

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 1. Halbjahr 2018

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

Dieser Beitrag fasst die im ersten Halbjahr 2018 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 2018 veröffentlichten Entscheidungen beschränkt;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.

Wettbewerbs- und Kartellrecht

I. Lauterkeitsrecht

1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen
2. Per-se-Verbote („Schwarze Liste“)
3. Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen
4. Irreführung
5. Vergleichende Werbung
6. Unzumutbare Belästigung

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 Vollbild abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

7. Rechtsfolgen
8. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung
9. Sonstiges

II. Kartellrecht

1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen/Kartellverbot (§ 1 bis § 3 GWB)
2. Marktbeherrschung, sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (§ 18 bis § 21 GWB, Art. 102 AEUV)
3. Zusammenschlusskontrolle
4. Sonstiges
5. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung

I. Lauterkeitsrecht

1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

a) „Knochenzement I“ (Ausnutzen einer früheren Betriebsgeheimnisverletzung)

In zwei Urteilen vom 16. November 2017 setzte sich der Senat mit der Verletzung von Betriebsgeheimnissen auseinander. Die Entscheidung „Knochenzement I“³ betrifft die Reichweite des Verbots der Fruchtzüchtung aus vorangegangenem rechtswidrigem Verhalten. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin, die Knochenzemente herstellte, hatte ihre Produkte lange Zeit über die Beklagte vertrieben. Nachdem die Klägerin die Vertragsbeziehungen zur Beklagten beendete, um ihre Produkte selbst zu vermarkten, vertrieb diese eigene Knochenzemente. Die Klägerin nahm die Beklagte in der Folge im Juni 2014 erfolgreich wegen Verletzung von Betriebsgeheimnissen auf Unterlassen in Anspruch (Vorprozess). Seit Oktober 2014 vertrieb und bewarb die Beklagte Knochenzemente eines anderen Herstellers, die nicht dem Unterlassungsgebot des Vorprozesses unterfielen. In dem vorliegenden Verfahren wandte sich die Klägerin gegen diesen Vertrieb, da dieser wegen der besonderen Umstände in den Verbotsbereich des § 3 Abs. 1 UWG falle. Die Beklagte müsse eine Karenzzeit einhalten, weil sie sich durch die Verletzung von Betriebsgeheim-

³ Urteil vom 16. November 2017 – [I ZR 161/16](#) –; zur Entscheidung „Knochenzement II“ ebenfalls vom 16. November 2017 – [I ZR 160/16](#) – vgl. hier unter I. 4. (Irreführung, § 5 UWG).

nissen der Rechtsvorgängerin der Klägerin in die Lage versetzt habe, ein gleichwertiges Konkurrenzprodukt anzubieten und sich so einen bestimmten Kundenstamm habe aufbauen können. Durch das neue Angebot werde dieses Wissen weiter ausgenutzt. Land- und Berufungsgericht sind dem nicht gefolgt, und auch der Bundesgerichtshof hat nicht im Sinne der Klägerin entschieden und daher die Revision zurückgewiesen.

Grundsätzlich können über die wettbewerbsrechtliche Generalklausel Auswirkungen vorangegangenen wettbewerbswidrigen Verhaltens unterbunden werden, die unmittelbar den lautereren Wettbewerb stören. Es muss ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem unlauteren Verhalten und der als Fruchtzugung beanstandeten Handlung bestehen. Zudem ist erforderlich, dass die Ausnutzung der Auswirkung ihrerseits die Voraussetzungen einer unerlaubten geschäftlichen Handlung erfüllt.⁴ Daran fehlte es vorliegend, weil die Klägerin kein Wettbewerbsverhalten der Beklagten angreift, das sich unmittelbar auf die unter Verletzung von Betriebsheimnissen hergestellten Knochenzemente bezieht.

Die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Gesamtabwägung der beteiligten Interessen, die auch die Interessen der Marktteilnehmer einbezieht, führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Klägerin würde während der Dauer eines zweijährigen Vertriebsverbots über einen Marktanteil von über 80 % verfügen. Die Beklagte wäre hingegen in ihrer aus Art. 12 Abs. 1 GG gewährten Berufsfreiheit betroffen; ihr würde eine Teilnahme am Wettbewerb durch für sich zulässiges Handeln verwehrt. Der Hersteller der nunmehr von der Beklagten vertriebenen Knochenzemente wäre in seinem Recht auf ungehinderten Marktzugang betroffen. Sodann berücksichtigt der Senat die bereits erfolgte Restitution innerhalb des Vorprozesses. Die Notwendigkeit darüber hinausgehender Verbote sei nicht festgestellt oder sonst ersichtlich.

⁴ a.a.O., juris, Rn. 23 f.

Zu Recht habe das Berufungsgericht auch eine Rechtfertigung der Unterlassungsanträge unter dem Gesichtspunkt der Schadensbeseitigung durch „Naturalherstellung durch zeitweiliges Unterlassen“ verneint. Der Bundesgerichtshof hat in der Vergangenheit angenommen, dass ein auf Naturalrestitution gerichteter Schadensersatzanspruch in besonderen Fällen darauf gerichtet sein kann, dass dem Verletzer eine gewisse Zeit verboten wird, wettbewerbliche Vorteile aus einem vorangegangenen unlauteren Verhalten zu ziehen; dergleichen hatte der I. Zivilsenat in Fällen der unlauteren Mitarbeiterabwerbung und der unlauteren Abwerbung eines Kundenstamms angenommen. Der Senat hat nunmehr offengelassen, ob an dieser Rechtsprechung angesichts der jeweils betroffenen Interessen Dritter und der Beschränkung des freien Wettbewerbs festzuhalten ist.⁵ Dies sei jedoch vorliegend nicht entscheidungserheblich. Ein auf Naturalrestitution gerichteter Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen kann allenfalls darauf gerichtet sein, dem Schädiger die Benutzung des unbefugt erlangten oder verwerteten Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses zu verbieten.⁶ Darum gehe es der Klägerin in diesem Verfahren aber nicht. Zudem stellt der Senat fest, dass gegen die zivilprozessuale Dispositionsmaxime gemäß § 308 Abs. 1 ZPO verstoßen würde, wenn über einen Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen Verletzung von Betriebsgeheimnissen durch den Vertrieb der Knochenzemente entschieden würde. Die Frage der Reichweite des Schadensersatzes sei Gegenstand des Vorprozesses gewesen, darüber sei rechtskräftig entschieden worden.

2. Per-se-Verbote

(entfällt)

⁵ a.a.O., juris, Rn. 41.

⁶ a.a.O., juris, Rn. 42.

3. Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen

a) „Verkürzter Versorgungsweg II“ (unlautere Herabsetzung, § 4 Nr. 1 UWG, § 4 Nr. 7 UWG)

Die Entscheidung des Senats vom 01. März 2018⁷ behandelt die Grundrechtsfähigkeit einer Handwerksinnung. Die klagende Hörgeräteakkustikerin, die bundesweit in Zusammenarbeit mit HNO-Ärzten Hörhilfen im sog. „verkürzten Versorgungsweg“ vertrieb, wehrte sich gegen Äußerungen des Geschäftsführers der Bundesinnung der Hörgeräteakkustiker. Sie vertrat überwiegend niedergelassene Hörgeräteakkustiker, die den „klassischen Versorgungsweg“ anbieten. In einem Online-Artikel hatte der Geschäftsführer der Innung über die Versorgung im verkürzten Weg gesagt: „Hier wird für schlechte Qualität gutes Geld ausgegeben.“ Daneben hieß es weiter: „Eine kontinuierliche Nachsorge durch den Arzt sei aber kaum möglich: zu lange Wartezeiten, falscher Umgang mit Reklamation, zu wenig Raum, um auf den Kunden eingehen zu können.“ Die Klägerin verlangte Unterlassen. Das Landgericht wies die Klage ab; auf die Berufung der Klägerin gab das Berufungsgericht der Klage statt. Nach Ansicht des Berufungsgerichts handele es sich bei den in Rede stehenden Äußerungen um unlautere Herabsetzungen, die zudem gegen das von öffentlich-rechtlichen Stellen zu beachtende Sachlichkeitsgebot verstießen. Eine überspitzt-polemische Formulierung sei der Innung aufgrund ihres Status verwehrt, die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gelte für sie nicht.

