

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 1. Halbjahr 2022

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

Dieser Beitrag fasst die im ersten Halbjahr 2022 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht zusammen.¹ Wegen des zum Teil längeren Zeitraums zwischen Absetzen und Veröffentlichung der Entscheidungen ist die Übersicht auf die bis zum 31. Juli 2022 veröffentlichten Entscheidungen begrenzt;² später veröffentlichte Entscheidungen werden in der nachfolgenden Rechtsprechungsübersicht berücksichtigt. Der Rechtsprechungsbericht zum Wettbewerbsrecht ist in dieser Übersicht auf das Lauterkeitsrecht beschränkt.

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

Bestimmungen des UWG beziehen sich, soweit nicht anders angegeben, auf die **bis zum 27. Mai 2022 geltende Fassung**.

-
- ¹ Frühere Berichtszeiträume sind abrufbar auf unserer Webseite („Aktuelles“) unter dem Menüpunkt „[Newsletter](#)“.
 - ² Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseite kostenlos im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

Wettbewerbs- und Kartellrecht

I. Lauterkeitsrecht

1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen
2. Per-se-Verbote („Schwarze Liste“)
3. Rechtsbruch
4. Mitbewerberschutz/Aggressive geschäftliche Handlungen
5. Irreführung (§§ 5, 5a UWG)
6. Vergleichende Werbung
7. Unzumutbare Belästigung
8. Rechtsfolgen
9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung;
Prozessuales
10. Sonstiges

II. Kartellrecht

1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen/Kartellverbot
(§ 1 bis § 3 GWB; Art. 101 AEUV)
2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung/sonstiges
wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (§ 18 bis § 21 GWB,
Art. 102 AEUV)
3. Zusammenschlusskontrolle
4. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung
5. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung;
Prozessuales
6. Sonstiges

I. Lauterkeitsrecht

1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

(entfällt)

2. Per-se-Verbote

(entfällt)

3. Rechtsbruch (§ 3a UWG, § 4 Nr. 11 UWG a.F.)

a) „Prozessvertretung durch Haftpflichtversicherer“ (§ 3a UWG; § 79 Abs. 2 ZPO)

In dem Urteil „Prozessvertretung durch Haftpflichtversicherer“³ bekräftigt der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung, dass die Bestimmung über die Vertretungsbefugnis im Parteiprozess in § 79 Abs. 2 ZPO eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG darstellt.

Der klagende Rechtsanwalt hatte das beklagte Versicherungsunternehmen wegen eines von diesem eingelegten Einspruchs gegen einen vom Kläger erwirkten Vollstreckungsbescheid auf Unterlassung in Anspruch genommen. § 79 Abs. 2 ZPO dient, wie der I. Zivilsenat ausführt, der Sicherstellung einer sachgerechten Vertretung der Partei im gerichtlichen Verfahren und ist daher geeignet, die Interessen der Verbraucher und der Mitbewerber spürbar zu beeinträchtigen.⁴ Die von der Beklagten für ihren Versicherungsnehmer vorgenommene Einlegung eines Einspruchs gegen den Vollstreckungsbescheid verstoße auch gegen § 79 Abs. 2 ZPO. Die Beklagte falle als Haftpflichtversicherer nicht unter den Wortlaut von § 79 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ZPO. Anders als vom Berufungsgericht angenommen, könne § 79 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ZPO über den Wortlaut nicht dahingehend erweitert werden, dass den dort aufgeführten Streitgenossen ein Versicherungsunternehmen gleichsteht, dem in dem durch den Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid eingeleiteten Rechtsstreit ein Recht zur Nebenintervention (§§ 66, 68 ZPO) zusteht. Für eine analoge Anwendung fehle es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke, im Übrigen aber auch an einer vergleichbaren Interessenlage.⁵ Auch die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit gebiete es nicht, der Beklagten eine Vertretungsbefugnis gemäß § 79 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ZPO zuzubilligen.⁶ Das

³ Urteil vom 10. März 2022 – [I ZR 70/21](#) – juris.

⁴ a.a.O. – juris, Rn. 11 unter Verweis auf Urteil vom 20. Januar 2011 – [I ZR 122/09](#) – Makler als Vertreter im Zwangsversteigerungsverfahren – juris, Rn. 17.

⁵ a.a.O. – juris, Rn. 20 f..

⁶ a.a.O. – juris, Rn. 30.

Berufungsurteil erweise sich auch nicht als im Ergebnis richtig, weil – wie von der Beklagten vorgebracht – § 79 Abs. 3 ZPO die Rechtsfolgen einer unzulässigen Vertretung abschließend regelt. Welche konkreten Auswirkungen eine nach § 79 Abs. 2 Satz 2 ZPO unzulässige Vertretung habe, betreffe ein grundlegend unterschiedliches Regelungsziel zu der lauterkeitsrechtlichen Behandlung der Verletzung von Marktverhaltensregelungen.⁷

b) „Grundpreisangabe im Internet“ (§ 3a UWG; § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV; § 5a UWG)

In der Rechtssache „Grundpreisangabe im Internet“⁸ befasst sich der Bundesgerichtshof mit der Informationspflicht aus § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV, wonach in unmittelbarer Nähe des Gesamtpreises auch der Grundpreis (Preis je Mengeneinheit einschließlich Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile) anzugeben ist. Der klagende Interessenverband von Online-Unternehmen hatte einen Online-Händler verklagt, es bei der Preisangabe für Kfz-Zubehör künftig zu unterlassen, nicht in unmittelbarer Nähe auch den Grundpreis anzugeben. Der Bundesgerichtshof sah diesen Unterlassungsantrag als hinreichend bestimmt an, da der Kläger insoweit zur Verdeutlichung seines Begehrens auf die beanstandeten Werbeanzeigen Bezug genommen habe.⁹ Im Übrigen folgte der Bundesgerichtshof nicht der Einschätzung des Berufungsgerichts, dass ein Verstoß gegen § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV nach Ablauf der sechsjährigen Übergangsfrist gemäß der Öffnungsklausel in Art. 3 Abs. 5 Satz 1 UGP-Richtlinie 2005/29/EG wettbewerbsrechtlich nicht mehr sanktioniert werden könne. Zwar falle das Gebot, den Grundpreis in unmittelbarer Nähe des Gesamtpreises anzugeben, in den durch die UGP-Richtlinie angeglichenen Bereich. Gemäß der Öffnungsklauseln in Art. 3 Abs. 5 Satz 1 der Richtlinie konnten Mitgliedsstaaten aber nur für einen Zeitraum von sechs Jahren ab dem 12. Juni 2007 (also bis 12. Juni 2013) nationale Vorschriften beibehalten, die restriktiver oder

⁷ a.a.O. – juris, Rn. 43.

⁸ Urteil vom 19. Mai 2022 – [I ZR 69/21](#) – juris.

⁹ a.a.O. – juris, Rn. 22

strenger waren als die Richtlinie und zur Umsetzung von Richtlinien erlassen worden sind, die Klauseln über eine Mindestangleichung enthalten. Hierzu führt der Bundesgerichtshof aus, § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV habe seine unionsrechtliche Grundlage in Art. 3 und Art. 4 der Richtlinie 98/6/EG über Preisangaben auf Verbraucherprodukten und damit nicht in einer Klausel über eine Mindestangleichung i.S.d. zitierten Öffnungsklausel der UGP-Richtlinie.¹⁰ Zudem sei das sich aus § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV ergebende Gebot, den Grundpreis in unmittelbarer Nähe des Gesamtpreises anzugeben, auch nicht restriktiver oder strenger als die Richtlinie 2005/29/EG. Eine entsprechende Verpflichtung sehe die UGP-Richtlinie in Art. 7 Abs. 1 und Abs. 5 vor. Insoweit bestehe keine Kollision mit der Richtlinie 98/6/EG; die Richtlinien ergänzten sich insoweit vielmehr.¹¹ Danach sei die vom Berufungsgericht noch als unbegründet erachtete Klage begründet. Der Unterlassungsanspruch ergebe sich zugleich aus § 5a Abs. 2 Satz 1 und Satz 4 UWG.¹² Bei einer Unlauterkeit, die sich gleichzeitig aus § 3a UWG und § 5a UWG wegen Verstoßes gegen Informationspflichten in Bezug auf kommerzielle Kommunikation ergebe, sei nunmehr allein § 5a Abs. 2 und Abs. 4 UWG anwendbar; insoweit verweist der Senat auf seine Entscheidung „Knuspermüsli II“ vom 07. April 2022.¹³

c) „Werbung für Fernbehandlung“ (§ 3a UWG; § 9 HWG)

Die Entscheidung „Werbung für Fernbehandlung“¹⁴ befasst sich mit der Werbung der Holding eines Krankenversicherers für einen „digitalen Arztbesuch“ per App. Gemäß § 9 Satz 1 HWG in alter und neuer Fassung ist eine Werbung für die Erkennung oder Behandlung von Krankheiten etc., die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen oder Tier beruht (Fernbehandlung), unzulässig. Die Unzulässigkeit der Werbung aus diesem Grund hatte das Berufungsgericht angenommen für das an die

¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 41 f.

¹¹ a.a.O. – juris, Rn. 49 f.

¹² a.a.O. – juris, Rn. 57.

¹³ a.a.O. – juris, Rn. 60 unter Verweis auf Urteil vom 07. April 2022 – [I ZR 143/19](#) – Knuspermüsli II – juris; dazu unten I. 5. dieses Newsletters.

