantrag unbegründet ist. Im Umfang der Aufhebung ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat kann insoweit in der Sache nicht selbst entscheiden, da sie nach den bislang getroffenen Feststellungen nicht zur Endentscheidung reif ist. Das Berufungsgericht hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – bislang keine Feststellungen zu der Frage getroffen, ob es sich bei dem Angebot des Beklagten zu 2 vom 15. Juni 2011 um ein nach § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV unzulässiges, nichtsendungsbezogenes presseähnliches Angebot gehandelt hat. Dazu weist der Senat auf Folgendes hin:

I. Unter einem Angebot im Sinne von § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV, dessen Presseähnlichkeit zu beurteilen ist, ist grundsätzlich das gesamte Telemedienangebot zu verstehen, das auf einem entsprechenden Telemedienkonzept beruht. Das ergibt sich bereits daraus, dass der Begriff des Telemedienangebots auch in den übrigen Bestimmungen der §§ 11 f, 11d RStV in diesem umfassenden Sinne verwendet wird. Es kommt dagegen nicht darauf an, ob einzelne Beiträge innerhalb dieses Angebots für sich genommen als presseähnlich einzustufen sind (vgl. Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, 43. AL Mai 2010, § 11 d RStV Rn. 15; Hain, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV,

2009, S. 106; Peters, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote, 2010, Rn. 305; Schmidtmann, ZUM 2011, 526, 539; Hain/Brings, WRP 2012, 1495, 1499; Fiedler, K&R 2012, 795, 797; vgl. auch Held in Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl., § 11 d RStV Rn. 70; Nawrath, MMR 2011, 79, 82).

62 II. Presseähnliche Angebote sind gemäß § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV lediglich in nichtsendungsbezogenen Telemedien unzulässig. Besteht ein Telemedienangebot – wie das hier in Rede stehende Telemedienangebot „tagesschau.de“ – sowohl aus nichtsendungsbezogenen als auch aus sendungsbezogenen Inhalten, ist bei der Prüfung der Presseähnlichkeit allein auf die Gesamtheit der nichtsendungsbezogenen Beiträge abzustellen (Hain/Brings, WRP 2012, 1495, 1499). Im Streitfall ist daher zu prüfen, ob das über die „Tagesschau-App“ am 15. Juni 2011 abrufbar gewesene Angebot des Online-Portals „tagesschau.de“ in der Gesamtheit seiner nichtsendungsbezogenen Beiträge als presseähnlich anzusehen ist. Da bei sendungsbezogenen Telemedien der zeitliche und inhaltliche Bezug zu einer bestimmten Sendung nach § 11 d Abs. 3 S. 2 RStV im jeweiligen Telemedienangebot ausgewiesen werden muss, dürfte es unschwer möglich sein, die nichtsendungsbezogenen Beiträge, bei denen ein solcher Ausweis fehlt, zu ermitteln und einer solchen Prüfung zu unterziehen.

63 III. Nach der in § 2 Abs. 2 Nr. 20 RStV niedergelegten Legaldefinition sind unter einem presseähnlichen Angebot nicht nur elektronische Ausgaben von Printmedien, sondern alle journalistisch-redaktionellen Angebote, die nach Gestaltung und Inhalt Zeitungen oder Zeitschriften entsprechen, zu verstehen.

64 Zur Beurteilung der Presseähnlichkeit eines Telemedienangebots ist dieses danach mit Zeitungen und Zeitschriften zu vergleichen. Für diesen Vergleich ist auf gedruckte Ausgaben von Zeitungen und Zeitschriften abzustellen. Das ergibt sich bereits daraus, dass elektronische Ausgaben von Printmedien – und damit auch elektronische Ausgaben von gedruckten Zeitungen und Zeitschriften – nach der Legaldefinition ohne Weiteres als presseähnliche Angebote anzusehen sind. Auf das Internetangebot von Presseverlagen kommt es für den Vergleich dagegen nicht an (Schulz in Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl., § 2 RStV Rn. 173; Hain, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, 2009, S. 106; Peters, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote, 2010, Rn. 304; Schmidtmann, ZUM 2011, 526, 539; Hain/Brings, WRP 2012, 1495, 1499).