Diese Beurteilung hielt der Überprüfung durch den Bundesgerichtshof nicht stand. Der V. Zivilsenat betont in seiner Entscheidung die Erforderlichkeit einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt, um beurteilen zu können, ob ein Mitbewerber herabgewürdigt wird. Entscheidend ist die Sicht des informierten und verständigen Adressaten der Werbung oder Aussage.⁸ Dabei muss vorliegend entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts die Meinungsfreiheit in die Gesamtabwä-

⁷ Urteil vom 01. März 2018 – [I ZR 264/16](#) –.

⁸ a.a.O., juris, Rn. 15.

gung mit einbezogen werden. Eine die Klägerin herabsetzende Äußerung i.S.v. § 4 Nr. 7 UWG a.F. erkannte der Bundesgerichtshof nicht.

Zwar unterliegt die Innung bei ihrer Tätigkeit einem besonderen Neutralitäts- und Sachlichkeitsgebot. In die Fachkompetenz der Innungsverantwortlichen besteht ein hohes Vertrauen, das jedoch umso weniger gerechtfertigt ist, als bei ihrer Tätigkeit die Interessenwahrnehmung der in ihr zusammengeschlossenen Berufsträger im Vordergrund steht.⁹ Wird die Körperschaft des öffentlichen Rechts im Rahmen der ihr vom Staat übertragenen amtlichen Aufgaben tätig, gilt ein anderer Maßstab. In Anlehnung daran können sich beide Beklagte nach der Würdigung des Bundesgerichtshofs auf das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG berufen. Zunächst fallen bei Innungen übertragene staatliche Aufgaben der Wirtschaftsverwaltung weniger ins Gewicht. Die Grundrechtsfähigkeit hängt sodann von der Funktion ab, für die die Innung Grundrechtsschutz beansprucht. Soweit nicht die Funktion als Teil der öffentlichen Verwaltung, sondern die Wahrnehmung der gemeinsamen berufsständischen und wirtschaftlichen Interessen der in den Verbänden zusammengeschlossenen Berufsträger betroffen sei, komme die Grundrechtsfähigkeit in Betracht.¹⁰ So liege es im Streitfall. Es gehe um die Förderung der gewerblichen Interessen der überwiegenden Mitglieder der Innung. Diese Interessenvertretung sei keine gesetzliche Pflichtaufgabe. Daher sei in ihrem Rahmen auch eine Lockerung des Sachlichkeitsgebots anzunehmen.¹¹

Die Äußerungen sind danach dem sachlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit zuzuordnen, die angestrebte Verurteilung greift in diesen Schutzbereich ein. Die Bestimmung des Mitbewerberschutzes gemäß § 4 Nr. 7 UWG a.F. ist ein allgemeines Gesetz, das der Meinungsfreiheit Schranken setzen kann. Die Bestimmung muss aber ihrerseits im Lichte der Bedeutung der Meinungsfreiheit ausgelegt werden.¹² Daneben be-

⁹ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 24.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 39.

¹² a.a.O., juris, Rn. 31.

rücksichtigt der Senat, dass das beanstandete Interview nicht auf Veranlassung der Beklagten erschien; die Äußerungen dienten zudem der Information über gesundheitspolitischer Fragen.

b) „Handfugenspistole“ (Unlautere Nachahmung, § 4 Nr. 3 UWG, § 4 Nr. 9 UWG a.F.)

Bereits am 16. November 2017¹³ befasste sich der Bundesgerichtshof mit der unlauteren Nachahmung einer Handfugenspistole. Die Parteien stellten solche Pistolen her und vertrieben sie im Wettbewerb zueinander. Eine Ausführungsform der Beklagten ähnelte dem Modell H 14 der Klägerin. Diese verlangte Unterlassen sowie Feststellung der Schadensersatzpflicht und Ersatz vorgerichtlicher Abmahnkosten. Dieser Klage gab erst das Berufungsgericht statt, das in der Ausführungsform der Beklagten eine identische Nachahmung des Modells der Klägerin gesehen und eine vermeidbare Herkunftstäuschung angenommen hat. Den Vortrag der Klägerin, das Modell sei zu 95 % unter ihrer eigenen Marke auf den Markt gebracht und lediglich zu 5 % mit einer fremden Marke versehen worden, habe die Beklagte nicht erheblich bestritten.

Der Bundesgerichtshof konnte sich dieser Beurteilung nur in einem Punkt anschließen. Die gestalterischen Merkmale der streitgegenständlichen Handfugenspistole H 14 der Klägerin seien grundsätzlich geeignet, die Annahme wettbewerblicher Eigenart zu tragen. Dazu habe die Klägerin detailliert ausgeführt, so dass es nicht erforderlich gewesen sei, die Handfugenspistole vorzulegen. Grundsätzlich muss der Kläger, wenn er für ein Produkt wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz in Anspruch nimmt, zu dem Produkt und dessen Merkmalen, die seine wettbewerbliche Eigenart begründen, konkret vortragen. Hierfür kann er sich Abbildungen bedienen, soweit diese die in Rede stehende Ware und deren Merkmale deutlich erkennen lassen. Im Regelfall wird der Kläger gehalten sein, dem Gericht das Schutz beanspruchende Produkt vorzulegen.¹⁴

¹³ Urteil vom 16. November 2017 – [I ZR 91/16](#) –.

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 17.

Soweit das Berufungsgericht die wettbewerbliche Eigenart der Handfugengpistole der Klägerin nicht wegen teilweisen Vertriebs unter fremder Kennzeichnung verneint hat, lässt dies nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht deutlich genug erkennen, wem die Darlegungs- und Beweislast für die Frage obliegt, ob das Produkt der Klägerin in nicht nur geringfügigem Umfang unter fremder Kennzeichnung in Verkehr gelangt ist. Zwar sei soweit die Beklagte nach allgemeinen Grundsätzen dafür darlegungs- und beweispflichtig, der Annahme wettbewerblicher Eigenart stehe entgegen, dass das Produkt umfangreich unter Fremdkennzeichnungen in Verkehr gelangt sei. Hierbei handele es sich um einen Umstand, der die an sich gegebene wettbewerbliche Eigenart entfallen lasse. Soweit die beklagte Partei aber zum Umfang der Fremdkennzeichnung nicht in vollem Umfang aus eigener Anschauung vortragen könne, obliege der Klägerin eine sekundäre Darlegungslast, die die Frage betreffe, in welchem Umfang die Klägerin es gestatte, dass ihr Produkt mit einer fremden Kennzeichnung versehen werde.¹⁵ Im Streitfall hat das Berufungsgericht nach Dafürhalten des Bundesgerichtshofs zu Unrecht die Geringfügigkeit des Vertriebs unter fremder Kennzeichnung angenommen. Der Vortrag der Beklagten sei erheblich und entsprechend zu berücksichtigen gewesen. Der Senat hat daher das Urteil aufgehoben und zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Sowohl zum Umfang des Vertriebs unter fremder Kennzeichnung als auch zur konkreten Kennzeichnung der Produkte der Klägerin fehlten Feststellungen, die nachzuholen seien.

Steht fest, dass der Vertrieb nicht nur geringfügig unter fremder Kennzeichnung erfolgt sei, ist zu prüfen, in welcher Weise die angesprochenen Verkehrskreise die Kennzeichnung mit einer oder zwei Marken verstehen und ob dieses Verkehrsverständnis der Annahme wettbewerblicher Eigenart entgegenstehe. Soweit es in diesem Zusammenhang darauf ankommt, wie die fremde Marke vom angesprochenen Verkehr verstanden wird, ist die Klägerin für die ihr günstige Behauptung darlegungs- und beweispflichtig.

