
Datum: 29.04.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 91/13
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:0429.6U91.13.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 588/12
Normen: HWG § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 25. April 2013 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 O 588/12 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens und des Revisionsverfahrens trägt die Beklagte.

Dieses Urteil und das genannte Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit leistet. Die Höhe der Sicherheit beträgt für den Tenor zu I. des landgerichtlichen Urteils (Unterlassung) 10.000 EUR, ansonsten für den jeweiligen Vollstreckungsschuldner 110 % des aufgrund der Urteile zu vollstreckenden Betrages, für den Vollstreckungsgläubiger 110 % des zu vollstreckenden Betrages.

Die Revision wird nicht zugelassen.

I. 1

Die Parteien sind Anbieter augenärztlicher Leistungen. Der Kläger betreibt eine augenärztliche Praxis in F, die ihre Leistungen bundesweit anbietet, wobei die Patienten vor allem aus dem L/Cer Raum stammen. Er führt unter anderem Augenoperationen durch, zum einen ambulant, zum anderen aber auch stationär in seiner Augenbelegabteilung. 2

Die Beklagte betreibt in C-C2 eine Augenklinik. Betreiberin der Klinik war zunächst die Augenklinik E GmbH. Im Frühjahr 2012 nahm diese einen Rechtsformwechsel in eine AG vor. Im Herbst 2012 fand eine Verschmelzung der Augenklinik E AG als übernehmender Rechtsträger mit der österreichischen W AG statt, aus der die Beklagte hervorging. Im Zuge der Verschmelzung nahm die Gesellschaft die Rechtsform der SE (Societas Europaea) an. 3

Die Augenklinik E GmbH bot einen kostenlosen Fahrdienst für diejenigen Patienten an, die sich einer Augenoperation unterziehen. Dazu wurden die Patienten an bestimmten Sammelstellen abgeholt und nach der Operation nach Hause gefahren. Der Kläger ließ die Augenklinik E GmbH wegen des Angebots des Fahrdienstes mit Schreiben vom 15. 11. 2011 abmahnen. Auf Antrag des Klägers untersagte ihr das Landgericht Köln mit einstweiliger Verfügung vom 12. 12. 2011 das Angebot des kostenlosen Fahrdienstes. Widerspruch wurde zwar eingelegt, aber nicht begründet. Eine Aufforderung zur Abgabe einer Abschlusserklärung blieb erfolglos. 4

Der Kläger hat behauptet, das Anbieten eines solchen Fahrdienstes sei nicht handelsüblich, die Unikliniken L, C und B böten einen solchen jedenfalls nicht an. 5

Der Kläger hat beantragt, 6

a) die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, 7

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Patienten, die zur Diagnostik oder zur Operation die Augenklinik der Beklagten in C2 aufsuchen müssen, ohne Berechnung von Kosten einen Fahrdienst anzubieten und/oder zur Verfügung zu stellen, bei dem Patienten abgeholt und zur Augenklinik der Beklagten gebracht werden sowie nach der Behandlung wieder nach Hause zurückgebracht werden. 8

b) an ihn 1.641,96 EUR Abmahnkosten nebst Zinsen zu zahlen. 9

Die Beklagte hat beantragt, 10

die Klage abzuweisen. 11

Die Beklagte hat vertreten, bei dem Fahrdienst handele es sich um eine handelsübliche und angemessene Nebenleistung im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 3 HWG; zum Beleg hat sie eine Reihe von Internetausdrucken vorgelegt (Anlagen B1 - B27, Bl. 57 ff. d. A.). Der kostenlose Fahrdienst sei sogar gesetzlich vorgesehen, wie § 1 Nr. 4 e FrStllgVO zeige, nach dem kostenlose Fahrten zu Kliniken von den Bestimmungen des PBefG freigestellt seien. Die Kosten, umgerechnet auf die einzelnen Patienten, seien geringer als diejenigen für eine entsprechende Fahrt mit öffentlichen Verkehrsmitteln. Das von dem Kläger erstrebte Verbot stelle einen unzulässigen Eingriff in Art. 12 GG dar, da das Angebot nicht einmal zu einer mittelbaren Gesundheitsgefährdung der angesprochenen Patienten führe. Schließlich fehle es infolge der gesellschaftsrechtlichen Veränderungen an einer Wiederholungsgefahr, da sie gegenüber der Augenklinik E GmbH eine neue Rechtspersönlichkeit sei. Hinsichtlich des Anspruchs auf Erstattung der Abmahnkosten hat die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben. 12