¹⁴ Urteil vom 09. Dezember 2021 – [I ZR 146/20](#) – juris.

in Deutschland ansässigen Kunden der Krankenversicherung gerichtete Angebot, über eine Smartphone-App per Videoverbindung von in der Schweiz anhängigen Ärzten Diagnosen, Therapieempfehlungen und Krankschreibungen zu erhalten. Dem ist der Bundesgerichtshof im Ergebnis gefolgt.

Der Anwendung von § 9 HWG a.F. stehe kein zwingendes Unionsrecht entgegen. Der Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel (Richtlinie 2001/83/EG) enthalte keine Anforderungen an eine Werbung für eine umfassende, die Diagnose, Therapie und Krankschreibung einschließende ärztliche Fernbehandlung.¹⁵ Eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des Werbeverbots in § 9 HWG a.F. durch ein ungeschriebenes Merkmal der berufsrechtlichen Unzulässigkeit der Fernbehandlung komme nicht in Betracht. Das Werbeverbot diene dem Gesundheitsschutz unabhängig von der berufsrechtlichen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der beworbenen Fernbehandlung, weil die Werbung für sich genommen eine Gesundheitsgefahr begründen könne.¹⁶ Der Bundesgerichtshof hält es aus diesem Grund auch für unerheblich, dass nach dem Vorbringen der Beklagten die beworbene Fernbehandlung nach schweizerischem ärztlichen Berufsrecht zulässig sei.¹⁷ Die angegriffene Werbung verstoße außerdem – soweit es für den Unterlassungsanspruch auf die Beurteilung in der Revisionsinstanz ankomme – gegen § 9 HWG n.F.. Das Verbot der Werbung für Fernbehandlungen gilt nach § 9 Satz 2 HWG n.F. nicht für Fernbehandlungen, die unter Verwendung von Kommunikationsrechten erfolgen, wenn nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist. Der Begriff der allgemein anerkannten fachlichen Standards ist nach der Auslegung durch den Senat unter Rückgriff auf den entsprechenden Begriff des § 630a Abs. 2 BGB und die dazu mit Blick auf die vom Arzt zu erfüllenden Pflichten aus einem medizinischen Behandlungsvertrag

¹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 30 f..

¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 40 f..

¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 58.

entwickelten Grundsätze auszulegen. Die streitgegenständliche Werbung sei hingegen nicht auf Fernbehandlungen begrenzt, für die nach diesem Maßstab ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist.¹⁸

d) „Gewinnspielwerbung II“ (§ 3a UWG; §§ 1, 7 HWG; Art. 86 Gemeinschaftskodex)

Der Entscheidung „Gewinnspielwerbung II“¹⁹ liegt das Gewinnspiel einer in den Niederlanden ansässigen Versandapotheke zugrunde, bei dem als Hauptpreis ein Gutschein für ein Elektrofahrrad und als weitere Preise jeweils eine elektrische Zahnbürste ausgelobt wurden. Der I. Zivilsenat hatte durch Beschluss vom 20. Februar 2020²⁰ dem EuGH die Frage vorgelegt, ob Art. 87 Abs. 3 des Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (Richtlinie 2001/83/EG) auch auf ein Gewinnspiel Anwendung findet, wenn der ausgelobte Gewinn kein Arzneimittel, sondern ein anderer Gegenstand ist. Der EuGH hat allerdings mit Urteil vom 15. Juli 2021 in der Sache „DocMorris“²¹ entschieden, dass der Gemeinschaftskodex nicht auf eine nationale Regelung anwendbar ist, die es einer Versandapotheke verbietet, ein Gewinnspiel durchzuführen, bei dem die Teilnehmer Gegenstände des täglichen Gebrauchs, die keine Arzneimittel sind, gewinnen können. In dem hierauf ergehenden Urteil „Gewinnspielwerbung II“ schließt sich der I. Zivilsenat dieser Klärung durch den EuGH an und führt aus, dass eine Werbeaktion für ein gesamtes Sortiment verschreibungspflichtiger Arzneimittel, das von einer Apotheke angeboten wird, nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftskodexes fällt.²² Der Senat gibt allerdings nunmehr seine bisherige Rechtsprechung auf, wonach der Begriff „Werbung für Arzneimittel“ i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG mit dem Begriff der „Werbung für Arzneimittel“ i.S.v. Art. 86 Abs. 1 Gemeinschaftskodex übereinstimmt.²³ Im Rahmen

¹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 58 f..

¹⁹ Urteil vom 18. November 2021 – [I ZR 214/18](#) – juris.

²⁰ Beschluss vom 20. Februar 2020 – [I ZR 214/18](#) – Gewinnspielwerbung I – juris.

²¹ Urteil vom 15. Juli 2021 – C-190/20 – DocMorris – juris.

²² Beschluss vom 20. Februar 2020 – [I ZR 214/18](#) – a.a.O., - juris, Rn. 38.

²³ a.a.O. – juris, Rn. 39.

dieser eigenständigen Auslegung von § 1 HWG und unter Hinweis darauf, dass die Mitgliedsstaaten frei sind, über den Gemeinschaftskodex hinausgehende Verbote aufzustellen, solange sie die Grundfreiheiten nicht in unzulässiger Weise einschränken, hält der Senat an seiner Rechtsprechung fest, dass auch eine Werbung für das gesamte Warensortiment einer Apotheke eine Werbung für Arzneimittel i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG sein kann.²⁴ In dieser Sache habe das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, die Bewerbung der Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel bei der Einlösung eines Rezepts begründe die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Werbeadressaten.²⁵ Das Verbot der Veranstaltung eines Gewinnspiels zur Förderung des Verkaufs von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG falle auch nicht in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit; vielmehr handele es sich insoweit lediglich um eine zulässige Bestimmung über Verkaufsmodalitäten i.S.d. Rechtsprechung des EuGH.²⁶ Das Berufungsgericht habe daher mit Recht angenommen, dass der Klägerin gegen die Beklagte der geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung der beanstandeten Werbung nach §§ 3, 3a UWG i.V.m. § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG zustehe.²⁷

e) Entgeltpauschale für Zahlungsmittel (§ 3a UWG; § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB)

Im Hinweisbeschluss vom 18. November 2021²⁸ verneint der I. Zivilsenat einen Grund für die vom Berufungsgericht zugelassene Revision und teilt den Parteien seine Absicht mit, die Revision ohne mündliche Verhandlung gemäß § 552a BGB zurückzuweisen; daraufhin hat der Revisionskläger die Revision zurückgenommen. Die vom Berufungsgericht aufgeworfene Frage zur formularmäßigen Vereinbarung einer Servicepauschale für Zahlungsarten in einem Flugbuchungsportal sei bereits durch das Urteil des

²⁴ a.a.O. – juris, Rn. 40.

²⁵ a.a.O. – juris, Rn. 44.

²⁶ a.a.O. – juris, Rn. 51.

²⁷ a.a.O. – juris, Rn. 24.

²⁸ Hinweisbeschluss vom 18. November 2021 – [I ZR 195/20](#) – juris; vgl. auch das im nächsten Newsletter zu behandelnde Urteil „Servicepauschale“ – [I ZR 205/20](#) – vom 28. Juli 2022.

Bundesgerichtshofs vom 24. August 2021²⁹ entfallen. Nach § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB ist eine Vereinbarung unwirksam, durch die ein Verbraucher verpflichtet wird, ein Entgelt dafür zu zahlen, dass er für die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten ein bestimmtes Zahlungsmittel nutzt, wenn für den Verbraucher keine gängige und zumutbare unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit besteht. Im Urteil vom 24. August 2021 hat der Bundesgerichtshof die Anwendung dieser Vorschrift für mit dem Unionsrecht vereinbar gehalten.³⁰ Der Verstoß gegen die Vorschrift des § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB durch die beanstandete Servicepauschale ist, so stellt der I. Zivilsenat klar, auch als Verletzung einer Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG zu werten.³¹

f) EuGH-Vorlage „Zufriedenheitsgarantie“ (§ 3a UWG; §§ 443, 449 BGB)

Im Beschluss vom 10. Februar 2022 „Zufriedenheitsgarantie“³² legt der Senat dem EuGH Rechtsfragen zur Auslegung des Begriffs der Garantie i.S.d. Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU sowie der Warenkauf-Richtlinie 2019/771 vor. Gegenstand des Verfahrens ist die auf den Hang-Tags eines Händlers von Sportprodukten abgedruckte Erklärung, dass das Produkt bei nicht vollständiger Zufriedenheit des Kunden zurückgegeben werden könne. Das Berufungsgericht hatte diese Erklärung dahin verstanden, es handele sich um eine Garantieverklärung i.S.v. § 443 Abs. 1 BGB, welche die Vorgaben des § 449 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht vollständig erfülle.³³

Der Senat führt zunächst aus, § 449 Abs. 1 Satz 2 BGB stelle eine Marktverhaltensregelung im Interesse der Verbraucher i.S.v. § 3a UWG dar.³⁴ Die UGP-Richtlinie 2005/29/EG lasse in Art. 3 Abs. 2 das Vertragsrecht und insbesondere die Bestimmungen über die Wirksamkeit, das Zustande-

²⁹ Urteil vom 24. August 2021 – [X ZR 23/20](#) – juris.

³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 12 f. und 26 f..

³¹ a.a.O. – juris, Rn. 28.

³² EuGH-Vorlage vom 10. Februar 2022 – [I ZR 38/21](#) – juris.

³³ a.a.O. – juris, Rn. 9.