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 22.

tig, bei der FremddMarke handele es sich nicht um eine Herstellermarke, sondern um eine für die wettbewerbliche Eigenart unschädliche Handelsmarke.¹⁶

c) „Gewohnt gute Qualität“ (Unlautere Nachahmung, § 4 Nr. 3 UWG, § 4 Nr. 9 UWG a.F.)

Die Nachahmung einer Dienstleistung hat das Urteil des Senats vom 15. Februar 2018¹⁷ zum Gegenstand. Ehemalige Mitarbeiter der Klägerin, die auf dem Gebiet der Schädlingsbekämpfung tätig war, hatten sich nach dem Ausscheiden aus der Firma mit einem eigenen Betrieb, der Beklagten, selbstständig gemacht. In einer E-Mail informierten sie die Kunden der Klägerin und boten „Service in gewohnt guter Qualität“ sowie „gute und professionelle Beratung“ an. Diese E-Mail beanstandete die Klägerin als irreführend; die Beklagte nütze damit zudem die Wertschätzung der von ihr nachgeahmten Dienstleistung unangemessen aus. Land- und Berufungsgericht hatten der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hatte die Wettbewerbswidrigkeit auf einen Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG gestützt sowie auf den Gesichtspunkt der unzulässigen Nachahmung.

Der Bundesgerichtshof hat die Berufungsentscheidung bereits wegen einer Verletzung der Beklagten in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör aufgehoben. Die Klägerin hatte die E-Mail der Beklagten zunächst allein unter dem Aspekt einer Irreführung und später auch unter dem Gesichtspunkt einer Nachahmung beanstandet. Nachdem das Landgericht der Klage wegen Irreführung stattgegeben hatte, hat die Klägerin in der Berufungsinstanz allein auf diesen Aspekt der Irreführung abgestellt. Daher musste nach der Würdigung des Bundesgerichtshofs ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach diesem Prozessverlauf nicht damit rechnen, dass das Berufungsgericht die Klage unter einem anderen Gesichtspunkt – wegen eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG – für begründet hält. Daher habe das Berufungsgericht seine Hinweispflicht aus

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 45.

¹⁷ Urteil vom 15. Februar 2018 – [I ZR 243/16](#) –.

§ 139 ZPO verletzt. Die Beklagte hatte insoweit in ihrer Revision prozessordnungsgemäß geltend gemacht, sie hätte auf den gebotenen Hinweis des Berufungsgerichts vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass sie die E-Mail allein an solche Empfänger versandt habe, die ihre Einwilligung hierzu zuvor ausdrücklich erteilt hätten. Der hierdurch begründeten Entscheidungserheblichkeit der Gehörsverletzung stand auch nicht der Einwand der Klägerin entgegen, dieses vorgetragene hypothetische Vorbringen der Beklagten stehe im Gegensatz zu ihrem erstinstanzlichen Vortrag, bei der streitgegenständlichen E-Mail habe es sich lediglich um einen versehentlich versandten Entwurf gehandelt. Der Bundesgerichtshof verweist insoweit auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach eine Partei nicht gehindert ist, ihr Vorbringen im Laufe des Rechtsstreits zu ändern, zu ergänzen oder zu berichtigen; eine durch die Änderung etwa entstehende Widersprüchlichkeit im Parteivortrag sei allein im Rahmen der Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO zu berücksichtigen.¹⁸

Der Bundesgerichtshof ist darüber hinaus der Würdigung des Berufungsgerichts entgegengetreten, mit der streitgegenständlichen E-Mail habe die Beklagte entgegen § 4 Nr. 3 Buchst. b) UWG die Wertschätzung der nachgeahmten Dienstleistung unangemessen ausgenutzt. Der Bundesgerichtshof beanstandet insoweit, dass das Berufungsgericht keine Feststellungen zur wettbewerblichen Eigenart der Dienstleistung getroffen habe. Eine "gute und professionelle Beratung" und ein "Service in gewohnt guter Qualität" seien keine besonderen Merkmale einer Dienstleistung und daher nicht geeignet, die wettbewerbliche Eigenart einer Dienstleistung zu begründen.¹⁹ Ob die E-Mail irreführende Angaben enthält, hatte das Berufungsgericht offen gelassen. Der Bundesgerichtshof hat daher das Urteil aufgehoben und zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 21.

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

(1) „Gefäßgerüst“ (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 HWG)

Das Urteil vom 01. Februar 2018²⁰ behandelt die Abgrenzung eines Medizinprodukts von einem Arzneimittel und damit verbundene Einschränkungen bei der Werbung durch Vorgaben des Heilmittelwerbegesetzes. Die Beklagte bewarb eines ihrer Produkte, ein bioresorbierbares Gefäßgerüst, auf ihrer Internetseite mit einem Video, in dem eine Patientengeschichte dargestellt war und ein Arzt zur Behandlung mit diesem selbstauflösenden Stent riet. Diese Werbung verstieß nach Ansicht der Klägerin gegen das Verbot der Werbung einer Behandlung mit einer ärztlichen Empfehlung aus § 11 Abs. 1 Nr. 2 HWG. Land- und Berufungsgericht hatten die Klage auf Unterlassen abgewiesen. Das Verbot aus dem Heilmittelwerbegesetz sei auf die streitgegenständliche Werbung nicht anwendbar, da es sich bei dem Stent um ein Medizinprodukt i.S.v. § 3 MPG handele, auf das § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG wegen § 11 Abs. 1 Satz 2 HWG nicht anwendbar sei. Dem hat sich der Bundesgerichtshof angeschlossen und die an das Berufungsurteil gerichtete Revision zurückgewiesen.

Die Bestimmung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG stellt eine dem Schutz der Gesundheit der Verbraucher dienende Marktverhaltensregelung dar, deren Verletzung zur spürbaren Beeinträchtigung der Interessen der angesprochenen Verbraucherinnen und Verbraucher geeignet ist.²¹ Die angegriffene Werbung enthalte eine ärztliche Empfehlung für das bioresorbierbare Gefäßgerüst. Bei diesem handele es sich wegen des aufgetragenen Wirkstoffs, der übermäßiges Gewebewachstum verhindern soll, sowie wegen seiner selbstauflösenden Beschaffenheit nicht um ein Arzneimittel.²² Das Gefäßgerüst sei ein Medizinprodukt i.S.v. § 3 Nr. 1 Buchst. a) MPG, das der Behandlung koronarer Herzkrankheiten dient und auf das das Werbeverbot wegen § 11 Abs. 1 Satz 2 HWG nicht anwendbar ist. Die Hauptwirkung sei die bestimmungsgemäße Implantation in der Gefäß-

²⁰ Urteil vom 01. Februar 2018 – [I ZR 82/17](#) –.

²¹ a.a.O., juris, Rn. 13.

²² a.a.O., juris, Rn. 19.

wand zur Verbesserung des Blutdurchflusses, die trotz aufgetragener Wirkstoffe auf physikalischem Weg erreicht werde. Wegen des ausdrücklichen Ausschlusses des Werbeverbots für Medizinprodukte in § 11 Abs. 1 Satz 2 HWG kann sich keine andere Beurteilung daraus ergeben, dass das streitgegenständliche Produkt im Körper einen Wirkstoff freisetze und damit als „einem Arzneimittel angenähert“ einzuordnen sei.²³

Eine Einordnung als „Gegenstand“ i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG, für den das streitgegenständliche Werbeverbot gilt, widerspräche der Gesetzesbegründung zum Heilmittelwerbegesetz, wonach der Begriff der „Gegenstände“ i.S. der Bestimmung keine Medizinprodukte i.S. des § 3 MPG umfasse. Der Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes für Medizinprodukte sei ohne Rücksicht darauf eröffnet, ob es sich um „Gegenstände“ handele. Daher seien auch die Werbeverbote aus § 11 Abs. 1 Satz 1 HWG für alle Medizinprodukte anzuwenden, ohne dass es auf eine Einordnung als Gegenstand gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG ankomme. Die beschränkte Anwendbarkeit der Werbeverbote des § 11 Abs. 1 Satz 1 HWG auf Medizinprodukte gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 HWG gelte sowohl für gegenständliche als auch für stoffliche Medizinprodukte.²⁴

Schließlich würde mit der angegriffenen Werbung keine Behandlung beworben, sondern ein Medizinprodukt. Das operative Verfahren zur Einbringung des Stants weise keine Besonderheiten gegenüber herkömmlichen Stants auf. Auf die strittige Frage, ob das Werbeverbot aus § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG auch auf Behandlungen mit Medizinprodukten anwendbar ist, brauchte der Senat bei dieser Sichtweise nicht mehr einzugehen.