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt; lediglich hinsichtlich des geltend gemachten Kostenerstattungsanspruches hat es die Klage 13

abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Unterlassungsanspruch sei gemäß §§ 3, 4 Nr. 11, 8 UWG in Verbindung mit § 7 HWG begründet. Es liege eine produktbezogene Werbung und nicht eine allgemeine Imagewerbung vor, da zwischen den Parteien unstreitig sei, dass die Beklagte den Fahrdienst in Bezug auf konkrete Operationen anbiete und dieser sich daher auf bestimmte Leistungen beziehe. Es liege auch keine handelsübliche Nebenleistung zu den Leistungen der Beklagten vor. Die Beklagte habe zwar eine Reihe von Ausdrücken aus dem Internet vorgelegt, aus denen sich ergebe, dass in insgesamt 27 Fällen medizinische Einrichtungen kostenlose Fahrdienste anbieten würden. Zum einen handele es sich dabei um medizinische Einrichtungen der unterschiedlichsten Art; zum anderen folge angesichts der großen Zahl medizinischer Einrichtungen, dass selbst bundesweit 27 Angebote dieser Art nicht geeignet wären, die Handelsüblichkeit zu belegen. Die Werbebeschränkungen des HWG seien auch verfassungsrechtlich zulässig. Schließlich bestehe auch eine Wiederholungsgefahr, da im vorliegenden Fall durch die gesellschaftsrechtlichen Vorgänge auf Seiten der Beklagten keine Änderung im Bereich der Geschäftsleitung eingetreten sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Urteil des Landgerichts verwiesen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung verfolgt die Beklagte 14
weiter das Ziel der Klageabweisung. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihren
erstinstanzlichen Vortrag.

Die Beklagte beantragt, 15

das Urteil des Landgerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen, 16

hilfsweise, 17

den Rechtsstreit unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts an das Landgericht Köln 18
zurückzuverweisen.

Der Kläger beantragt, 19

die Berufung zurückzuweisen. 20

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil, soweit der Klage stattgegeben worden ist, 21
unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens.

Der Senat hat auf die Berufung der Beklagten das landgerichtliche Urteil teilweise abgeändert 22
und die Klage abgewiesen, da der vom Kläger gestellte Unterlassungsantrag auch zulässige
Verhaltensweisen umfasse (GRUR-RR 2014, 172 – Kostenlose Krankenfahrten). Auf die vom
Senat zugelassene Revision hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 12. 2. 2015 – I ZR
213/13 (GRUR 2015, 813 – Fahrdienst zur Augenklinik) das Urteil des Senats aufgehoben
und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an den Senat zurückverwiesen. Zur Begründung hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, nicht
jede Werbemaßnahme der Beklagten sei vom Tenor umfasst. Dieser setze voraus, dass die
Beklagte den kostenlosen Fahrdienst denjenigen Patienten anbiete und erbringe, die ihre
Augenklinik zur Diagnostik oder Operation aufsuchen. Aus der Sicht des angesprochenen
Verkehrs diene der Fahrdienst in erster Linie der Förderung des Absatzes der
Dienstleistungen der Beklagten, so dass der Anwendungsbereich des
Heilmittelwerbegesetzes eröffnet sei (a. a. O. Tz. 16). Der Bundesgerichtshof hat die Sache
an den Senat zurückverwiesen, da in dem Berufungsurteil keine Feststellungen dazu
getroffen worden seien, ob der beanstandete Fahrdienst der Beklagten eine (handelsübliche)

Nebenleistung im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Hs. 1 HWG darstelle (a. a. O. Tz. 24).