³⁴ a.a.O. – juris, Rn. 11 unter Verweis auf die Rechtsprechung zur Vorgängerbestimmung des § 477 Abs. 1 Satz 2 BGB u.a. Urteil vom 05. Dezember 2012 – [I ZR 416/11](#) – Herstellergarantie II – juris, Rn. 9 f..

kommen und die Wirkungen eines Vertrages unberührt; soweit das Vertragsrecht seine Grundlage im sonstigen Unionsrecht findet, müssen die Marktverhaltensregelungen – wie vorliegend die gesetzlichen Informationsanforderungen an eine Garantie – allerdings auch mit den jeweiligen unionsrechtlichen Bestimmungen vereinbar sein.³⁵ Danach ist die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „andere als die Mängelfreiheit betreffende Anforderungen“ i.S.v. § 443 Abs. 1 Alt. 2 BGB mit Blick auf die Informationspflichten des § 479 Abs. 1 Satz 2 BGB am Unionsrecht auszurichten, d.h. am Merkmal „andere als die Mängelfreiheit betreffende Anforderungen“ in Art. 2 Nr. 14 der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EG sowie dem Merkmal „andere nicht mit der Vertragsmäßigkeit verbundene Anforderungen“ in Art. 2 Nr. 12 der Warenkauf-Richtlinie 2019/771. Der Senat legt dem EuGH die Frage vor, ob die vorgenannten unionsrechtlichen Merkmale auch vorliegen können, wenn die Verpflichtung des Garantiegebers an in der Person des Verbrauchers liegende Umstände, insbesondere an seine subjektive Haltung zur Kaufsache (hier: die in das Belieben des Verbrauchers gestellte Zufriedenheit mit der Kaufsache) anknüpft, ohne dass diese persönlichen Umstände mit dem Zustand oder den Merkmalen der Kaufsache zusammenhängen müssen.³⁶ Soweit diese erste Frage bejaht wird, wirft der Senat die weitere Frage auf, ob das Fehlen dieser subjektiven Anforderungen anhand objektiver Umstände feststellbar sein muss.³⁷

4. Mitbewerberschutz/Aggressive geschäftliche Handlungen

(entfällt)

³⁵ a.a.O. – juris, Rn. 14.

³⁶ a.a.O. – juris, Rn. 50.

³⁷ a.a.O. – juris, Rn. 56.

5. Irreführung (§§ 5, 5a UWG)

a) „Knuspermüsli II“ (§§ 3a, 5a UWG; Art. 33 LMIV)

In seiner Entscheidung „Knuspermüsli II“ vom 07. April 2022³⁸ setzt sich der zuständige I. Zivilsenat – nach Klärung von Vorlagefragen zur Auslegung der LMIV – mit dem Verhältnis eines Verstoßes gegen eine gesetzliche Marktverhaltensregelung nach § 3a UWG zu einer unlauteren Irreführung durch Vorenthalten einer wesentlichen Information nach § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG vor dem Hintergrund der am 28. Mai 2022 in Kraft getretenen UWG-Novelle auseinander.

Nach bisheriger Rechtsprechung konnte ein Verstoß gegen unionsrechtliche Informationspflichten in Bezug auf kommerzielle Kommunikation sowohl nach § 5a Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 UWG als auch nach § 3a UWG verfolgt werden, ohne dass ein Konkurrenzverhältnis zwischen den Normen bestand.³⁹ An dieser gleichrangigen Prüfung von § 3a UWG und § 5a UWG hält der Senat in Fällen der Verletzung einer Informationspflicht in Bezug auf kommerzielle Kommunikation nicht länger fest. In diesen Fällen ist die Unlauterkeit vielmehr allein nach § 5a Abs. 2 und Abs. 4 UWG zu beurteilen. Der Senat verweist insoweit auf die differenzierte Schadensersatzpflicht gegenüber Verbrauchern nach § 9 Abs. 2 UWG in der seit dem 28. Mai 2022 geltenden Fassung. Die Schadensersatzpflicht gegenüber Verbrauchern gilt nach Satz 2 der Bestimmung nicht für unlautere geschäftliche Handlungen nach u.a. §§ 3a, 6 UWG. Aufgrund dieses unterschiedlichen Schutzniveaus bei der Verletzung einer Informationspflicht könne ein Widerspruch zu den unionsrechtlichen Vorgaben aus Art. 11a UGP-Richtlinie nur vermieden werden, wenn allein § 5a Abs. 2 und Abs. 4 UWG (§ 5a Abs. 1, § 5b Abs. 4 UWG n.F.) zur Anwendung komme.⁴⁰

³⁸ Urteil vom 07. April 2022 – [I ZR 143/19](#) – Knuspermüsli II – juris.

³⁹ a.a.O. – juris, Rn. 21 f..

⁴⁰ a.a.O. – juris, Rn. 24 f..

Zu der auf das streitgegenständliche Lebensmittel „Dr. O. Vitalis Knuspermüsli Schoko + Kekes“ anwendbaren Lebensmittelinformationsverordnung führt der Senat aus, die dort vorgeschriebenen Angaben auf der Verpackung von Lebensmitteln seien wesentliche Informationen i.S.v. Art. 7 Abs. 5 der UGP-Richtlinie (§ 5a Abs. 4 UWG), da es sich um im Unionsrecht festgelegte Informationsanforderungen in Bezug auf kommerzielle Kommunikation handele. Vorliegend bestehe keine Kollision dieser Richtlinie mit anderen unionsrechtlichen Vorschriften; die Richtlinie integriere über ihren Art. 7 Abs. 5 vielmehr die Vorschriften der LMIV.⁴¹ Nach Klärung durch den EuGH verneint der Senat die gemäß Art. 30 Abs. 1 LMIV verpflichtende Nährwertdeklaration. Gemäß Art. 31 Abs. 3 der Verordnung sind der Brennwert und die Nährstoffmengen des Lebensmittels grundsätzlich zum Zeitpunkt seines Verkaufs anzugeben; Unterabs. 2 der Bestimmung erlaubt auf das zubereitete Lebensmittel bezogene Angaben, sofern ausreichend genaue Angaben über die Zubereitungsweise gemacht werden und sich die Informationen auf das verbrauchsfertige Lebensmittel beziehen. Auf die Vorlagefrage des Senats hatte der EuGH insoweit in seinem Urteil vom 11. November 2021⁴² klargestellt, dass der genannte Unterabsatz allein für Lebensmittel gilt, bei denen eine Zubereitung erforderlich und die Zubereitungsweise vorgegeben ist. Diese Voraussetzung war für das fragliche Knuspermüsli nicht erfüllt. Entgegen der tatsächlichen Aufmachung hätte, so der Senat jetzt, die Beklagte daher im Rahmen von freiwilligen wiederholenden Angaben den Brennwert und die Nährstoffmengen auf der Vorderseite der Verpackung je 100 g des Lebensmittels zum Zeitpunkt seines Verkaufs angeben müssen und nicht allein den Brennwert je 100 g des zubereiteten Lebensmittels.

⁴¹ a.a.O. – juris, Rn. 27 f..

⁴² Urteil vom 11. November 2021 – C-388/20 – Dr. August Oetker Nahrungsmittel – juris.

b) „Kinderzahnarztpraxis“ und „Kinderzahnärztin“ (§ 5 Abs. 1 UWG)

In seinen Urteilen „Kinderzahnarztpraxis“⁴³ und „Kinderzahnärztin“⁴⁴ befasst sich der Bundesgerichtshof mit den entsprechenden werblichen Angaben durch Zahnärzte.

Die klagende Zahnärztekammer hatte in der Entscheidung „Kinderzahnarztpraxis“ beanstandet, die angesprochenen Verkehrskreise würden über das vermeintliche Bestehen eines Facharztes für Kinderzahnheilkunde irreführt.⁴⁵ Der Bundesgerichtshof bestätigt insoweit die Ermittlung der Verkehrsauffassung durch das Berufungsgericht, die Eltern der zu behandelnden Kinder als angesprochene Verkehrskreise verstünden die Angabe so, dass in der Praxis zahnärztliche Leistungen angeboten würden, wie sie in jeder Zahnarztpraxis zu finden seien, aber die Beklagte darüber hinaus eine besondere Bereitschaft mit sich bringe, Kinder mit ihren besonderen emotionalen Bedürfnissen zu behandeln; darüber hinaus hätten sie die Erwartung, dass die Praxiseinrichtung kindergerecht sei. Bei der Ermittlung dieses Verkehrsverständnisses habe das Berufungsgericht nicht die in der Berufsordnung vorgesehene Dreiteilung in „einfache“ approbierte Zahnärzte, Zahnärzte mit ausgewiesenem Tätigkeitsschwerpunkt und Fachzahnärzte missachtet. Entgegen der Ansicht der Revision sei das Berufungsgericht nicht verpflichtet gewesen, zu dem Ergebnis zu kommen, dass der Verkehr aufgrund der Werbung der Beklagten mit der Angabe „Kinderzahnarztpraxis“ und fehlendem Hinweis auf einen bloßen Tätigkeitsschwerpunkt erwarte, die Beklagte sei Fachzahnärztin.⁴⁶ Ein Unterlassungsanspruch der Klägerin ergebe sich auch nicht aus einer Irreführungsgefahr nach §§ 3, 3a UWG i.V.m. § 15 Abs. 1 BerufsO.⁴⁷ Einem Verstoß gegen das berufsrechtliche Irreführungsgebot stehe bereits entgegen, dass

⁴³ Urteil vom 07. April 2022 – [I ZR 217/20](#) – juris.