²³ a.a.O., juris, Rn. 25.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 26 f.

(2) „Bio-Gewürze II“ (Artt. 28 Abs. 1 Buchst. b, 2 EG-Öko-Basisverordnung)

Am 29. März 2018²⁵ befasste sich der Senat erneut mit über einen Internetversandhandel vertriebenen „Bio-Gewürzen“. Die Beklagte, die über das Internet insbesondere Kamin- und Grillbedarf vertrieb, war nicht dem Kontrollsystem des Art. 27 EG-Öko-Basisverordnung unterstellt. Zu ihrem Angebot gehörten allerdings auch verschiedene „Bio“-Gewürzmischungen. Die klagende Wettbewerbszentrale mahnte die Beklagte wegen eines Verstoßes gegen § 28 Abs. 1 EG-Öko-Basisverordnung (Verordnung Nr. 834/2007) ab.

Nachdem die Beklagte der Aufforderung zur Abgabe einer strafbewährten Unterlassungserklärung nachgekommen war, verlangte die Klägerin teilweise die Erstattung eines Teils der ihr durch die Abmahnung entstandenen Aufwendungen. Nach Art. 28 Abs. 1 unter Abs. 1 Buchst. b) EG-Öko-Basisverordnung ist jeder Unternehmer, der Erzeugnisse i.S. dieser Verordnung erzeugt, aufbewahrt, lagert, aus einem Drittstaat einführt oder in Verkehr bringt, verpflichtet, vor einem Inverkehrbringen von jeglichen Erzeugnissen als ökologische/biologische Erzeugnisse oder als Umstellungserzeugnisse sein Unternehmen dem Kontrollsystem nach Art. 27 der Verordnung zu unterstellen. Gemäß Art. 28 Abs. 2 dieser Verordnung können die Mitgliedsstaaten allerdings Unternehmer, die Erzeugnisse „direkt an Endverbraucher oder -nutzer verkaufen“, von der Anwendung des Art. 28 der Verordnung befreien, sofern – u.a. – die Unternehmer die Erzeugnisse nicht selbst erzeugen oder aufbereiten. Diese Bestimmung hat der deutsche Gesetzgeber in § 3 Abs. 2 ÖLG umgesetzt.

Nach Klageabweisung in erster Instanz hatte das Berufungsgericht der Klage stattgegeben. Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte mit Beschluss vom 24. März 2016²⁶ das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH die Frage vorgelegt, ob ein „direkter Verkauf“ i.S.v. Art. 28 Abs. 2 EB-Öko-

²⁵ Urteil vom 29. März 2018 – [I ZR 243/14](#) –.

²⁶ Beschluss vom 24. März 2016 – [I ZR 243/14](#) –.

Basisverordnung an Verbraucher bereits dann vorliegt, wenn der Unternehmer oder sein Verkaufspersonal dem Endverbraucher die Erzeugnisse ohne Zwischenschaltung eines Dritten verkauft, oder ob ein solcher „direkter Verkauf“ darüber hinaus erfordert, dass der Verkauf am Ort der Lagerung der Erzeugnisse unter gleichzeitiger Anwesenheit des Unternehmers oder seines Verkaufspersonals und des Endverbrauchers erfolgt. Der EuGH hatte über diese Vorlagefrage durch Urteil vom 12. Oktober 2017²⁷ entschieden und die Frage dahin beantwortet, dass Erzeugnisse nur dann im Sinne des Art. 28 Abs. 2 EG-Öko-Basisverordnung "direkt" an den Endverbraucher oder -nutzer verkauft werden, wenn der Verkauf unter gleichzeitiger Anwesenheit des Unternehmers oder seines Verkaufspersonals und des Endverbrauchers erfolge.

Im Urteil vom 29. März 2018 hebt der Bundesgerichtshof nunmehr hervor, dass die Vorschrift des Art. 28 Abs. 1 Unterabschnitt 1 Buchst. b) der EG-Öko-Basisverordnung eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG darstellt.²⁸ Die Vorschrift sei dazu bestimmt, das Marktverhalten der Unternehmer im Interesse der Verbraucher zu regeln. Die Verpflichtung zur Unterstellung unter ein Kontrollsystem diene der Kontrolle der Einhaltung der durch die Verordnung geschaffenen Verpflichtungen. Bei Art. 28 handele es sich auch um eine Rechtsvorschrift der Union in Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten i.S.v. Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 der EGP-Richtlinie. Die Beklagte habe Art. 28 der Verordnung zuwider gehandelt.²⁹ Die Beklagte habe dadurch, dass sie im fraglichen Zeitraum Gewürze zum Verkauf angeboten habe, Erzeugnisse i.S. der Verordnung in Verkehr gebracht. Das Berufungsgericht sei mit Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte nicht gemäß § 3 Abs. 2 ÖLG von den Pflichten der Verordnung freigestellt gewesen ist. Nach der Entscheidung des EuGH im Vorlageverfahren sei Art. 28 Abs. 2 der Verordnung dahin auszulegen, dass ein direkter Verkauf von Erzeugnissen die gleichzeitige Anwesenheit des Unternehmers oder seines Verkaufspersonals er-

²⁷ Urteil vom 12. Oktober 2017 – C-829/16 – Wettbewerbszentrale/Kamin- und Grillshop –.

²⁸ Urteil vom 29. März 2018 – a.a.O. – juris, Rn. 12.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 23 f.

fordere. Es seien auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der EuGH bei seiner Entscheidung Bestimmungen der EU-Grundrechtecharta nicht in der gebotenen Weise berücksichtigt habe.³⁰

(3) „Bonusaktion für Taxi App“ (§§ 51 Abs. 5 39 Abs. 3, PBefG)

Mit Urteil ebenfalls vom 29. März 2018³¹ entschied der Senat über Rabattaktionen für Taxi-Dienstleistungen und deren Vereinbarkeit mit der Tarifpflicht im Taxiverkehr. Die Beklagte vermittelte Taxifahrten über eine Bestell-App. Während der fraglichen Rabattaktion bezahlten registrierte Nutzer, die ein Taxi über die App bestellt hatten und den Fahrpreis bargeldlos über diese App entrichteten, lediglich die Hälfte des vom Fahrpreisanzeiger des Taxis ermittelten Fahrpreises; der Taxiunternehmer erhielt den vollen Fahrpreis abzüglich einer Vermittlungsprovision und gegen Abtretung seines Anspruchs gegen den Fahrgast von der Beklagten. Die weiteren streitgegenständlichen Bonusaktionen waren ähnlich ausgestaltet. Allen war gemeinsam, dass die teilnehmenden Taxiunternehmer den nach den örtlichen Taxitarifen ermittelten Fahrpreis abzüglich der Vermittlungsprovision vom Anbieter der Bestell-App in voller Höhe erhielten.

Die Rabattaktionen verstießen nach Ansicht der klagenden Taxizentrale gegen die behördliche Preisfestsetzung für den Taxiverkehr und begründeten einen unlauteren Behinderungswettbewerb. Das Berufungsgericht hatte die Berufung gegen das stattgebende Urteil des Landgerichts unter Abänderung des Unterlassungstenors zurückgewiesen. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat der Fahrpreis im Verhältnis zum Kunden unter den örtlichen Taxitarifen gelegen; für den Verstoß gegen die Tarifpflicht durch die Taxiunternehmer sei die Beklagte als Anstifterin oder Gehilfin verantwortlich. Diese Beurteilung hielt der Überprüfung durch den Bundesgerichtshof nicht stand.