Die Akten des vorausgegangenen Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes LG Köln 31 O 588/12 haben dem Senat vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. 23

II. 24

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. Der Anspruch des Klägers folgt aus §§ 3 Abs. 1, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3a UWG n. F. i. V. m. § 7 Abs. 1 HWG. Durch die Neufassung des § 4 Nr. 11 UWG a. F. in § 3a UWG n. F. hat sich an der materiellen Rechtslage nichts geändert. 25

1. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist der Klageantrag – entgegen der ursprünglichen Annahme des Senats – nicht zu weit gefasst, da aus der Antragsformulierung folge, dass nur solche Angebote eines Fahrdienstes erfasst würden, die im Zusammenhang mit konkreten medizinischen Leistungen der Beklagten stehen würden (a. a. O. Tz. 16). Aus diesem Grund kann sich die Beklagte auch nicht auf das von ihr zitierte Urteil des OLG Rostock vom 14. 3. 2012 (2 U 22/10) stützen, da die dort zu beurteilende Werbung eine reine Unternehmenswerbung darstellte, mit der gerade keine bestimmten oder individualisierbaren Leistungen der dortigen Beklagten beworben würden (OLG Rostock a. a. O. juris Tz. 32 f.). 26

2. a) Nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs stellt § 7 Abs. 1 S. 1 HWG eine Marktverhaltensregelung im Sinne des – jetzt – § 3a UWG dar, die eine unionsrechtskonforme nationale Regelung in Bezug auf die Gesundheitsaspekte von Produkten darstelle, die gemäß Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2005/29/EG von dieser unberührt bleibe (a. a. O. Tz. 10 ff.). Der Bundesgerichtshof ist auch dem Argument der Beklagten, aus § 1 S. 1 Nr. 4 e der „Verordnung über die Befreiung bestimmter Beförderungsfälle von den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes (Freistellungs-Verordnung, FrStllgVO)“ folge, dass ihr Angebot zulässig sei, nicht gefolgt. Transferfahrten, die den Patienten zu Einlieferung in das Krankenhaus hin- oder nach erfolgter Entlastung zurück befördern, seien von dieser Freistellung regelmäßig nicht umfasst (a. a. O. Tz. 23). Ferner hat der Bundesgerichtshof angenommen, es liege bei dem Angebot des Fahrdienstes auch keine „geringwertige Kleinigkeit“ im Sinn von § 7 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 HWG vor (a. a. O. Tz. 20 f.). 27

Der Bundesgerichtshof ist auf das in der Berufungsbegründung breit ausgeführte Argument der Beklagten, bei dem Fahrdienst handele es sich nicht um eine „Nebenleistung“, sondern einen „untrennbaren Bestandteil“ der Hauptleistung Operation, nicht eingegangen, sondern hat den Fahrdienst ohne weiteres als eine „Nebenleistung“ angesehen. Dies ist auch sachlich gerechtfertigt: Es liegt lediglich dann keine „Zugabe“ vor, wenn es sich bei der Leistung lediglich um eine Verbesserung der Hauptleistung handelt. Die „Nebenleistung“ muss als solche von der Hauptleistung abtrennbar sein (Bülow/Ring, HWG, 4. Aufl. 2012, § 7 Rn. 101). Im vorliegenden Fall ist die „Hauptleistung“ jeweils die konkrete medizinische Behandlung oder Diagnose. Diese kann ohne weiteres ohne den Fahrdienst erbracht werden. Der Fahrdienst ist auch keine Leistung, die ausschließlich von der Beklagten erbracht werden könnte; jeder Taxiunternehmer oder Mietwagenunternehmer könnte sie ebenso gut erbringen. 28

Aus der von der Beklagten herangezogenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13. 6. 1996 (GRUR 1996, 789 – Laborbotendienst) folgt nichts anderes. Der Bundesgerichtshof hat dort ausgesprochen, dass das Angebot eines kostenlosen Botendienstes durch einen 29