⁴⁴ Urteil vom 07. April 2022 – [I ZR 5/21](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁴⁵ a.a.O. – juris, Rn. 12 f..

⁴⁶ a.a.O. – juris, Rn. 27.

⁴⁷ a.a.O. – juris, Rn. 39 f..

das Berufungsgericht bei der Angabe „Kinderzahnarztpraxis“ nicht von einer auf die (zahnärztliche) Qualifikation bezogenen Behauptung ausgegangen sei. Das Berufungsgericht habe auch mit Recht angenommen, dass die Berufsordnung kein explizites Verbot der Werbung mit einer qualifikationsbezogenen Bezeichnung im Bereich der Kinderzahnheilkunde ohne Hinzufügung des Begriffs „Tätigkeitsschwerpunkt“ enthalte. Diese Würdigung werde auch durch verfassungsrechtliche Erwägungen gestützt. Die berufsrechtlich vorgesehenen Qualifikationen seien vor einer Aushöhlung durch Verwendung dort nicht geregelter qualifikationsbezogener Bezeichnungen dadurch geschützt, dass ein Zahnarzt die angesprochenen Verkehrskreise hinreichend über seine tatsächliche Qualifikation aufklären muss und bei seltenen vorkommenden Angaben erwartet werden kann, dass sich der Verkehr über deren Bedeutung informiere.⁴⁸

In der Entscheidung „Kinderzahnärztin“ hatte dagegen die auf Unterlassung der werblichen Angabe gerichtete Unterlassungsklage der Zahnärztekammer teilweise Erfolg. Das Berufungsgericht hatte hier bereits für die isolierte Verwendung der Angabe „Kinderzahnärztin“ eine Irreführungsgefahr in Betracht gezogen; für die konkret in Rede stehende Angabe „Kinderzahnärztin, Kinderorthopädin“ hatte das Berufungsgericht eine Erwartung der angesprochenen Verkehrskreise bejaht, dass die Beklagte auch im Bereich der Kinderzahnheilkunde über eine besondere, gegenüber staatlichen Stellen nachgewiesene Zahnheilkundequalifikation verfüge. Der Bundesgerichtshof tritt insoweit dem Vorbringen der Zahnärztekammer entgegen, der Beklagten die Verwendung des Begriffs „Kinderzahnärztin“ generell – unter Verweis auf die Möglichkeit, einen „Tätigkeitsschwerpunkt Kinderzahnheilkunde“ auszuweisen – zu verbieten. Es sei zu berücksichtigen, dass der Begriff „Kinderzahnarzt“ oder „Kinderzahnärztin“ nicht berufsrechtlich geschützt sei; der Umstand, dass die Verwendung der Bezeichnungen „Kieferorthopädie“ und „Oralchirurg“ dem jeweiligen Fachzahnarzt vorbehalten sei, zwingt nicht zu dem Schluss, dass die Verwendung des Begriffs

⁴⁸ a.a.O. – juris, Rn. 48.

„Kinderzahnarzt“ mangels Bestehens einer diesbezüglichen Weiterbildungsmöglichkeit auf dem Gebiet der Kinderzahnheilkunde gesperrt wäre.⁴⁹ Dies schließe jedoch nicht das von der Klägerin wahrgenommene Interesse aus, die von einer Zahnarztwerbung angesprochenen Verkehrskreise vor Fehlvorstellungen hinsichtlich der Qualifikation des werbenden Zahnarztes zu schützen. Es ist einem im Bereich der Kinderzahnheilkunde tätigen Zahnarzt grundsätzlich zumutbar, zur Vermeidung einer durch die Verwendung des Begriffs „Kinderzahnarzt“ im Einzelfall entstehenden Fehlvorstellung, er habe eine Weiterbildung zum Fachzahnarzt absolviert, bei der Bewerbung seiner fachlichen Qualifikation auf andere, weniger verwechslungsanfällige Begriffe auszuweichen. Auch bei der vom Bundesgerichtshof als richtig unterstellten Bezeichnung „Kinderzahnärztin“ sei die Beklagte daher im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung gehalten gewesen, einer Fehlvorstellung der angesprochenen Verkehrskreise in dieser Weise entgegenzuwirken.⁵⁰

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann auch eine objektiv richtige Angabe irreführend sein, wenn sie beim Verkehr, an den sie sich richtet, gleichwohl zu einer Fehlvorstellung führt; in einem solchen Fall ist für die Anwendung des § 5 UWG grundsätzlich eine höhere Irreführungsquote als bei einer Täuschung mit objektiv unrichtigen Angaben erforderlich; außerdem ist eine Interessensabwägung vorzunehmen.⁵¹ Auch mit Blick auf die beanstandete Angabe „Praxis für Kinderzahnmedizin & Kieferorthopädie“ hatte der Unterlassungsantrag der Zahnärztekammer Erfolg. Der Senat lässt offen, ob die Bezeichnung „Praxis für Kinderzahnmedizin“ isoliert betrachtet lauterkeitsrechtlich zulässig ist. Selbst unter dem Gesichtspunkt einer insoweit objektiv zutreffenden Angabe entfalle die Irreführungsfahr nicht. Der Senat verweist auf seine Rechtsprechung, wonach bei der Verwendung der Angaben „Kieferorthopädie“ und „(Zahnarzt-) Praxis für Kieferorthopädie“ in einem Internetauftritt eine zumutbare

⁴⁹ a.a.O. – juris, Rn. 49.

⁵⁰ a.a.O. – juris, Rn. 52.

⁵¹ a.a.O. – juris, Rn. 40 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – [I ZR 114/20](#) – juris, Rn. 31; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Aufklärung verlangt wird, um der Fehlvorstellung eines erheblichen Teils der angesprochenen Verbraucher entgegenzuwirken, der werbende Zahnarzt sei Facharzt für Kieferorthopädie.⁵² Dies gelte auch für die Beklagte des hiesigen Verfahrens; in ihrer Praxis verfüge nur eine von fünf Zahnärztinnen die entsprechende Facharztbezeichnung „Kieferorthopädin“.

c) „Webshop Awards“ (§ 5 Abs. 1 UWG)

In der Sache „Webshop Awards“⁵³ hatte die auf Unterlassung in Anspruch genommene Online-Apotheke im Internet mit dem Zusatz „von Verbrauchern gewählt!“ geworben. Der Bundesgerichtshof hat die Klage entgegen den Vorinstanzen auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen als unbegründet angesehen.

Der Senat lässt auch in dieser Sache offen, ob auch unwahre Angaben von § 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 UWG zur Täuschung geeignet sein müssen oder ob bei ihnen das Erfordernis der Täuschungseignung i.S.d. zweiten Alternative der Bestimmung entfällt.⁵⁴ Ebenfalls nicht entschieden bleibt, ob § 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 UWG einen abschließenden Katalog der Umstände enthält, über die zur Täuschung geeignete Angaben mit der Folge gemacht werden können, dass eine irreführende Handlung vorliegt.⁵⁵ Denn in dieser Sache könne, so der Senat, auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts eine irreführende geschäftliche Handlung in Form einer unwahren oder irreführenden Tatsachenbehauptung i.S.d. beiden Alternativen des § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG nicht angenommen werden. Zwar könnten sich Zweifel an der Objektivität eines Tests oder einer Kundenbefragung dann ergeben, wenn auf das Abstimmungsverhalten der Befragten oder das Abstimmungsergebnis Einfluss genommen werden soll. Hierzu habe das Berufungsgericht allerdings keine Feststellungen getroffen. Seine Annahme einer fehlenden Unabhängigkeit oder Neutralität des Veranstalters der Kunden-

⁵² a.a.O. – juris, Rn. 66 unter Verweis auf Urteil vom 29. Juli 2021 – a.a.O. – juris, Rn. 38 f..

⁵³ Urteil vom 12. Mai 2022 – [I ZR 203/20](#) – juris.

⁵⁴ a.a.O. – juris, Rn. 15.

⁵⁵ a.a.O. – juris, Rn. 16.

befragung habe das Berufungsgericht ebenfalls nicht ausreichend begründet. Insbesondere könne eine solche Annahme entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht (allein) daraus gefolgert werden, dass der Veranstalter den teilnehmenden Unternehmen Werbematerialien zur Verfügung stellt.

d) „Influencer III“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)

In der Entscheidung „Influencer III“⁵⁶ setzt der Bundesgerichtshof seine beiden „Influencer“-Entscheidungen vom 09. September 2021 fort. Der Senat führt aus, die Beklagte habe hier i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG zugunsten des eigenen Unternehmens und fremder Unternehmen geschäftlich gehandelt. Der Betrieb eines Instagram-Profiles sei eine geschäftliche Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens unabhängig davon, ob darin redaktionelle Beiträge veröffentlicht werden, wenn die Veröffentlichung redaktioneller Beiträge vorrangig dem Ziel dient, geschäftliche Entscheidungen von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern in Bezug auf Produkte des eigenen Unternehmens zu beeinflussen. Deshalb stehe auch im Streitfall der Annahme einer geschäftlichen Handlung die lauterkeitsrechtliche Privilegierung vorrangig redaktionellen Zwecken dienender Beiträge nicht entgegen.⁵⁷ Die beanstandeten Instagram-Seiten seien unabhängig davon auch als geschäftliche Handlung zugunsten fremder Unternehmen anzusehen, ob eine Gegenleistung für sie erbracht worden sei. Die Annahme, dass die Bereitstellung eines Links auf das Instagram-Profil des Herstellers über einen „Tap Tag“ im Beitrag eines Influencers regelmäßig übertrieben werblich wirkt, gründet darauf, dass der Leser durch die Verlinkung direkt in den werblichen Einflussbereich des Herstellerunternehmens gebracht und der Zugang der Verbraucher zu den Produkten des Drittunternehmens erleichtert und beschleunigt wird. Durch die fehlende Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks ihrer geschäftlichen Handlungen habe die Beklagte

⁵⁶ Urteil vom 13. Januar 2022 – [I ZR 35/21](#) – juris; vgl. zur Fortführung dieser Rechtsprechung auch Urteil vom 13. Januar 2022 – [I ZR 9/21](#) – juris.