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 30.

³¹ Urteil vom 29. März 2018 – [I ZR 34/17](#) – (an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt).

Die Regelungen der § 51 Abs. 5, § 39 Abs. 3 PBefG zur Tarifpflicht im Taxiverkehr sind nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 3a UWG.³² Danach dürfen die von den Gemeinden festgesetzten Tarife weder über- noch unterschritten werden und sind gleichmäßig anzuwenden. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts unterschreiten die an den Rabattaktionen teilnehmenden Unternehmer aber nicht das tarifliche Beförderungsentgelt. Ihr Vermögen werde nach der Beförderung des Fahrgastes in Höhe des gebundenen Festpreises vermehrt. Es komme nicht darauf an, wie der Fahrgast dieses Entgelt finanziere und ob er dieses von einem gegenüber dem Taxiunternehmer unabhängigen Dritten erstattet bekomme.³³ Somit liege kein Wettbewerbsverstoß vor, für den die Beklagte als Teilnehmerin verantwortlich sein könne.

Ein Preiswettbewerb zwischen Taxiunternehmen, der allein dadurch entstehe, dass sich Taxiunternehmen freiwillig für oder gegen die Beteiligung an einer bestimmten Aktion oder Vermittlungsplattform entscheiden, bei der das ihnen zufließende Beförderungsentgelt jedoch dem Tarif entspreche, stelle auch keinen nach Sinn und Zweck der Festpreise für den Taxiverkehr unzulässiger Preisnachlass dar.³⁴ Die Tarifpflicht werde nicht in unzulässiger Weise umgangen (§ 6 PBefG). Wenn der Betreiber der Taxi-Bestell-App im Rahmen von Werbeaktionen eine angemessene Vermittlungsprovision von dem die Fahrt ausführenden Taxiunternehmen erhalte, fließe diesem trotz dieses Abzugspostens das volle tarifliche Beförderungsentgelt zu.³⁵ Dabei verweist der Senat auf Unterschiede zur Buchpreisbindung, für die eine strengere Betrachtungsweise geboten sei. Der Taxiverkehr sei durch die beanstandeten Werbeaktionen der Beklagten dagegen nicht beeinträchtigt.³⁶

³² a.a.O., juris, Rn. 21.

³³ a.a.O., juris, Rn. 24.

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 40.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 26.

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 30.

Das Berufungsurteil stelle sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Eine gezielte Behinderung sei aufgrund der beanstandeten Rabattaktionen nicht festzustellen. Eine nicht kostendeckende Erbringung von Dienstleistungen sei grundsätzlich zulässig, solange ein Verhalten, das zur Verdrängung von Mitbewerbern geeignet sei und in Verdrängungsabsicht erfolge, nicht vorliege. Dazu habe die Klägerin für die fraglichen Rabattaktionen nicht ausreichend vorgetragen.

(4) „Namensangabe“ (§ 312a Abs. 1 BGB)

Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. April 2018³⁷ behandelt die telefonische Kontaktaufnahme mit Verbrauchern. Ein mit der Klägerin im Wettbewerb stehender Stromlieferant versuchte, eine Kundin der Klägerin für einen Wechsel zur Beklagten zu werben. Der Mitarbeiter der Beklagten nannte zwar das Unternehmen, für das er arbeitete, gab aber für die eigene Person einen falschen Namen an. Der Klage auf Unterlassen hatte das Landgericht stattgegeben; das Berufungsgericht hatte die Klage abgewiesen. Es handele sich nicht um einen Verstoß gegen die Informationspflicht aus § 312a Abs. 1 BGB, der einen Anspruch aus §§ 3, 4 Nr. 11 UWG a.F. auslösen könne. Eine unionskonforme Auslegung der Vorschrift ergebe, dass die Offenbarungspflicht den Unternehmer treffe und das Informationsbedürfnis des Verbrauchers nicht den einzelnen Mitarbeiter betreffe. Ein Anspruch bestehe auch nicht aus § 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3 UWG oder aus § 3 Abs. 1 UWG a.F.

Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Ein Anspruch aus §§ 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Alt. 1, 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1, 12 Abs. 1 Satz 2 UWG könne aufgrund der getroffenen Feststellungen nicht ausgeschlossen werden. Im Streitfall gehe es um eine objektiv unrichtige Angabe, die auch dann irreführend sein könne, wenn sie keinen der in § 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 UWG aufgeführten Umstände betrifft. Es komme hier

³⁷ Urteil vom 19. April 2018 – [I ZR 244/16](#) –.

nicht darauf an, ob die unwahre Angabe zur Täuschung geeignet sein muss oder ob bei unwahren Angaben das Erfordernis der Täuschungseignung entfällt, da die Angabe des falschen Namens vorliegend zur Täuschung geeignet gewesen sei. Feststellungen, ob dies wiederum die geschäftliche Entscheidung der Kunden habe beeinflussen können, fehlten. Der Bundesgerichtshof gibt zu bedenken, dass der Name des Mitarbeiters später relevant sein könne, wenn es beispielsweise um vertragliche Rechtsdurchsetzung gehe.³⁸

Die Annahme des Berufungsgerichts zu den Informationspflichten im Fernabsatz hat der Senat dagegen bestätigt. Die in § 312a Abs. 1 BGB enthaltene Marktverhaltensregelung gemäß § 3a UWG und § 4 Nr. 11 UWG a.F.³⁹ erfordert bei einer telefonischen Kontaktaufnahme mit dem Verbraucher die Offenbarung der Identität des Unternehmers sowie des geschäftlichen Zwecks. Nicht erfasst ist die Identität des für den Unternehmer anrufenden Mitarbeiters, der selbst nicht Unternehmer ist.⁴⁰ Indem der Mitarbeiter der Beklagten einen falschen Namen bei den streitgegenständlichen Anrufen angegeben hatte, hätten er oder die Beklagte daher nicht gegen die Informationspflicht verstoßen. Die richtlinienkonforme Auslegung des Berufungsgerichts lasse keine Rechtsfehler erkennen. Ein verbraucherrechtlich schützenswertes Informationsinteresse bei einer telefonischen Kontaktaufnahme zur Vertragsanbahnung bestehe nur im Hinblick auf den künftigen Vertragspartner, nicht aber dessen Mitarbeiter.⁴¹

4. Irreführung (§ 5 UWG)

a) „Festzins Plus“ (irreführende Blickfangangabe)

Die Entscheidung des Senats vom 21. September 2017⁴² betrifft die Aufmachung eines Angebots für Kapitalanlagen auf der Internetseite eines

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 45.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 32.

⁴² Versäumnisurteil vom 21. September 2017 – [I ZR 53/16](#) –.

Immobilienunternehmens. Dort waren zwei Anlageformen nacheinander dargestellt, von dem die erste unter der Bezeichnung „Hypo Festzins“ mit 100%-Besicherung des Kapitals aufgeführt war. Die zweite Form trug den Namen „Festzins Plus“, versprach in der Überschrift 5,75 % bis 6,25 % Festzins pro Jahr und erwähnte die Konzeption als Nachrangdarlehen. Die klagende Verbraucherzentrale betrachtete das Angebot als irreführend, da es das Ausfallrisiko für die Zinszahlung aus einem Nachrangdarlehen nicht hinreichend verdeutlichte. Land- und Berufungsgericht hatten die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hatte gemeint, die im Antrag auf Unterlassung der Bewerbung des Angebots für „Festzins Plus“ enthaltene Formulierung, einen „klarstellenden, deutlich hervorgehobenen Hinweis auf die Ausgestaltung als Nachrangdarlehen“ aufzunehmen, sei nicht hinreichend bestimmt. Der Klägerin habe auch kein Hinweis zur Anpassung ihres Unterlassungsantrags gegeben werden müssen, da die Klage zudem unbegründet sei. Die beanstandete Werbung sei nicht irreführend, das Risiko hinreichend klar dargestellt.