65 Bei dem Vergleich ist auf die Gestaltung und den Inhalt von Zeitungen und Zeitschriften abzustellen. Für Zeitungen und Zeitschriften ist es charakteristisch, dass sie vor allem Texte und daneben (unbewegte) Bilder enthalten. Steht der Text deutlich im Vordergrund, deutet dies daher auf die Presseähnlichkeit eines Angebots hin (Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, 43. AL Mai 2010, § 11 d RStV Rn. 15; Hain, Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, 2009, S. 107; Peters, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote, 2010, Rn. 306; Schmidtmann, ZUM 2011, 526, 539 f.; Nawrath, MMR 2011, 79, 80 f.). Dafür spricht auch die Begründung zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag. Danach soll das Verbot presseähnlicher Angebote der Tendenz begegnen, dass von Rundfunkanstalten angebotene nichtsendungsbezogene Telemedien den inhaltlichen und gestalterischen Schwerpunkt in Texten setzen; ein solcher Schwerpunkt könne vermieden werden, wenn öffentlich-rechtliche nichtsendungsbezogene Telemedienangebote ihren Schwerpunkt in einer hörfunk- oder fernsehähnlichen Gestaltung oder einer entsprechenden Kombination hätten (vgl. Begründung zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, Landtag von Baden-Württemberg, Drucks. 14/3859, S. 47).

Ein Telemedienangebot ist – entgegen der Auffassung des Landgerichts – nicht deshalb presseähnlich, weil es aus Sicht des Nutzers aufgrund der Dichte und Breite der dargebotenen Information geeignet ist, als „Presseersatz“ zu dienen. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten können sich auf die gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verfassungsrechtlich geschützte Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk berufen. Diese umfasst neue Dienste mittels neuer Techniken, die künftig Funktionen des herkömmlichen Rundfunks übernehmen können (vgl. BVerfG, Urteil vom 5. Februar 1991 – 1 BvF 1/85, 1 BvF 1/88, BVerfGE 83, 238, 302). Den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten kann es daher durch § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV grundsätzlich nicht verwehrt sein, in dem von ihrem Programm-auftrag umfassten nichtsendungsbezogenen Telemedienangebot ausführlich und umfassend über sämtliche Themen zu berichten, die auch Gegenstand der Berichterstattung in Zeitungen und Zeitschriften sind. Die Eröffnung der Möglichkeit zu einer solchen Berichterstattung für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch § 11 d Abs. 1 und 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 1 RStV beeinträchtigt allerdings die wirtschaftlichen Interessen der Presseverlage. Sie berührt damit die nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gleichfalls verfassungsrechtlich geschützte Pressefreiheit. Diese hat auch eine objektiv-rechtliche Seite und garantiert das Institut „Freie Presse“. Der Staat ist verpflichtet, in seiner Rechtsordnung überall, wo der Geltungsbereich einer Norm die Presse berührt, dem Postulat ihrer Freiheit Rechnung zu tragen (BVerfG, Teilurteil vom 5. August 1966, 1 BvR 586/62, 610/63, 212/64, BVerfGE 20, 162, 175 f.). Dem ist indessen dadurch genügt, dass journalistisch-redaktionelle Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in nichtsendungsbezogenen Telemedien nach § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teilsatz 3 RStV nicht durch „stehende“ Texte und Bilder geprägt sein dürfen, sondern ihren Schwerpunkt in einer hörfunk- oder fernsehähnlichen Gestaltung oder einer entsprechenden Kombination haben müssen.

KOMMENTAR

Der Streit um die „Tagesschau-App“ berührt jenseits seiner medienpolitischen Bedeutung auch mehrere rechtliche Grundsatzfragen. Die Bedeutung dieser Entscheidung geht insofern weit über den konkreten Fall hinaus.

I. Rechtsnatur der ARD und die Kooperation der Rundfunkanstalten

Relevant für den Rechtsverkehr der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind zunächst die Ausführungen zur Rechts- und Beklagtenfähigkeit der ARD. Die Entscheidung berührt Fragen, die sich im Umfeld des öffentlich-rechtlichen Rundfunks fast täglich stellen: Kann die ARD als solche Verträge schließen? Wie wird sie im Außenverhältnis vertreten? Sind ARD-interne Kooperationen am Kartellverbot des § 1 GWB zu messen? Die vorliegende Entscheidung ist nicht das erste Gerichtsurteil, das sich dem Problem widmet, aber doch dasjenige mit dem bisher größten Detaillierungsgrad.