⁵⁷ a. a. O. – juris, Rn. 34 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 09. September 2021 – [I ZR 90/20](#) – Influencer I – juris, Rn. 44.

allerdings nur insoweit i.S.v. § 5a Abs. 6 UWG unlauter gehandelt, als die geschäftliche Handlung der Förderung desjenigen Unternehmens diene, das die Beklagte durch die Gewährung geldwerter Vorteile zu den Angaben veranlasst hatte.⁵⁸ Unter Beachtung der vorrangigen Spezialvorschriften in § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG und § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV/§ 22 Abs. 1 Satz 1 MStV sei eine geschäftliche Handlung, die die Voraussetzungen des § 5a Abs. 6 UWG erfüllt, nicht als unlauter anzusehen, wenn sie den Erfordernissen der medienrechtlichen Bestimmungen genügt.⁵⁹ Die Vorschriften des § 2 Satz 1 Nr. 5 TMG und des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG seien richtlinienkonform am Maßstab von Art. 2 Buchst. f) und Art. 6 Buchst. a) der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr auszulegen. Danach sind vom Begriff der kommerziellen Kommunikation gemäß Art. 2 Buchst. b) zweiter Spiegelstrich der Richtlinie ausgenommen Angaben in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen, die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden. Damit sind insbesondere ohne Gegenleistung erfolgende Informationen zu Produkten nicht als Werbung kennzeichnungspflichtig.⁶⁰ Soweit die Beklagte einen geldwerten Vorteil erlangt habe, sehe § 2 Satz 1 Nr. 5 TMG eine Geringfügigkeitsschwelle nicht vor; für eine analoge Anwendung der für die Produktplatzierung geltenden Geringfügigkeitsschwelle in § 2 Abs. 2 Nr. 11 RStV und § 2 Abs. 2 Nr. 12 MStV sei mangels planwidriger Regelungslücke kein Raum.⁶¹

e) „Kopplungsangebot III“ (§§ 3, 5, 5a UWG)

In der Entscheidung „Kopplungsangebot III“⁶² führt der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung zu den Anforderungen weiter, die an die Preisinformation bei Kopplungsangeboten zu stellen sind. Die Parteien dieses Rechtsstreits waren Wettbewerber auf dem Markt der Vermietung von Wasserspendern an gewerbliche Kunden. Die Klägerin hatte von der Beklagten begehrt, es

⁵⁸ a.a.O. – juris, Rn. 44.

⁵⁹ a.a.O. – juris, Rn. 54 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 09. September 2021 – [I ZR 125/20](#) – Influencer II – juris, Rn. 58 f.

⁶⁰ a.a.O. – juris, Rn. 62.

⁶¹ a.a.O. – juris, Rn. 66.

⁶² Urteil vom 25. November 2021 – [I ZR 148/20](#) – juris.

zu unterlassen, im Zusammenhang mit dem Abschluss von Mietverträgen über solche Wasserspender gleichzeitig den Abschluss von gesonderten Verträgen über die Erbringung von Serviceleistungen über die Mietgeräte anzubieten, wenn die Servicegebühr zuvor in die Gerätemiete eingerechnet worden ist. Nach Verurteilung der Beklagten in den Vorinstanzen hat der Bundesgerichtshof die Klage als unbegründet abgewiesen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Kopplungsangebote wettbewerbsrechtlich grundsätzlich zulässig. Gemäß dem Irreführungsverbot des § 5 Abs. 1 UWG muss allerdings einer Täuschung der angesprochenen Verkehrskreise über den tatsächlichen Wert des Angebots entgegengewirkt werden. Ebenso muss vermieden werden, dass durch mangelnde Transparenz oder eine starke Anlockwirkung die Rationalität der Nachfrageentscheidung auf Seiten der angesprochenen Verkehrskreise über Gebühr zurückgedrängt wird. Das daraus folgende Transparenzgebot ist im unternehmerischen Verkehr nunmehr der Vorschrift des § 5a Abs. 1 UWG zu entnehmen, während einer starken Anlockwirkung grundsätzlich mit den Regelungen in § 4a bzw. § 3 Abs. 1 UWG begegnet werden kann.⁶³ Die danach an die Preisinformation bei Kopplungsangeboten zu stellenden Anforderungen seien im Streitfall erfüllt. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Vertragsgestaltung der Beklagten sei irreführend, weil die Quersubventionierung der Serviceleistungen durch die Gerätemiete für die Kunden der Beklagten nicht erkennbar sei, hielt einer Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht sei insoweit rechtsfehlerhaft von einer gespaltenen Verkehrsauffassung zwischen Kleinbetrieben, Gewerbetreibenden sowie Einzelhandelsgeschäften einerseits und Unternehmen, juristischen Personen sowie Behörden andererseits ausgegangen.⁶⁴ Ohnehin ist nach Auffassung des Senats Verbrauchern bekannt, dass Unternehmer etwaige Kosten für Nebenleistungen regelmäßig durch den Preis der Hauptleistung abdecken.⁶⁵ Das angegriffene Angebot genüge auch dem für

⁶³ a.a.O. – juris, Rn. 13 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 13. Juni 2002 – [I ZR 173/01](#) – Kopplungsangebot I – juris; vom 13. Juni 2002 – [I ZR 71/01](#) – Kopplungsangebot II – juris.

⁶⁴ a.a.O. – juris, Rn. 20.

⁶⁵ a.a.O. – juris, Rn. 21.

die Kopplungsangebote geltenden Transparenzgebot gemäß § 5a Abs. 1 UWG. Den Unternehmer treffe danach keine allgemeine Aufklärungspflicht über Tatsachen, die für die geschäftliche Entscheidung des angesprochenen Verkehrs möglicherweise von Bedeutung sind. Es sei vielmehr Sache der Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer, selbst Preisvergleiche anzustellen und sich Gedanken über die Preiswürdigkeit des Angebots zu machen.⁶⁶ Auch fehle es an der Gefahr einer übermäßigen Anlockwirkung durch das Kopplungsangebot und damit für einen Verstoß gegen § 4a UWG.⁶⁷

f) EuGH-Vorlage „Zigarettenausgabeautomat II“ (§ 5 UWG, Art. 8 Ri 2014/40/EU)

In seinem Beschluss „Zigarettenausgabeautomat II“ vom 24. Februar 2022⁶⁸ sieht sich der Senat veranlasst, in demselben Rechtsstreit erneut den EuGH anzurufen. Mit Beschluss vom 25. Juni 2020 hatte der Senat in dieser Sache dem EuGH insgesamt vier Vorlagefragen vorgelegt. Die ersten Fragen betrafen die Frage, ob unter den Begriff des Verkehrsbringens i.S.v. Art. 8 der Richtlinie 2014/40/EU über Tabakerzeugnisse auch das Darbieten von Tabakerzeugnissen fällt, wenn die in einem Warenausgabeautomaten befindlichen Zigarettenpackungen zwar die gesetzlich vorgeschriebenen Warnhinweise aufweisen, die Packungen aber für den Verbraucher nicht sichtbar im Automaten vorrätig gehalten werden; die weiteren beiden Vorlagefragen Nr. 3 und Nr. 4 betrafen das Tatbestandsmerkmal der „Bilder von Verpackungen“ für den Fall, dass die Abbildung auf der Verpackung kein naturgetreues Abbild der Originalverpackung enthält. Der EuGH hat in seinem Urteil vom 09. Dezember 2021 „pro rauchfrei“⁶⁹ die Vorlagefragen Nr. 3 und Nr. 4, nicht aber die ersten beiden Vorlagefragen beantwortet. Der Senat sieht sich daher zu einer erneuten Vorlage seiner ersten beiden Vorlagefragen veranlasst und erinnert den EuGH an

⁶⁶ a.a.O. – juris, Rn. 27.

⁶⁷ a.a.O. – juris, Rn. 28.

⁶⁸ Beschluss vom 24. Februar 2022 – [LZR 176/19](#) – Zigarettenausgabeautomat II – juris.