Im Wege eines Versäumnisurteils hat der Bundesgerichtshof die Auffassung des Berufungsgerichts bekräftigt, dass der Unterlassungsantrag der Klägerin unbestimmt gewesen sei. Der Antrag der Klägerin enthalte keine Bezugnahme auf die konkrete Verletzungsform, die geeignet wäre, das Verbot mit Blick auf Inhalt und Gestaltung des zur Vermeidung der Irreführung nicht genügenden Hinweises einzugrenzen.⁴³ Der Klägerin sei aber eine Nachbesserungsmöglichkeit zu gewähren gewesen, da ihr in der Sache der Unterlassungsanspruch zustehe. Er hat das angefochtene Urteil aufgehoben und zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Senat hat im Gegensatz zum Berufungsgericht eine Verletzung des § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG bejaht. Die im Blickfang der Werbung verwendete Bezeichnung "Festzins plus" sei objektiv unrichtig, weil sie eine Sicherheit der für das Darlehen anfallenden Zinszahlung suggeriere,

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 13.

obgleich die Zinszahlung tatsächlich nicht nur von der Solvenz des Darlehensnehmers abhängt, sondern mit der Erwirtschaftung eines hinreichenden Gewinns des Darlehensnehmers stehe und falle.⁴⁴ Diese Irreführung werde durch einen Risikohinweis am Ende der Werbung nicht entkräftet. Der durch eine irreführende Blickfangangabe verursachte Irrtum werde auch bei wirtschaftlich bedeutsamen Erwerbsvorgängen regelmäßig nicht durch einen Hinweis am Ende eines nachfolgenden umfangreichen und unübersichtlichen Texts ausgeräumt, dessen inhaltlicher Bezug zum Blickfang nicht klargestellt wird.⁴⁵

b) „Tiegelgröße“ (Mogelpackung)

In der Entscheidung vom 11. Oktober 2017⁴⁶ befasst sich der Senat mit dem Vorwurf einer Täuschung aufgrund einer größer als tatsächlich zur Verpackung der Tagescreme erforderlich dimensionierten Verpackung. Die Umverpackung war 7 cm hoch und enthielt in der Höhe von 3 cm einen eingezogenen Boden, auf dem der Cremetiegel stand. Dieser enthielt 50 ml Creme, die Angabe dazu befand sich auf der Verpackungsunterseite. An der Seite war der Tiegel in Originalgröße abgebildet. Nach Ansicht der klagenden Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs handelte es sich um eine „Mogelpackung“, die gegen Vorgaben des Mess- und Eichwesens verstoße sowie gegen das Irreführungsverbot. Es werde eine größere Füllmenge vorgetäuscht, mithin erwarte der Verkehr, dass die Verpackung der Tiegelgröße entspreche.

Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen. Dagegen hatte das Berufungsgericht zwar keine Täuschung über die Füllmenge gesehen, es hatte aber eine Irreführung über die Größe des in der äußeren Verpackung enthaltenen Cremetiegels erkannt. Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil aufgehoben und das klageabweisende landgerichtliche Urteil wiederhergestellt. Den gerügten Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO hat der

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 25 f.

⁴⁶ Urteil vom 11. Oktober 2017 – [I ZR 78/16](#) –.

Senat verneint. Der Kläger sei gehalten, in der Klage substantiiert diejenigen Irreführungsaspekte darzulegen und zu den gemäß § 5 Abs. 1 UWG dafür maßgeblichen Tatbestandsvoraussetzungen einer irreführenden geschäftlichen Handlung konkret vorzutragen, auf die er seinen Klageangriff stützen wolle. Das Gericht dürfe eine Verurteilung nur auf diejenigen Irreführungsgesichtspunkte stützen, die der Kläger schlüssig vorgetragen habe.⁴⁷ Die Irreführung über Füllmenge und Größe des Tiegels betrifft gleichermaßen die Relation von äußerer Umverpackung und deren Inhalt. Zudem habe die Klägerin auch auf eine enttäuschte Verbrauchererwartung in Bezug auf die Größe des Tiegels abgestellt. Das Berufungsgericht habe deshalb keinen Irreführungsaspekt zugrunde gelegt, der nicht auch vorgebracht worden sei.

In der Sache verneint der Senat aber eine Irreführung wegen der Gestaltung der Außenverpackung, auf der die Originalgröße des Tiegels abgebildet gewesen ist. Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Verbraucher werde das Produkt ohne umfassende Begutachtung aus dem Regal heraus kaufen, spreche im Streitfall die Art und Bedeutung der Ware. Geht es um Produkte wie Lebensmittel, bei denen der Verbraucher seine Kaufentscheidung regelmäßig auch von ihrer Zusammensetzung abhängig macht, ist davon auszugehen, dass er nicht nur die Schauseite einer Packung, sondern auch die an anderer Stelle angebrachten Verzeichnisse über die Inhaltsstoffe wahrnehmen wird.⁴⁸

Das Berufungsurteil stellte sich aus Sicht des Senats nicht im Ergebnis als richtig dar. Das Berufungsgericht habe ohne Rechtsfehler eine Irreführung über die Füllmenge des Tiegels verneint, da es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass der Verkehr in einer größeren Verpackung stets eine größere Füllmenge erwarte. Die Annahme einer Täuschung über die Füllmenge des Produkts durch die Gestaltung der Größe der Umverpackung ("Mogelpackung") hänge davon ab, ob der Verkehr nach den Umständen des Ein-

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 27.

zelfalls im Hinblick auf das konkret in Rede stehende Produkt die Vorstellung habe, dass die Größe der Verpackung in einem angemessenen Verhältnis zur Menge des darin enthaltenen Produkts stehe.⁴⁹ Einheitliche Packungsgrößen würden am Markt für mittelpreisige Tagescremes nicht angeboten; Grundannahmen des Verkehrs hinsichtlich des Verhältnisses von Packungsgröße und Füllmenge seien nicht ersichtlich.

c) „Kraftfahrzeugwerbung“ (Vorenthalten wesentlicher Informationen)

Am 18. Oktober 2017⁵⁰ entschied der I. Senat zu einer Printkraftfahrzeugwerbung, die keine Angaben zur Identität des werbenden Unternehmens enthielt. Der beklagte Autohändler hatte mit Hilfe eines Modells der Streithelferin für ein Fahrzeug geworben. Der klagende Wettbewerbsverein hatte die fehlende Angabe von Identität und Anschrift des Händlers bemängelt sowie die fehlende Angabe der Anschrift des Vertragspartners für die aufgeführte optionale Kfz-Finanzierungs- und/oder Kfz-Versicherung. Nach Auffassung von Land- und Berufungsgericht hatte mit der Anzeige jedoch kein Angebot i.S.v. § 5a Abs. 3 UWG vorgelegen, da die Motorisierung und die Art des für den Betrieb benötigten Treibstoffs nicht aufgeführt waren. Deshalb hätten die Vorinstanzen die Angaben zum werbenden Unternehmen als nicht wesentlich gewertet. Eine solche Anzeige fordere zudem nicht zum Abschluss eines Kredit- oder Versicherungsvertrags auf.

Dieser Beurteilung hat sich der Bundesgerichtshof nicht angeschlossen und das Urteil des Berufungsgerichts im Wesentlichen aufgehoben. Die beanstandete Werbung habe ein Angebot i.S.v. § 5a Abs. 3 UWG enthalten, da ein bestimmtes Kraftfahrzeugmodell unter Hinweis auf die es individualisierenden Merkmale Gegenstand gewesen sei. Ein Angebot in diesem Sinn setze nicht voraus, dass bereits alle wesentlichen Merkmale des Produkts in einem dem verwendeten Kommunikationsmittel angemessenen Umfang angegeben werden. Dies folge schon aus der Erwägung,

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 47.