Festzuhalten ist zunächst, dass der BGH den Zusammenschluss der ARD-Rundfunkanstalten dem *öffentlichen* Recht zuordnet. Dies war in Literatur und Rechtsprechung bisher durchaus um-

stritten; der BGH selbst zitiert in Rn. 22 des Urteils verschiedene Oberlandesgerichte, die auf das Innenverhältnis der ARD die Grundsätze des GbR-Rechts anwenden wollten. Der BGH geht, auch wenn er diese Rechtsprechungslinie nicht ausdrücklich verwirft, einen grundlegend anderen Weg: Die ARD sei keine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sondern eine „nicht rechtsfähige öffentlich-rechtliche Gemeinschaftsform“ (Rn. 18). Ohne sich endgültig festzulegen, tendiert der BGH dazu, die ARD als öffentlich-rechtliche *Verwaltungsgemeinschaft* einzustufen (Rn. 21). Dieser Begriff wiederum steht in der Verwaltungspraxis für eine verstetigte, aber typischerweise nicht rechtsfähige Form der Zusammenarbeit von Hoheitsträgern bei der gemeinsamen Erfüllung von öffentlichen Aufgaben. Meist geht es um Gemeinden (vgl. z. B. § 33 HessKGG).

- 4** Die Zuordnung der ARD-Organisationsform zum öffentlichen Recht begründet der BGH zutreffend damit, dass sich die in der ARD übernommenen Aufgaben aus dem RStV und damit aus dem öffentlichen Recht ergeben. Auch deren „Hochzonung“ auf die ARD-Ebene wurde in öffentlich-rechtlicher Form geregelt, nämlich in der ARD-Satzung und diversen Rundfunkgesetzen (Rn. 20 des Urteils). In der ARD-Satzung ist nicht nur die Aufgabenzuweisung an die ARD geregelt, sondern auch ihre innere Organisation und die Vertretung nach außen (§ 3 ARD-Satzung). Inhaltlich stützt sich die ARD-Satzung auf das Recht zur Selbstverwaltung, das allen ARD-Rundfunkanstalten gesetzlich zugeschrieben ist (z. B. § 1 Abs. 1 S. 2 WDRG). In vielen Rundfunkgesetzen ist zudem geregelt, dass die jeweiligen Rundfunkanstalten im Rahmen der ARD zusammenarbeiten sollen (z. B. § 3 Abs. 2 S. 1 WDR-G, § 1 ARD-StV).
- 5** Wenn man nun dem BGH dahingehend folgt, dass die Rechtsform und die Aufgabenverteilung der ARD (1.) primär öffentlich-rechtlich zu beurteilen und (2.) den Rundfunkanstalten zur genaueren Ausgestaltung in Satzungsform überlassen sind, so bedeutet dies Rechtssicherheit für die ARD und für deren satzungsförmige Ausgestaltung. Ein Recht der ARD-Rundfunkanstalten zur Kooperation untereinander war zuletzt unter Verweis auf § 1 GWB bestritten worden, u. a. in Bezug auf eine in diesem Aspekt leider zu ungenau formulierte andere Entscheidung des BGH (BGH, 16.06.2015 – KZR 83/13, WRP 2015, 1230 – *Einspeiseentgelte*). Die jetzige Entscheidung des BGH hält nun fest: Die ARD ist zwar nicht rechtsfähig, aber sie ist eben doch eine „Gemeinschaft“ (Rn. 21) mit dem Hauptzweck der „gemeinsamen Erfüllung der in § 2 der Satzung aufgezählten Aufgaben“ (Rn. 20). Dies wird vom BGH nicht beanstandet, sondern zutreffend dem gesetzlich und verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsrecht der Rundfunkanstalten zugeordnet und damit dem Zivil(prozess-)recht als Rechtsstatsache vorangestellt.

- 6** Für die Praxis lassen sich daraus mehrere Ergebnisse ableiten:

- Das Organisationsprinzip der ARD und damit die Befugnis der Rundfunkanstalten, bestimmte „Gemeinschaftssendungen, -einrichtungen und -aufgaben“ (sog. GSEA) gemeinsam zu erfüllen, wird vom BGH bestätigt. Zu den GSEA gehören beispielsweise das ARD-Hauptstadtstudio in Berlin oder das in München gelegene Institut für Rundfunktechnik (IRT). Auch die digitale Rundfunkverbreitung, die aus technischen Gründen in gemeinsamen Programmdatenströmen erfolgt (sog. Multiplexe), wird teils über GSEA organisiert (u. a. in einem gemeinsamen Play-Out-Center in Potsdam und den sog. ARD-Sternpunkten).
- Aus der Zusammenarbeit der ARD als Verwaltungsgemeinschaft ergibt sich aber nicht deren Rechts- oder Beklagtenfähigkeit. Jedenfalls im Außenverhältnis beurteilt sich die Rechtsfähigkeit der ARD nach *öffentlichen* Recht – mit der Folge, dass die ARD mangels ausdrücklicher Regelung als solche nicht rechtsfähig ist. Anderes gilt aber für ihre einzelnen Mitglieder (z. B. § 1 Abs. 1; § 25 Abs. 2 WDR-G). Hieran knüpft die Praxis an: In der ARD-Satzung ist geregelt,

dass bestimmte ARD-Mitglieder einander (und damit die ARD) rechtsgeschäftlich vertreten können. Entsprechende Funktionen haben insbesondere die jeweilige ARD-Vorsitzende und die einzelnen Rundfunkanstalten im Rahmen ihrer Federführungsaufgaben (§ 3 ARD-Satzung).

- Für Situationen, in denen betreffend einer ARD-Gemeinschaftsaufgabe ein passender *Beklagter* gesucht wird, bieten sich zwei Lösungen an: Entweder eine Orientierung daran, welche Rundfunkanstalt nach außen die Verantwortung übernommen hat (dies ist bei Telemedienangeboten z. B. im Impressum nachzulesen), oder eine Klage gegen alle verantwortlichen Rundfunkanstalten gemeinsam. Für das Verlangen nach Gegendarstellungen gilt gem. § 8 ARD-StV eine Sonderregelung.

Der Vollständigkeit halber sei noch festgehalten, dass sich die vielfältigen und fast schon unüberschaubaren Kooperationsnetzwerke und -pflichten innerhalb des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht auf die ARD beschränken. Auch z. B. das ZDF nimmt viele ihm übertragene Aufgaben gemeinsam mit der ARD bzw. den einzelnen Rundfunkanstalten wahr (§ 3 S. 1 ZDF-StV sowie bereichsspezifisch z. B. § 11 b Abs. 4 RStV, § 10 Abs. 1 RBeitrStV). Das Deutschlandradio ist sogar eine *Körperschaft* öffentlichen Rechts, in der die ARD-Rundfunkanstalten und das ZDF jeweils Mitglieder sind (§ 1 Abs. 1 DLR-StV).

II. Überprüfbarkeit des Rundfunkauftrags durch Zivilgerichte

Eine zweite wichtige Folge der BGH-Entscheidung ergibt sich aus der Annahme, § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teils. 3 RStV sei als Marktverhaltensregelung gem. § 4 Nr. 11 UWG einer wettbewerbsrechtlichen Kontrolle durch Zivilgerichte zugänglich.

Dies bedeutet in gewisser Hinsicht einen Paradigmenwechsel: Für Normen des Rundfunkauftrags galt bisher, dass diese als nicht-drittschützende öffentlich-rechtliche Normen dem Individualrechtsschutz nicht zugänglich sind (allgemein OVG Münster, 07.10.2003 – 8 A 90/03, NJW 2004, 625; zu § 11 d RStV *Held*, in: *Hahn/Vesting*, RStV, 3. Aufl. 2012, § 11 d Rn. 148; zur früheren wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung vgl. nur *Wille/Schneider-Freyermuth* ZUM 1999, 713, 717 ff.). Indem der BGH nun das Verbot des Angebots „presseähnlicher“ Angebote als Marktverhaltensregelung interpretiert, ermöglicht er erstmals Individualrechtsschutz im Bereich des Rundfunkauftrags – und zwar durch Zivilgerichte. Zukünftig können somit Personen und Institutionen, die für Klagen nach dem UWG aktiv legitimiert sind, gegen tatsächliche oder vermeintliche Verletzungen des *Rundfunkauftrags* jedenfalls insoweit klagen, als den Auftragsbestimmungen in der Diktion des BGH wettbewerbsschützende Wirkung kommt.