Pathologen keinen Verstoß gegen § 18 der Berufsordnung für die nordrheinischen Ärzte (Verbot der Zuweisung gegen Entgelt) darstellt. Der Bundesgerichtshof hat dies damit begründet, dass aus Sicht des beauftragenden Arztes der auf jeden Fall erforderliche Versand des Untersuchungsmaterials einen Bestandteil des Auftrags bilde (a. a. O. S. 790). Darin unterscheidet sich der vom Bundesgerichtshof entschiedene Fall von dem hier vorliegenden: Aus Sicht des Patienten stellt die Anreise zur Klinik (die er, anders als pathologisches Untersuchungsmaterial, selber organisieren kann) keinen notwendigen und integralen Bestandteil der nachgefragten ärztlichen Leistung dar. Es stellt daher eine Überinterpretation des zitierten Urteils des Bundesgerichtshofs dar, wenn die Beklagte aus der Begründung, die dort im Rahmen der Prüfung des § 18 BOÄ gegeben worden ist, Maßstäbe für die Auslegung des Begriffes „Nebenleistung“ in § 7 Abs. 1 HWG herleiten möchte. Soweit die Beklagte darauf hinweist, 1996 habe noch ein anderes Verbraucherleitbild gegolten, so war das Verbraucherleitbild für die Prüfung eines Verstoßes gegen § 18 BOÄ auch 1996 irrelevant. Als Nebenleistungen im Sinn des § 7 Abs. 1 HWG werden daher auch Hol- und Bringdienste für Laborleistungen zugunsten von Ärzten angesehen (Bülow/Ring, HWG, 4. Aufl. 2012, § 7 Rn. 101).

b) Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs genügt auch die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Werbeadressaten, um von einer Werbegabe im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 1 HWG auszugehen. Die von der Beklagten vertretene Auffassung einer aus verfassungsrechtlichen Gründen gebotenen einschränkenden Auslegung, wonach zumindest die Gefahr einer mittelbaren Gesundheitsgefährdung gegeben sein müsse, hat der Bundesgerichtshof nicht geteilt. Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts könne nicht ausgeschlossen werden, dass ein Patient, der eine Diagnose oder eine operative Behandlung durch einen Augenarzt benötigt, durch das Angebot des Fahrdienstes der Beklagten veranlasst werde, gerade deswegen deren Dienste in Anspruch zu nehmen (a. a. O. Tz. 18). 30

Diese abstrakte Gefahr ist auch tatsächlich nicht von der Hand zu weisen. Für Patienten, die im weiteren Umland des Standorts der Beklagten leben, kann das Angebot eines kostenlosen Krankenfahrdienstes bei der Auswahl einer medizinischen Einrichtung von entscheidender Bedeutung sein. Zahlreiche augenärztliche diagnostische und therapeutische Maßnahmen beeinträchtigen die Fähigkeit, selber ein Fahrzeug im Straßenverkehr zu führen. Für einen Patienten mit einem Wohnort aus dem Umland, der nur schlecht über öffentliche Verkehrsmöglichkeiten an C angebunden ist, kann daher das Angebot des kostenlosen Fahrdienstes durch die Beklagte gegenüber vergleichbaren medizinischen Einrichtungen in C, die einen solchen Dienst nicht anbieten, von ausschlaggebender Bedeutung sein. Insoweit kann die vom Bundesgerichtshof offen gelassene Frage positiv beantwortet werden. 31

3. Der Bundesgerichtshof hat die Sache allein wegen der Frage, ob es sich bei dem Fahrdienst um eine „handelsübliche Nebenleistung“ im Sinn von § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Hs. 1 HWG handele, zurückverwiesen: Hierzu seien noch tatsächliche Feststellungen zu treffen (a. a. O. Tz. 24). Nach der Bestimmung gelte zwar insbesondere eine im Hinblick auf den Wert der Leistung angemessene teilweise oder vollständige Erstattung oder Übernahme von Fahrtkosten für Verkehrsmittel des öffentlichen Personennahverkehrs, die im Zusammenhang mit dem Besuch des Orts der Erbringung der Leistung aufgewendet werden, als handelsübliche Nebenleistung; unter diese Regelung falle aber das Angebot eines privaten Fahrdienstes nicht (a. a. O. Tz. 22). 32