⁶⁹ Urteil vom 09. Dezember 2021 – C-370/20/juris –.

seine Darlegung im ersten Vorlagebeschluss, dass es auf den Erfolg des Hilfsantrags und die dazu gestellten Vorlagefragen Nr. 3 und Nr. 4 nur dann entscheidungserheblich ankommt, falls die Beantwortung der Fragen Nr. 1 und Nr. 2 zu dem Ergebnis führt, dass der Hauptantrag unbegründet ist.⁷⁰ Der Senat verweist auf die im deutschen Zivilprozessrecht geltende Dispositionsmaxime; das von der klagenden Partei vorgegebene Abhängigkeitsverhältnis dahingehend, dass über den Hilfsantrag nicht entschieden werden darf, bevor über den Hauptantrag entschieden wurde, sei vom Senat zwingend zu beachten (§ 308 Abs. 1 ZPO).⁷¹

6. Vergleichende Werbung

(entfällt)

7. Unzumutbare Belästigung

„Inbox-Werbung II“ (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG)

Nach Klärung durch den EuGH⁷² entscheidet der Bundesgerichtshof im Urteil vom 13. Januar 2022⁷³ über die Zulässigkeit von sog. Inbox-Werbung im privaten Postfach eines Nutzers des E-Mail-Dienstes der Telekom Deutschland. Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist eine unzumutbare Belästigung stets anzunehmen u.a. bei einer Werbung unter Verwendung elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt. Die Bestimmung ist im Lichte von Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG für elektronische Kommunikation auszulegen. In dieser Sache, so jetzt der Bundesgerichtshof im Anschluss an die Entscheidung des EuGH, habe die Beklagte ihre Werbenachrichten unter Verwendung elektronischer Post verbreitet. Die Werbenachricht sei aus Sicht des Adressaten in der Inbox des Nutzers des E-Mail-Systems, d.h. in

⁷⁰ Beschluss vom 24. Februar 2022 – [I ZR 176/19](#) – Zigarettenausgabeautomat II – juris, Rn. 20.

⁷¹ a.a.O. – juris, Rn. 21.

⁷² EuGH, Urteil vom 25. November 2021 – C-102/20 – StWL Städtische Werke Lauf a. d. Pegnitz – juris.

⁷³ Urteil vom 13. Januar 2022 – [I ZR 25/19](#) – juris.

seinem normalerweise privaten E-Mails vorbehaltenen Bereich, angezeigt worden; erst nach Überprüfung des Inhalts der Werbenachricht und nur durch aktive Löschung derselben habe der Nutzer diesen Bereich freimachen können, um einen Überblick über seine ausschließlich privaten E-Mails zu erhalten. Anders als Werbebanner oder Pop-up-Fenster habe die Einblendung der vorliegend in Rede stehenden Werbenachrichten in der Liste der privaten E-Mails des Nutzers den Zugang zu diesen E-Mails in ähnlicher Weise beeinträchtigt wie dies bei unerbetenen E-Mails der Fall ist.⁷⁴ Die unter Verwendung elektronischer Post verbreiteten Angaben hätten auch eine Direktwerbung bezweckt. Die Werbung habe sich direkt und individuell an einen Verbraucher gerichtet, weil sie in Form einer E-Mail direkt in der Inbox des privaten E-Mail-Postfachs des betreffenden Nutzers erschienen ist.⁷⁵

Der Nutzer habe zudem nicht in die im Streitfall in Rede stehenden Werbeinblendungen eingewilligt. Der hier relevante unionsrechtliche Begriff der Einwilligung habe sich seit Inkrafttreten des beanstandeten Verhaltens der Beklagten im Dezember 2016 bzw. Januar 2017 geändert. An die Stelle der Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, auf dessen Begriff die Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG für elektronische Kommunikation Bezug nehme, sei zwischenzeitlich die Datenschutz-Grundverordnung getreten. Für das Einwilligungserfordernis hätten sich aus dieser Rechtsänderung in der Sache aber keine unterschiedlichen Anforderungen ergeben.⁷⁶ Der Umstand, dass die Nutzer, die die unentgeltliche, durch Werbung finanzierte Variante des E-Mail-Dienstes gewählt hätten, sich allgemein damit einverstanden erklärt hätten, Werbeeinblendungen zu erhalten, um kein Entgelt für die Nutzung des E-Mail-Dienstes zahlen zu müssen, erfülle nicht die Voraussetzung einer Einwilligung. Es sei vielmehr maßgeblich, ob der betroffene Nutzer ordnungsgemäß über die genauen Modalitäten der Verbreitung einer

⁷⁴ a.a.O. – juris, Rn. 27 unter Verweis auf EuGH – a.a.O. – juris, Rn. 41 f..

⁷⁵ a.a.O. – juris, Rn. 31 unter Verweis auf EuGH – a.a.O. – juris, Rn. 48.

⁷⁶ a.a.O. – juris, Rn. 37 unter Verweis auf EuGH – a.a.O. – juris, Rn. 55 und Rn. 57.

solchen Werbung informiert worden ist und tatsächlich darin eingewilligt hat, Inbox-Werbungen zu erhalten. Dies sei bei dem streitigen E-Mail-Dienst nach den Feststellungen der Vorinstanzen nicht der Fall gewesen.

8. Rechtsfolgen

(entfällt)

9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales

a) „Zweitmarkt für Lebensversicherungen II“ (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG)

Vor dem Hintergrund des neu gefassten § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG klärt der Senat in seiner Entscheidung „Zweitmarkt für Lebensversicherungen II“ vom 24. Februar 2022⁷⁷ die Frage, ob ein Wettbewerbsverhältnis auch erst durch die beanstandete Wettbewerbshandlung begründet werden kann. In der seit 01. Dezember 2021 neu gefassten geltenden Fassung setzen Unterlassungsansprüche nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG voraus, dass der auf Unterlassung klagende Mitbewerber die fraglichen Waren oder Dienstleistungen in nicht unerheblichem Maße und nicht nur gelegentlich vertreibt oder nachfragt. Mit dieser Bestimmung soll Missbrauchsmöglichkeiten vorgebeugt werden, die sich aus einer nur pro forma, aber nicht ernsthaft und nachhaltig betriebenen Geschäftstätigkeit ergeben und sich durch ein Missverhältnis der Abmahntätigkeit zur sonstigen Geschäftstätigkeit auszeichnen können.⁷⁸ Nach dieser – erst nach dem Berufungsurteil in Kraft getretenen – Bestimmung könne, so der Senat jetzt, mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Rechtsstreit nicht abgelehnt werden. Das Berufungsgericht hatte ein Wettbewerbsverhältnis zwischen der klagenden Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten im Verhältnis zu der Beklagten, die Forderungen und Rechte aus Versicherungsverträgen auf dem Zweitmarkt kaufte und verwertete, verneint. Für das demgegenüber vom Bundesgerichtshof angenom-

⁷⁷ Urteil vom 24. Februar 2022 – [I ZR 128/21](#) – Zweitmarkt für Lebensversicherungen II – juris.

⁷⁸ a.a.O. – juris, Rn. 14.

mene Wettbewerbsverhältnis verweist dieser auf das in der streitgegenständlichen Werbung beworbene Beratungsangebot der Beklagten in Form einer Überprüfung der Versicherungsverträge auf eine Rückabwicklungsmöglichkeit. Mit diesem Angebot, die Versicherungsverträge im Interesse der Kunden zu überprüfen, stelle sich die Beklagte in direkten Wettbewerb zu der von der Klägerin als Partnerschaft von Rechtsanwälten angebotenen Rechtsberatung auch in Versicherungssachen, die eine Prüfung von Kündigungs- und Rückabwicklungsmöglichkeiten von Lebensversicherungsverträgen umfasst, um aus diesen Verträgen Liquidität zu erhalten.⁷⁹ Soweit die Beklagte geltend mache, sie erbringe (tatsächlich) keine Beratungsleistungen, stehe das der Annahme eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses nicht entgegen. Da es für die wettbewerbliche Beurteilung regelmäßig nur um die konkret beanstandete Wettbewerbshandlung geht, genüge es, dass das Wettbewerbsverhältnis erst durch diese Wettbewerbshandlung begründet worden ist, auch wenn die Parteien unterschiedlichen Branchen angehören.⁸⁰

b) „Werbung für Fernbehandlung“ (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG)

In dem bereits genannten Urteil „Werbung für Fernbehandlung“ vom 09. Dezember 2021⁸¹ stellt der I. Zivilsenat die Reichweite des Unterlassungsanspruchs im Verhältnis zur konkreten Verletzungsform klar. Im Ausgangspunkt erstreckt sich die für den Verletzungsunterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr nur auf mit der konkreten Verletzungshandlung identische Verletzungshandlungen. Im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes besteht eine Wiederholungsgefahr darüber hinaus für alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen, in denen das Charakteristische der konkreten Verletzungsform zum Ausdruck kommt. In dem Umfang, in dem der geltend gemachte Unterlassungsanspruch über eine zulässige Verallgemeinerung hinaus geht, fehlt es an der erforderlichen

⁷⁹ a.a.O. – juris, Rn. 19 f..

⁸⁰ a.a.O. – juris, Rn. 21.

⁸¹ Urteil vom 09. Dezember 2021 – [I ZR 146/20](#) – juris.