Für welche Teilbereiche des Rundfunkauftrags dies zutrifft, wird erst die Zukunft zeigen. Der BGH differenziert jedenfalls zwischen Marktverhaltensregelung und Normen, die „lediglich bestimmte Unternehmen von bestimmten Märkten fernhalten oder die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs festlegen“ (Rn. 56). Zu den Marktverhaltensregelungen zählt der BGH offenbar solche Normen des Rundfunkauftrags, die speziell zum Schutz von Unternehmen ergangen sind, die als Wettbewerber auf dem betroffenen Markt aktiv sind (Rn. 59). Dies lässt Fragen offen. Festzuhalten ist aber, dass der BGH jedenfalls für zwei weitere Normen die wettbewerbsrechtliche Justizierbarkeit klar bejaht (Rn. 59):

- Für § 11 d Abs. 5 S. 1 RStV, dem spezifischen Werbefinanzierungsverbot für öffentlich-rechtliche Telemedienangebote und
- betreffend der sog. Negativliste, die in § 11 d Abs. 5 S. 4 RStV i. V. m. dessen Anlage geregelt ist.

- 11** Es ist nicht auszuschließen, dass nun privatwirtschaftliche Marktteilnehmer – auch im Bereich des klassischen Rundfunks – wettbewerbsrechtliche Gerichtsverfahren starten werden, in denen es um die Grenzen der öffentlich-rechtlichen Auftragsbestimmungen geht. Anlass dafür bietet das Rundfunkrecht durchaus. Dass *Wettbewerbskammern* und -senate aber nun über die Einhaltung von Normen des Rundfunkauftrags entscheiden, lässt sich zu Recht kritisieren (*Peifer*, GRUR-Prax 2012, 521, 523).

III. Begrenzte Präjudizwirkung der verwaltungsrechtlichen Innenkontrolle?

- 12** Die dritte grundsätzliche Frage, die der BGH im Rahmen der Entscheidung behandelt, ist, inwieweit Verwaltungsakte, die ein spezifisches öffentlich-rechtliches Angebot genehmigen, für eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung „Tatbestandswirkung“ und damit *Präjudizwirkung* entfalten. Der BGH beläßt es hier bei der Feststellung, dass der genehmigende Verwaltungsakt zwar durchaus eine „Tatbestandswirkung“ entfaltet, allerdings nur in Bezug auf das „von den konkreten Angeboten abstrahierende Konzept“ (Rn. 54). Dies will der BGH aber auf den streitgegenständlichen Klageantrag nicht anwenden, da der genehmigende Verwaltungsakt in der konkreten Verfahrenssituation „kein konkretes Angebot“ legitimiere, sondern nur das Konzept als solches (Rn. 54).
- 13** Das OLG Köln muss somit nun prüfen, ob die streitgegenständliche Version der Tagesschau-App in concreto gegen das Verbot der Presseähnlichkeit verstößt. Inwieweit eine „Tatbestandswirkung“ des Verwaltungsakts dabei noch eine Rolle spielen wird, ist offen. Bei konsequenter Betrachtung der BGH-Entscheidungsgründe wäre wohl davon auszugehen, dass die Freigabe des *Konzeptes* bei der Prüfung der Zulässigkeit des *konkreten Angebotes* zumindest bei den Punkten zu berücksichtigen ist, bei denen die Konzeptfreigabe eine bestimmte Sach- oder Rechtsfrage bereits erfasst. Dies würde der typischen Herangehensweise an komplexe Verwaltungsentscheidungen entsprechen. Denn bei komplexen Beurteilungen und Abwägungsfragen nimmt die Rechtsprechung normalerweise eine Einschätzungsprärogative der Verwaltung an (statt vieler BVerwG, 25.09.2013 – 6 C 16.12, MMR 2014, 418, 420 f.; BGH, 25.10.2012 – I ZR 162/11, WRP 2013, 911). Der BGH jedenfalls vertieft die Frage, ob die Verwaltungsentscheidung im Rahmen des medienrechtlichen Dreistufen-Tests jedenfalls *begrenzte* Präjudizwirkung hat, nicht weiter.