Das Landgericht konnte auf der Grundlage des Vortrags der Beklagten nicht feststellen, dass es sich bei dem Angebot eines kostenlosen Fahrdienstes um eine „handelsübliche“ 33

Nebenleistung handelt. Die Berufung hat keine Umstände aufgezeigt, die konkrete Zweifel an dieser Feststellung gebieten. Vielmehr ist mit dem Landgericht davon auszugehen, dass es sich bei dem Angebot des Fahrdienstes nicht um eine „handelsübliche“ Leistung handelt. Zutreffend ist zwar, dass der Begriff der Handelsüblichkeit im Interesse notwendiger Weiterentwicklung nicht eine allgemeine tatsächliche Übung voraussetzt, so dass auch neue Erscheinungsformen – ungeachtet ihrer fehlenden Verbreitung – schon dann als handelsüblich angesehen werden können, wenn sie sich nach den Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise im Rahmen vernünftiger kaufmännischer Gepflogenheiten halten. Sie dürfen die Leistung aber nicht als eine Besonderheit ansehen, sondern sie muss ihren Erwartungen entsprechen. Eine Leistung, die von dem Werbenden gerade als eine Besonderheit seines Angebots herausgestellt wird, kann daher nicht als handelsüblich angesehen werden (BGH, GRUR 1991, 329 = WRP 1991, 225, 227 – Family-Karte; OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2013, 130 = WRP 2012, 816, 818 – Kostenloser Shuttleservice).

Die von der Beklagten vorgelegten Belege betreffen, worauf bereits das Landgericht hingewiesen hat, ein breites Spektrum medizinischer Einrichtungen. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Anlagen 6 und 14 das gleiche Angebot einer Drogen-Rehabilitationsklinik betreffen, so dass es sich nur um 26 verschiedene Angebote handelt. Das Angebot gemäß Anlage 10 ist nur „gegen Zuzahlung“ buchbar, also gerade kein kostenloser Fahrdienst. Die überwiegende Zahl der Angebote betrifft Rehabilitationskliniken (so Anlagen 2 bis 4, 9, möglicherweise 11, 15), Tagespflegeeinrichtungen (Anlagen 7, 8, und 18) oder Zahnärzte bzw. Dentallabore (Anlagen 20 bis 23). Jedenfalls bei Rehabilitationskliniken oder Tagespflegeeinrichtungen, deren Patienten typischerweise nur eingeschränkt mobil sind, ist ein solches Angebot anders zu beurteilen als bei einer Augenklinik. Andere Angebote stellen keinen Fahrdienst dar, wie ihn die Beklagte anbietet, sondern lediglich einen Shuttleservice zwischen verschiedenen Einrichtungen des gleichen Klinikums (Anlagen 7, 13 und 16) oder zwischen der Klinik und einem nahegelegenen Bahnhof (Anlage 24). Aus dem Bereich der Augenmedizin hat die Beklagte lediglich drei Angebote vorgelegt (Anlagen 1, 26 und 27), wobei Anlage 26 keinen Fahrdienst zurück zum Wohnort des Patienten, sondern lediglich einen Shuttleservice zwischen Augenarztpraxis und Augenklinik darstellt.

34

Aus diesen 26 Angeboten aus dem gesamten Bundesgebiet, von denen nur drei augenärztliche Leistungen betreffen, lässt sich nicht ableiten, dass die angesprochenen Verkehrskreise den Fahrdienst der Beklagten für eine zu erwartende Leistung halten, die sich im Rahmen üblicher kaufmännischer Gepflogenheiten hält. Dafür, dass der Fahrdienst für eine den Rahmen des üblichen übersteigende Besonderheit des Angebots der Beklagten angesehen wird, spricht auch seine Erwähnung in dem Presseartikel, den der Kläger im vorausgegangenen Verfügungsverfahren vorgelegt hat, und in dem der Fahrdienst besonders erwähnt wird. Er wird dort nicht nur bereits im Untertitel des Artikels („Shuttleservice zu Godesberger Klinik und zurück“ genannt, sondern im Text von einer Vertreterin des der Beklagten angeschlossenen „Augendiagnostik Centrum F“ als „besonderer Service“ hervorgehoben (Bl. 14 d. A. 31 O 736/11 LG Köln).