Wiederholungsgefahr. Der Unterlassungsanspruch ist in diesem Umfang unbegründet und der Klageantrag insoweit abzuweisen.⁸² Geht ein Unterlassungsantrag nach diesen Grundsätzen über eine zulässige Verallgemeinerung hinaus, kann ein Verbot in Bezug auf eine konkrete Werbemaßnahme ausgesprochen werden, wenn der Klage zu entnehmen ist, dass jedenfalls diese untersagt werden soll. Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn der Kläger mit einem Insbesondere-Zusatz im Klageantrag zum Ausdruck gebracht hat, dass er jedenfalls die Untersagung der beanstandeten Werbung in ihrer konkreten Ausgestaltung erstrebt.⁸³

c) „Knuspermüsli II“ (§§ 3a, 5a UWG, Aufbrauchfrist)

In seiner bereits genannten Entscheidung „Knuspermüsli II“⁸⁴ lehnt der Bundesgerichtshof unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung den dortigen Antrag der Beklagten auf Einräumung einer Aufbrauchfrist für die beanstandete Kennzeichnung des Lebensmittels ab. Nach ständiger Rechtsprechung ist Voraussetzung für eine nach § 242 BGB gewährte Aufbrauchfrist, dass dem Schuldner eines Unterlassungsanspruchs durch ein sofort mit der Zustellung des Titels uneingeschränkt zu beachtendes Verbot unverhältnismäßige Nachteile entstehen und die Belange sowohl des Gläubigers als auch der Allgemeinheit durch eine befristete Fortsetzung des Wettbewerbsverstoßes nicht unzumutbar beeinträchtigt werden. Ein Antrag auf Gewährung dieser Aufbrauchfrist kann auch in der Revisionsinstanz mit Erfolg gestellt werden, wenn die zugrundeliegenden Tatsachen unstreitig und in den Tatsacheninstanzen festgestellt sind. Die Entscheidung über die Einräumung einer Aufbrauchfrist erfordert eine Interessenabwägung.⁸⁵ Vorliegend sei der Beklagten jedenfalls seit ihrer Verurteilung durch das Landgericht ein Verschulden vorzuwerfen. Für die Annahme eines zumindest fahrlässigen Verhaltens reiche es aus, dass sich der Verletzer erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt und deshalb eine von

⁸² a.a.O. – juris, Rn. 11.

⁸³ a.a.O. – juris, Rn. 17.

⁸⁴ Urteil vom 07. April 2022 – [I ZR 143/19](#) – juris; dazu oben I. 5. dieses Newsletters.

⁸⁵ a.a.O. – juris, Rn. 58 f..

der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit seines Verhaltens jedenfalls in Betracht ziehen muss. Zwar habe sodann das Berufungsgericht auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Die Beklagte habe allerdings ernstlich wieder mit einer Verurteilung rechnen müssen, nachdem der Senat mit Beschluss vom 23. Juli 2022 in dieser Sache dem EuGH Fragen zur Auslegung der LMIV mit deutlicher Tendenz vorgelegt habe.⁸⁶

d) „Selbständiger Erstattungsanspruch“ (§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG a.F.)

Im Urteil „Selbständiger Erstattungsanspruch“ vom 27. Januar 2022⁸⁷ entscheidet der Bundesgerichtshof über die Reichweite der Selbständigkeit eines Erstattungsanspruchs im Verhältnis zum (Haupt-) Unterlassungsanspruch. Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG in der bis zum 01. Dezember 2020 geltenden Fassung (jetzt § 13 Abs. 3 UWG n.F.) kann der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangt werden, soweit die Abmahnung berechtigt ist. Der Anspruch ist nur insofern unselbständig, als er dann nicht entsteht, wenn im Zeitpunkt des Zugangs der Abmahnung kein Unterlassungsanspruch (mehr) besteht und die Abmahnung daher unberechtigt ist. Der beim Vorliegen eines Unterlassungsanspruchs entstandene Erstattungsanspruch besteht dagegen alsdann unabhängig davon fort, ob der mit der Abmahnung geltend gemachte Unterlassungsanspruch fortbesteht, durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung erloschen ist oder der späteren gerichtlichen Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs die Missbräuchlichkeit der Klage entgegensteht.⁸⁸

10. Sonstiges

(entfällt)

⁸⁶ a.a.O. – juris, Rn. 68.

⁸⁷ Urteil vom 27. Januar 2022 – [I ZR 7/21](#) – juris.

⁸⁸ a.a.O. – juris, Rn. 12.

II. Kartellrecht

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

(entfällt)

2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung/sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (§ 18 bis § 21 GWB, Art. 102 AEUV)

a) „Kabelkanalanlagen II“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB)

In seinem Urteil „Kabelkanalanlagen II“⁸⁹ setzt der Kartellsenat seine Rechtsprechung zur Preisgestaltung für die Nutzung von Kabelkanalanlagen fort. Der Senat führt zunächst aus, die beklagte Betreiberin der Kabelkanalanlagen sei auf dem Markt für die zur Verfügungstellung dieser Anlagen marktbeherrschend. Das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft angenommen, die Weigerung der Beklagten, dem Verlangen der Klägerinnen nach einer Herabsetzung des Entgelts für die Benutzung der Kabelkanalanlagen nachzukommen, sei sachlich gerechtfertigt und stelle daher keine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung dar. Das Berufungsgericht habe zu Unrecht zugrunde gelegt, dass das Festhalten der Klägerinnen an dem vertraglich vereinbarten Entgelt solange gerechtfertigt sei, wie die Klägerinnen die Verträge nicht kündigten. Der Kartellsenat verweist insoweit auf seine Entscheidung „Kabelkanalanlagen“ vom 14. Januar 2017; danach setzt eine Überprüfung der Höhe der Miete nach Maßgabe von § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 GWB nicht voraus, dass die Klägerin die Kündigung erklärt; es genügt vielmehr, wenn sie eine Herabsetzung der Entgelte verlangt und zu diesem Zeitpunkt befugt gewesen wäre, den Vertrag zu kündigen.⁹⁰ Soweit das Berufungsgericht hier gemeint habe, für einen Schutz der Klägerinnen bestehe kein Bedürfnis, weil die Klägerinnen nach der Kündigung auf der Grundlage von § 19 Abs. 1 und

⁸⁹ Urteil vom 14. Dezember 2021 – [KZR 23/18](#) – juris; weitgehend gleichlautend auch das Urteil vom gleichen Tag – [KZR 2/19](#) – juris.

⁹⁰ Urteil vom 24. Januar 2017 – [KZR 2/15](#) – Kabelkanalanlagen – juris, Rn. 41.

Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 4 GWB die weitere Mitbenutzung der Kabelkanalanlagen gegen ein angemessenes Entgelt verlangen könnten, greife dies nicht durch. Ist – wie der Senat hier revisionsrechtlich unterstellt – das Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB erfüllt, kann der dann tatbestandsmäßig vorliegende Missbrauch weder gesetzessystematisch noch nach Sinn und Zweck des § 19 GWB entfallen, weil das diskriminierte Unternehmen den Missbrauch durch die ihm faktisch nicht mögliche Kündigung noch vertiefen und sich sodann auf das Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB berufen könnte.⁹¹

b) „Kabelanlagen“ revisited (§ 563 Abs. 2 ZPO)

Im Urteil vom 14. Dezember 2021⁹² befasst sich der Kartellsenat mit der Bindungswirkung seines ersten Urteils „Kabelkanalanlagen“ vom 24. Januar 2017 für das wiedereröffnete Berufungsverfahren. Mit diesem Urteil war das erste die Berufung der Klägerin zurückweisende Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben worden; auch im zweiten Berufungsverfahren blieb die Klägerin mit ihrer Berufung ohne Erfolg. Im Rahmen der Interessenabwägung sah sich das Berufungsgericht nicht an das erste Revisionsurteil des Bundesgerichtshofs gebunden, da dieses auf anderen festgestellten Tatsachen beruhe. Diese Beurteilung hatte vor dem Kartellsenat keinen Bestand. Nach § 563 Abs. 2 ZPO ist das Berufungsgericht an diejenige rechtliche Beurteilung gebunden, auf welcher die Aufhebung unmittelbar beruht und die sich aus der revisionsgerichtlichen Entscheidung ergibt.⁹³ Das Berufungsgericht habe hier zu Unrecht angenommen, dass die Bindungswirkung nach diesen Grundsätzen entfallen sei. Die Feststellungen des Berufungsgerichts zum Verlauf der Verhandlungen zwischen den Parteien und deren Ergebnis veränderten die dem ersten Revisionsurteil zugrundeliegende Sachlage nicht in entscheidendem Maß.⁹⁴

⁹¹ [KZR 23/18](#) – a.a.O. – juris, Rn. 18.

⁹² Urteil vom 14. Dezember 2021 – [KZR 2/19](#) – juris.

⁹³ a.a.O. – juris, Rn. 12.

⁹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 15.

3. Zusammenschlusskontrolle

(entfällt)

4. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung

a) „Regionalfaktoren“ (Art. 102 Abs. 2 Buchst. a) und c) AEUV)

Im Berichtszeitraum hat der Kartellsenat in verschiedenen Entscheidungen seine Rechtsprechung zur kartellrechtlichen Überprüfung der Nutzungsentgelte für Eisenbahninfrastruktur fortgeführt. In seinem Urteil „Regionalfaktoren“ vom 08. Februar 2022⁹⁵ führt der Kartellsenat aus, dass die von DB Netz zum 01. Januar 2003 eingeführten „Regionalfaktoren“ als zusätzlicher Berechnungsfaktor für Strecken ohne tragfähige Kosten-Erlös-Struktur unter dem Gesichtspunkt des Ausbeutungsmisbrauchs i.S.v. Art. 102 Abs. 1 und Abs. 2 Buchst. a) AEUV missbräuchlich sein können. Das Berufungsgericht habe zutreffend angenommen, dass der von der Beklagten im Rahmen ihres Trassenpreissystems erhobene Regionalfaktor nicht den Anforderungen aus Art. 102 AEUV entspreche. Dabei könne offenbleiben, ob die Belastung einzelner Regionalnetze mit diesem Zuschlag – wie noch das Berufungsgericht angenommen hat – die Eisenbahnverkehrsunternehmen i.S.v. Art. 102 Abs. 2 Buchst. c) AEUV diskriminiere, die in diesen Netzteilen mit Verkehrsleistungen beauftragt sind und Leistungen der Beklagten in Anspruch nehmen. Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts stelle sich die Erhebung des Zuschlags in Form des Regionalfaktors vielmehr unter Berücksichtigung der Wertungen des sektorspezifischen Regulierungsrechts jedenfalls als missbräuchliche Ausbeutung i.S.v. Art. 102 Abs. 1 und Abs. 2 Buchst. a) AEUV dar, weil die Beklagte mit diesem Preissystem einzelne Nutzer der Schieneninfrastruktur in Widerspruch zu eisenbahnrechtlichen Entgeltvorschriften ohne sachliche Rechtfertigung mit zusätzlichen Entgelten belaste. Dadurch würden im Streitfall diese Nutzer gezielt in unangemessener Weise zur Kostendeckung herangezogen.