⁵⁰ Urteil vom 18. Oktober 2017 – [I ZR 84/16](#) –; vgl. auch das weitgehend gleiche Urteil vom 18. Oktober 2017 – [I ZR 260/16](#) – (an diesen Verfahren war unsere Sozietät beteiligt).

dass die Vorschrift des § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG andernfalls keinen Anwendungsbereich hätte.⁵¹ Die Informationen zur Identität des anbietenden Unternehmens seien zudem wesentlich gewesen. Hinsichtlich des Umfangs der mitzuteilenden Angaben hat der Senat differenziert: Tritt ein Händler als Einzelunternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit auf, kann es sich um einen Geschäftsbetrieb handeln, der keinen oder einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Der Unternehmer muss bei einem Angebot i.S.v. § 5a Abs. 3 UWG seinen Vornamen und seinen Zunamen sowie seine Anschrift angeben. Bei Einzelkaufleuten muss in dieser Situation die Firma mit der Rechtsformbezeichnung "eingetragener Kaufmann" oder einer allgemein verständlichen Abkürzung dieser Bezeichnung angegeben werden.⁵² Im Streitfall sei eine Angabe der Postleitzahl nicht erforderlich gewesen, da die Anschrift wegen der Angabe des Ortes nebst Stadtteil und der Straße sowie der Hausnummer festgestanden habe.

Feststellungen zu der Frage, ob der Verbraucher die als fehlend gerügten Informationen benötigte, hatte das Berufungsgericht nicht getroffen. Nach der Lebenserfahrung sei jedoch davon auszugehen, dass der Verbraucher bei einem Angebot i.S.v. § 5a Abs. 3 UWG die Information über die Identität des potentiellen Geschäftspartners für eine informierte geschäftliche Entscheidung benötige, sofern nichts Gegenteiliges vorgetragen sei.⁵³

Schließlich seien auch die Angaben zu den Anschriften der Vertragspartner der Versicherungen als wesentliche Informationen einzuordnen, die der Beklagte entgegen § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG vorenthalten habe.

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁵² a.a.O., juris, Rn 20 f.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 25.

d) „Knochenzement II“ (Vorenthalten wesentlicher Informationen)

Die zweite Entscheidung des Senats vom 16. November 2017⁵⁴ dreht sich um die Werbung mit einer Spitzenstellung, die unter anderem auf der Verletzung von Betriebsgeheimnissen beruht. In Ergänzung zum Sachverhalt der Entscheidung „Knochenzement I“, der dieselben Beteiligten betrifft, beanstandete die Klägerin in diesem Verfahren die Verwendung der Angabe „Zurück an die Spitze“ in der Überschrift einer Pressemitteilung. Daneben war in Zwischenüberschriften die ebenfalls angegriffene Behauptung enthalten, die Beklagte sei bis August 2014 Marktführer im Bereich Knochenzemente gewesen. Neben den bereits oben⁵⁵ angesprochenen Verstößen gegen Marktverhaltensregelungen und die wettbewerbliche Generalklausel, rügte die Klägerin die Werbung als irreführend, weil die Beklagte diese Stellung nur wegen der unbefugten Verwendung von Betriebsgeheimnissen innegehabt habe. Diese Information werde dem Verkehr in der Internetwerbung verschwiegen. Land- und Berufungsgericht hatten auch diese Klage auf Unterlassen abgewiesen. Da die Aussagen über die Marktführerschaft sachlich zutreffend seien, hätte nach Auffassung des Berufungsgerichts eine Irreführung nur bei Annahme einer Aufklärungspflicht begründet sein können; eine Aufklärungspflicht habe vorliegend jedoch nicht bestanden.

Diese Beurteilung hat der Überprüfung durch den Bundesgerichtshof nicht standgehalten. Die Beurteilung, ob das Unterlassen einer Information geeignet ist, geschäftliche Entscheidungen der angesprochenen Verkehrskreise zu beeinflussen, unterliegt der tatrichterlichen Würdigung. Der Bundesgerichtshof kann demnach nur überprüfen, ob diese Einschätzung gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt. Das Berufungsgericht habe vorliegend allerdings nicht hinreichend berücksichtigt, dass die beanstandeten Behauptungen nach der Lebenserfahrung auch eine Aussage zu der Leistungsfähigkeit des werbenden Unternehmens selbst treffen. Mit der Werbung mit einer Spitzenstellung verbindet der Verkehr regelmä-

⁵⁴ Urteil vom 16. November 2017 – [I ZR 160/16](#) –.

⁵⁵ Dazu bereits unter I. 1. dieses Berichts.

ßig die Erwartung, der Anbieter sei in der Lage, nach den maßgeblichen Kriterien von Qualität, Service und Preis für den Käufer besonders attraktive Produkte anzubieten. Dass das Unternehmen eine in der Werbung herausgestellte Spitzenstellung nicht (allein) durch eigene Leistung bei der Entwicklung eines besonders wettbewerbsfähigen Produkts, sondern unter Verletzung von Betriebsgeheimnissen eines Wettbewerbers erreicht hat, stellt der Verkehr erfahrungsgemäß nicht in Rechnung. Bewirbt der Anbieter ein neues Produkt unter Hinweis auf die in der Vergangenheit mit einem anderen Produkt erworbene Marktführerschaft, ist das Verschweigen dieses Umstands regelmäßig geeignet, eine falsche Vorstellung über die Leistungsfähigkeit des Anbieters hervorzurufen und damit die Entschließung des Verkehrs über den Erwerb des beworbenen Nachfolgeprodukts in unlauterer Weise zu beeinflussen.⁵⁶

5. Vergleichende Werbung (entfällt)

6. Unzumutbare Belästigung

a) Einheitliche Einwilligung über mehrere Werbekanäle (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG i.V.m. § 307 BGB)

Am 01. Februar 2018⁵⁷ befasste sich der III. Senat mit der Zulässigkeit einer mehrere Werbekanäle umfassenden Einwilligungserklärung. Die Beklagte, ein Telekommunikationsunternehmen, führte am Ende eines Bestellprozesses für Telekommunikationsdienstleistungen ein anzuklickendes Kästchen auf, das vor folgender Erklärung stand:

"Ich möchte künftig über neue Angebote und Services der T. GmbH per E-Mail, Telefon, SMS oder MMS persönlich informiert und beraten werden. Ich bin damit einverstanden, dass meine Vertragsdaten aus meinen Verträgen mit der T. GmbH von dieser bis zum Ende des Kalenderjahres, das auf die Beendigung des jeweiligen Vertrages folgt, zur individuellen Kundenberatung verwendet werden. Meine Vertragsdaten sind die bei der T. GmbH zur Vertragserfüllung (Ver-

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 42.

⁵⁷ Urteil vom 01. Februar 2018 – III ZR 196/17 –.

tragsabschluss, -änderung, -beendigung, Abrechnung von Entgelten) erforderlichen und freiwillig abgegebenen Daten."

Der in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragene Verein betrachtete die Verwendung dieser Klausel als unzumutbare Belästigung und einen Verstoß gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Das Landgericht hatte die Klage auf Unterlassen der Einbeziehung und Verwendung der Klausel abgewiesen. Anders hatte das Berufungsgericht entschieden: Nach seiner Ansicht stellt die Klausel eine Abweichung von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG dar, wonach eine Einwilligung für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erforderlich sei. Der Bundesgerichtshof hat dieses Urteil aufgehoben und die Klage endgültig abgewiesen.

Die „Opt-in“-Erklärung sei eine vorformulierte einseitige Erklärung, die im Zusammenhang mit einer Sonderverbindung stehe und auf deren Inhalt der Kunde keinen Einfluss nehmen könne. Die Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen seien wegen ihres Schutzzwecks anwendbar, auch wenn es sich um keine Vertragsbedingung im eigentlichen Sinne handele.⁵⁸ Für die streitgegenständliche Klausel sei die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB eröffnet, da sie die gesetzliche Regelung in § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG ergänzt und ausfüllt.