35

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 HWG als handelsüblich „insbesondere“ die teilweise oder vollständige Erstattung oder Übernahme von Fahrtkosten für Verkehrsmittel des öffentlichen Personennahverkehrs gilt. Es ist zwar zutreffend, dass aus der Formulierung „insbesondere“ folgt, dass die handelsübliche Zugabe nicht darauf beschränkt sein muss, sondern auch andere Leistungen möglich sind. Mit dem „Regelbeispiel“ der Fahrtkostenerstattung ist aber ein Wertmaßstab vorgegeben, an dem sich auch andere, dort nicht besonders aufgeführte Zugaben messen lassen müssen. In diesem

36

Zusammenhang ist für den Wert der Zugabe nicht der Aufwand der Beklagten entscheidend, sondern der Wert, den die Zugabe für den Patienten als den Adressaten der Werbung hat. Für den Patienten, dem jedenfalls die Rückfahrt zur eigenen Wohnung angeboten wird, stellt sich das Angebot der Beklagten so dar, dass er damit die Kosten einer – individuellen – Taxifahrt erspart (so zutreffend OLG Düsseldorf, WRP 2012, 816 = GRUR-RR 2013, 130, 131 – Shuttle-Service). Damit übersteigt der Wert des Fahrdienstes der Beklagten deutlich den der Fahrkostenerstattung für Fahrkarten des öffentlichen Personennahverkehrs, die in § 7 Abs. 1 Nr. 3 HWG beispielhaft genannt werden.

4. Schließlich ist auch, entgegen der Auffassung der Beklagten, die Wiederholungsgefahr nicht entfallen, weil die Augenklinik E GmbH mittlerweile mit der W AG verschmolzen worden ist. Dazu hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, der Formwechsel einer Gesellschaft nach §§ 190 ff. UmwG habe als solcher keine Auswirkungen auf das Fortbestehen einer in ihrer Person begründeten Wiederholungsgefahr, da er die Identität der Gesellschaft gemäß § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG unberührt lasse. Dasselbe gelte bei einer Verschmelzung durch Aufnahme nach §§ 2 Nr. 1, 4 ff. UmwG, wie sie im Streitfall im Sommer 2012 erfolgt sei, für das Fortbestehen einer in der Person des übernehmenden Rechtsträgers begründeten Wiederholungsgefahr. Dieser Rechtsträger bestehe im Gegensatz zum übertragenden Rechtsträger, der nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG mit der Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers kraft Gesetzes erlösche, identisch fort. 37

Zwar sind auf den hier in Rede stehenden Vorgang nicht die Bestimmungen des UmwG, sondern gemäß Art. 9 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (nachfolgend SE-VO) vorrangig die der SE-VO anwendbar, da aufnehmende Gesellschaft eine SE war. Aber auch bei Gründung einer SE durch Verschmelzung durch Aufnahme nach Art. 2 Abs. 1, 17 Abs. 1 S. 1 a SE-VO erlischt lediglich die übertragende Gesellschaft. Die aufnehmende Gesellschaft nimmt die Rechtsform der SE an, bleibt aber in ihrer Identität unberührt (Bayer in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 29 SE-VO Rn. 11; Schäfer, MünchKomm-AktG, 3. Aufl. 2012, VO (EG) 2157/2001 Art. 17 Rn. 4; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwandlungsG, 4. Aufl. 2006, Art. 17 SE-VO Rn. 5 ff.). 38

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 39

Für die erneute Zulassung der Revision besteht kein Anlass. Das Urteil betrifft im zweiten Berufungsrechtszug nur noch die tatrichterliche Würdigung des Einzelfalles. 40