⁹⁵ Urteil vom 08. Februar 2022 – [KZR 89/20](#) – Regionalfaktoren – juris; weitgehend gleichlautend auch Urteil vom gleichen Tag – [KZR 8/21](#) – juris; unsere Sozietät war an beiden Verfahren beteiligt.

Die eisenbahnrechtlichen Entgeltbestimmungen, insbesondere das Diskriminierungsverbot in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG a.F., erlaubten keine Preisdifferenzierungen nach dem jeweiligen Grad der Wirtschaftlichkeit einzelner Strecken oder Teilnetze innerhalb einer Verkehrsleistung. Eine Rechtfertigung der mit Hilfe der Regionalfaktoren erhobenen Aufschläge am Maßstab von § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG a.F. sei nicht gegeben. Eine Möglichkeit zur Erhebung von Entgeltaufschlägen sei für schwach ausgelastete Strecken nicht vorgesehen; zudem könnten nach § 21 Abs. 4 EIBV höhere Kosten einer Verkehrsleistung, wenn sich – wie hier – keine unterschiedlichen Marktsegmente identifizieren lassen, nur insgesamt einer Verkehrsleistung angelastet werden. Daher hätte die Beklagte, um die nach § 14 Abs. 4 Satz 1 AEG a.F. gesetzlich zustehende Deckung der Vollkosten zu erreichen, das von ihr geltend gemachte Defizit auf alle Verkehrsleistungen verteilen oder ausschließlich und unterschiedslos sämtlichen Zugangsberechtigten des Schienenpersonennahverkehrs anlasten müssen.⁹⁶

Das Berufungsgericht habe weiter mit Recht angenommen, dass der Klägerin im Umfang der entrichteten, auf die Regionalfaktoren entfallenden Entgeltbestandteile ein Schaden entstanden sei. Es sei auch zutreffend davon ausgegangen, dass sich die Klägerin keine Vorteile anrechnen lassen müsse, die ihr aufgrund einer etwaigen Erstattung der Infrastrukturkosten seitens der Verkehrsträger zugefallen sein könnten.⁹⁷ Es stehe revisionsrechtlich fest, dass der Aufgabenträger für den Fall, dass die Klägerin die erhöhten Infrastrukturentgelte an den Aufgabenträger hat durchreichen können, berechtigt sei, die auf den Regionalfaktor entfallenden und unter Verstoß gegen Art. 102 AEUV erhobenen Entgelte zurückzufordern. Damit sei der Klägerin kein dauerhafter Vorteil im Hinblick auf die zunächst erstatteten Infrastrukturentgelte entstanden. Aus diesem Grund scheide auch die Berufung auf eine Vorteilsausgleichung aus, soweit die Klägerin ihren Zahlungsantrag daneben auf einen Bereicherungsanspruch stütze.⁹⁸

⁹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 36 f..

⁹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 50.

⁹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 58 f.

b) „Regionalfaktoren II“ (§ 14f Abs. 1 AEG a.F.; § 54 VwVfG)

Über eine besondere verwaltungsprozessuale Konstellation entscheidet der Bundesgerichtshof in seinem weiteren Urteil „Regionalfaktoren II“ vom 05. April 2022.⁹⁹ Die auch hier als Entgeltgrundlage streitigen Regionalfaktoren erklärte die Bundesnetzagentur mit Bescheid vom 05. März 2010 unter Hinweis auf das eisenbahnregulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot für ungültig. Im Widerspruchsverfahren schlossen die Bundesnetzagentur und die DB Netz AG als Betroffene des Regulierungsverfahrens zur Beendigung des Verwaltungsverfahrens ohne abschließende rechtliche Bewertung der Regionalfaktoren durch die Bundesnetzagentur einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, in dem sich die Beklagte im Wesentlichen verpflichtete, die Regionalfaktoren ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr bzw. zuvor nur noch in reduzierter Höhe zu erheben. Das später in Insolvenz fallende und durch den Insolvenzverwalter klagende Eisenbahnverkehrsunternehmen war an diesem Vertrag nicht beteiligt. Der Bundesgerichtshof führt aus, die Erklärung der Ungültigkeit der Regionalfaktoren durch die Regulierungsbehörde habe unmittelbar privatrechtsgestaltende Wirkung entfaltet.¹⁰⁰ Diese Regelungswirkung sei durch den Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen der Bundesnetzagentur und der Beklagten nicht entfallen. Der öffentlich-rechtliche Vertrag sei nichtig; seiner Wirksamkeit stehe entgegen, dass die Bundesnetzagentur nach Sinn und Zweck des Entgeltkontrollverfahrens gemäß § 14f Abs. 1 AEG a.F. nicht befugt war, in der Form eines öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrags zu handeln und dieser daher nach §§ 54, 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB nichtig sei.¹⁰¹ Zweck eines von der Bundesnetzagentur eingeleiteten Verwaltungsverfahrens zur Entgeltkontrolle sei die rechtsförmige Überprüfung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen, um deren Rechtmäßigkeit mit

⁹⁹ Urteil vom 05. April 2022 – [KZR 84/20](#) – Regionalfaktoren II – juris (unsere Sozietät war an diesem Verfahren beteiligt); vgl. auch die Fortführung dieser Rechtsprechung zu §§ 29, 28a Abs. 3 EnWG: Urteil vom 05. April 2022 – [EnVR 36/21](#) – OPAL-Gasfernleitung – juris.

¹⁰⁰ a.a.O. – juris, Rn. 28.

¹⁰¹ a.a.O. – juris, Rn. 34.

verbindlicher Wirkung für alle Beteiligten – sowohl für das Infrastrukturunternehmen als auch für die Zugangsberechtigten – zu klären; diesen Zwecken widerspreche ein Handeln der Regulierungsbehörde in Form des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Die Systemwidrigkeit des öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrages lasse sich auch daran erkennen, dass der Vertrag vom 30. Juli 2010 der Zustimmung der Zugangsberechtigten im Bereich des Schienenpersonennahverkehrs bedurft hätte, weil er in die Rechte der Zugangsberechtigten eingegriffen hätte (§ 58 Abs. 1 VwVfG).

Mit Blick auf den Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten führt der Kartellsenat – insoweit entsprechend seinen Urteilen vom 08. Februar 2022 – aus, die Erhebung der Regionalfaktoren stelle sich entgegen der Würdigung des dortigen Berufungsgerichts jedenfalls als missbräuchliche Ausbeutung i.S.v. Art. 102 Abs. 1 und Abs. 2 Buchst. a) AEUV dar.¹⁰² Jedenfalls dann, wenn ein Preissystem – wie hier – substanzielle Preisaufschläge vorsehe, begründe die nach dem anwendbaren Marktordnungsrecht sachlich nicht gerechtfertigte selektive Belastung von Teilen der Netznutzer innerhalb eines Marktsegments eine missbräuchliche Ausbeutung dieser betroffenen Nutzer.¹⁰³ Anders als das Berufungsgericht angenommen habe, könne in einer solchen Situation nicht davon ausgegangen werden, dass das beanstandete Preisverhalten keine nachteiligen Auswirkungen auf die betroffenen Marktteilnehmer habe. Vielmehr begründe die Erzwingung unangemessener Preise unabhängig davon, ob das Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt zu behindern und damit den Tatbestand des Diskriminierungsverbots nach Art. 102 Abs. 2 Buchst. c) AEUV erfüllt, einen eigenständigen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot.¹⁰⁴

¹⁰² a.a.O. – juris, Rn. 50 f..

¹⁰³ a.a.O. – juris, Rn. 57.

¹⁰⁴ a.a.O. – juris, Rn. 62.

5. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales

a) „Unentschuldigtes Ausbleiben von Nebenbetroffenen“ (§ 74 Abs. 2 OWiG)

Der Kartellsenat stellt in seinem Beschluss vom 24. Dezember 2021¹⁰⁵ klar, dass bei dem unentschuldigten Fehlbleiben einer nebenbetroffenen juristischen Person die Verwerfung des Einspruchs des Nebenbetroffenen gemäß § 74 Abs. 2 OWiG rechtsfehlerhaft ist. Auf eine nebenbetroffene juristische Person findet § 74 Abs. 2 OWiG weder unmittelbar noch entsprechend oder ergänzend Anwendung. Vielmehr kann in diesem Fall aufgrund der sinngemäßen Anwendung der Vorschriften der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren bei Ausbleiben der Nebenbetroffenen ohne diese verhandelt werden (§ 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 444 Abs. 2 Satz 1 StPO).¹⁰⁶

6. Sonstiges

(entfällt)

Karlsruhe, den 14. September 2022

Dr. Peter Rädler

¹⁰⁵ Beschluss vom 24. Dezember 2021 – [KRB 11/21](#) – juris.

¹⁰⁶ a.a.O. – juris, Rn. 15 f. und Rn. 26 f..