IV. Auf dem Weg zu einem Medienkollisionsrecht?

- 14** Eher wenig befriedigend dürfte die BGH-Entscheidung aus Sicht derjenigen ausgefallen sein, die in § 11 d Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Teils. 3 RStV den Nukleus eines noch zu erschaffenden „Medienkollisionsrechts“ erblicken, d. h. einer „Ausgestaltung zweiter Ordnung, die den jeweiligen Optionsraum der unterschiedlich gewachsenen Ordnungen von Presse und Rundfunk (...) überhaupt erst festlegt“ (*Vesting*, Die Tagesschau-App und die Notwendigkeit der Schaffung eines „Intermedienkollisionsrechts“, Karlsruher Dialog zum Informationsrecht, Band 4, S. 14 m. w. N.; vgl. auch *Ladeur/Gostomzyk*, CR 2014, 28 f.).
- 15** In diesem Zusammenhang war noch die Theorie vertreten worden, es gehe beim hiesigen Streitfall um eine Kollision zwischen Presse- und Rundfunkfreiheit – in dem Sinn, dass die in beiden Grundrechten enthaltenen Institutsgarantien gegeneinander abzugrenzen seien (in diese Richtung *Vesting* a. a. O.). Diese These erörtert der BGH nicht weiter, sondern stellt lediglich fest, dass es zum Schutz der Institutsgarantie der freien Presse jedenfalls ausreiche, wenn dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk das Ange-

bot „stehender Texte“ untersagt sei (Rn. 66). Der BGH betont gleichzeitig aber auch die Bestands- und Entwicklungsgarantie des öffentlichen Rundfunks.

V. Wie geht es nun weiter?

Der BGH hat das Verfahren zur weiteren Bescheidung an das OLG Köln zurückverwiesen. Ob von diesem eine Entscheidung kommen wird, hängt primär davon ab, ob die Beteiligten in der Zwischenzeit eine Verhandlungslösung finden. Falls dies nicht der Fall ist, sind vom OLG Köln nunmehr weitere Ausführungen zum Begriff der „Presseähnlichkeit“ zu erwarten.

Der Fall bietet in diesem Punkt weiteren Streitstoff: Zum einen ist Tagesschau.de, anders als der BGH unterstellt (Rn. 62), vom NDR-Rundfunkrat insgesamt als *nicht-sendungsbezogenes Telemedienangebot* freigegeben worden (vgl. Beschluss des NDR-Rundfunkrats vom 25.06.2010, http://www.ndr.de/der_ndr/unternehmen/gremien/rundfunkrat120.pdf, S. 14 f.). Eine Abgrenzung von sendungsbezogenen und nicht-sendungsbezogenen Beiträgen dürfte deshalb schwierig werden. Zum anderen umschreibt die dem Klageantrag zugrundeliegende Beschreibung dieser Inhalte (Anlage K1) das streitgegenständliche Angebot gar nicht vollständig, sondern nur teilweise und nur in Papierform, ohne Wiedergabe der audiovisuellen Elemente (die Anlage K1 ist als Anhang zur Entscheidung des LG Köln über die NRWE-Entscheidungsdatenbank einsehbar). Es ist also die Frage, ob das OLG Köln für die Beurteilung, die der BGH nun verlangt, überhaupt über eine ausreichende Tatsachengrundlage verfügt.

RA Dr. Simon Assion, Frankfurt a. M.*

Markenrecht/Wettbewerbsrecht

Goldbären

MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 2 und 3; UWG § 4 Nr. 9 und 10

BGH, Urteil vom 23.09.2015 – I ZR 105/14

Vorinstanzen: OLG Köln, 11.04.2014 – 6 U 230/12; LG Köln, 18.12.2012 – 33 O 803/11

a) Eine Zeichenähnlichkeit zwischen einer Wortmarke (hier: Goldbären) und einer dreidimensionalen Gestaltung (hier: in Goldfolie eingewickelte Schokoladenfigur) ist nicht von vornherein ausgeschlossen. Sie kann sich aber weder in klanglicher noch in bildlicher Hinsicht ergeben; vielmehr kann eine Zeichenähnlichkeit nur aus einer Ähnlichkeit im Bedeutungsgehalt folgen.

b) Bei der Beurteilung der Frage der Zeichenähnlichkeit zwischen einer Wortmarke und einer dreidimensionalen Gestaltung darf nicht über die Ähnlichkeit im Sinngehalt ein Motivschutz begründet werden oder eine uferlose Ausweitung des Schutzbereichs der Wortmarke mit der Folge einer umfassenden Monopolisierung von Warengestaltungen vorgenommen werden.

c) Die begriffliche Ähnlichkeit zwischen einer Wortmarke und einer dreidimensionalen Gestaltung ist anzunehmen, wenn die Wortmarke aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise die naheliegende, ungezwungene und erschöpfende Bezeichnung der dreidimensionalen Gestal-

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1549.