Die auf Art. 13 ePrivacy-Richtlinie zurückgehenden Vorschriften zu unerbetenen Nachrichten sehen vor, dass sowohl Telefonwerbung als auch die Verwendung elektronischer Post für die Zwecke von Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung der Nutzer zulässig sind. Nach Art. 2 Buchst. h) Datenschutz-Richtlinie bezeichnet "Einwilligung der betroffenen Person" jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden. Eine Einwilligung wird in Kenntnis der Sachlage erteilt, wenn der Verbrau-

⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 10.

cher weiß, dass seine Erklärung ein Einverständnis darstellt und worauf sie sich bezieht. Sie erfolgt für den konkreten Fall, wenn klar wird, welche Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmen sie konkret erfasst.⁵⁹

Die streitgegenständliche Klausel entspreche diesen Voraussetzungen. Sie enthalte eine Willensbekundung in Kenntnis der Sachlage und für einen konkreten Fall. Da die Voraussetzungen für die Einwilligungserklärung über die genannten Kanäle jeweils dieselben sind, könnten Einwilligungserklärungen zusammen abgegeben werden. Es widerspricht dem Erfordernis einer spezifischen Angabe nicht, dass die Einwilligungserklärung sich auf eine Werbung mittels verschiedener Kommunikationswege – Telefonanruf und elektronische Post – bezieht. Einer gesonderten Erklärung für jeden Werbekanal bedarf es nicht.⁶⁰

7. Rechtsfolgen (entfällt)

8. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung

a) „Kauselersetzung“ (Beseitigungsanspruch)

Mit dem Anspruch einer Verbraucherzentrale auf Beseitigung unwirksamer Formulklausel beschäftigte sich der I. Zivilsenat am 14. Dezember 2017.⁶¹

In der Sache rügte die klagende Verbraucherzentrale Klauseln einer Lebens- und Rentenversicherung für „Abschlusskosten“, die den Versicherungsnehmern im Wege des Klauseleretzungsverfahrens (§ 164 VVG) angeboten worden waren. Sie beanstandete die Einbeziehung der neuen Klauseln im Verfahren nach § 164 VVG, die teilweise Benachteiligung durch die neuen Klauseln gemäß § 307 BGB und irreführende Angaben

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 25.

⁶¹ Urteil vom 14. Dezember 2017 – [I ZR 184/15](#) –.

im Begleitschreiben. Neben Unterlassen und Erstattung von Abmahnkosten verlangte sie von der Beklagten Folgenbeseitigung, d.h. vorgelagert Auskunft darüber, welche Versicherungsnehmer im Rahmen des Verfahrens nach § 164 VVG die neuen Klauseln erhielten, die Versendung einer Richtigstellung an diese und den Nachweis darüber. Vor dem Landgericht hatte die Klage teilweise Erfolg, das Berufungsgericht hatte dem Unterlassungsantrag nahezu vollständig stattgegeben und die Revision auf die Frage der Folgenbeseitigung beschränkt. Die auf Folgenbeseitigung gerichteten Anträge hatte das Berufungsgericht als unbegründet angesehen, weil die Klägerin als Verbraucherverband aus dem UKlaG keine Beseitigungsansprüche geltend machen könne. Aus systematischen Gründen könne in diesem Fall kein solcher Anspruch aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb folgen, da andernfalls ein Widerspruch zu den Wertungen des UKlaG bestünde.

In der Sache hat der Bundesgerichtshof mit dem Berufungsgericht angenommen, dass sich ein Beseitigungsanspruch nicht aus § 1 UKlaG ergeben könne. Die von der Klägerin begehrte Folgenbeseitigung sei nicht vom Begriff des Unterlassens i.S.v. § 1 UKlaG umfasst; eine etwaige Erweiterung des enthaltenen Anspruchs könne allein vom Gesetzgeber vorgenommen werden.⁶² Eine erweiternde Auslegung der Rechtsfolgenbestimmung werde nicht durch den Gesetzeszweck veranlasst⁶³ und ergebe sich auch nicht aus einer unionsrechtskonformen Auslegung.⁶⁴ Er stellt klar, dass vorliegend nicht der Umfang der übernommenen Pflicht zur Unterlassung in Rede steht, sondern die Reichweite der Rechtsfolgenbestimmung des § 1 UKlaG. Insofern unterscheide sich der Fall von demjenigen, in dem allein durch Beseitigung eines zuvor geschaffenen Störungszustands dem Unterlassungsgebot entsprochen werden kann. Der Verwender einer unwirksamen AGB sei jedoch auf der Grundlage eines

⁶² a.a.O., juris, Rn. 28.

⁶³ a.a.O., juris, Rn 34.

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 36 ff.

Unterlassungsanspruchs nicht verpflichtet, Kunden von sich aus darüber aufzuklären, dass die beanstandeten Bedingungen nicht wirksam sind.⁶⁵

Dagegen wird der Anspruch auf Beseitigung einer unlauteren geschäftlichen Handlung beziehungsweise eines Rechtsbruchs aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG i.V.m. §§ 3, 3a UWG und § 307 BGB nicht wegen der Spezialität der Bestimmung in § 1 UKlaG und ihrer eingeschränkten Rechtsfolgenregelung verdrängt. Beide Vorschriften sind nebeneinander anwendbar, ein Vorrang lässt sich weder dem UKlaG noch dem UWG entnehmen. Der Gesetzgeber geht vielmehr von einem gleichwertigen Nebeneinander der beiden Anspruchssysteme aus.⁶⁶ Die Klägerin sei zudem gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG ausdrücklich aktivlegitimiert als qualifizierter Verband. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Verweisung stünden der Klägerin somit die Ansprüche aus § 8 Abs. 1 UWG zu, ohne dass es auf eine Beeinträchtigung eigener Interessen ankäme. Das Berufungsgericht wird deshalb im wiedereröffneten Berufungsverfahren zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen eines Beseitigungsanspruchs und eines diesen Anspruch vorbereitenden Auskunftsanspruchs im Einzelnen gegeben sind.

Den Antrag auf Erstattung von Abmahnkosten habe das Berufungsgericht ebenfalls zu Unrecht abgelehnt. Qualifizierten Einrichtungen gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG steht nach § 5 UKlaG i.V.m. § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG ein Anspruch auf Ersatz der für eine Abmahnung erforderlichen Aufwendungen zu. Erforderlich sind die Abmahnkosten, die tatsächlich entstanden sind und nach Lage des Falls aus der Perspektive des Abmahnenden objektiv notwendig waren. Kosten für die Einschaltung eines Anwalts umfassen sie nur ausnahmsweise bei besonderer rechtlicher oder tatsächlicher Schwierigkeit, auf Grund derer der Verband mit seiner Ausstattung und Erfahrung nicht in der Lage war, das Geschehen korrekt zu bewerten.⁶⁷ Diese Voraussetzungen seien im Streitfall zu Unrecht verneint worden. Beim Kostenumfang müsse berücksichtigt werden, dass die Klä-

⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 23.

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 48.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 60.

gerin mit der vorgerichtlichen Abmahnung nicht nur Unterlassen verlangt hatte, sondern auch Folgenbeseitigung und die vorbereitende Auskunft.

Hinsichtlich des Nachweises der vollständigen Versendung der Berichtigungsschreiben bleibt die Revision ohne Erfolg. Mit dem Landgericht geht der Senat davon aus, dass es sich dabei um die Erfüllung des Folgenbeseitigungsanspruchs handelt, deren Durchsetzung im Zwangsvollstreckungsverfahren zu klären sei.⁶⁸

b) „Postversandkosten“ (Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung)

Mit der für die Praxis bedeutsamen Einstellung der Zwangsvollstreckung während eines Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens befasst sich der I. Zivilsenat im Beschluss vom 29. März 2018.⁶⁹

Im Ausgangsverfahren hatte eine Druckerei eine Drogeriemarktkette auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz in Anspruch genommen, da im Rahmen des von dem Drogeriemarkt eingerichteten Bestellvorgangs keine rechtmäßigen Angaben zu den Versandkosten erfolgt seien. Nach Stattgabe der Klage durch das Landgericht hatte das Berufungsgericht die Berufung nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückgewiesen und dabei seine Entscheidung sowie die des Landgerichts ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt. Den Streitwert hat es in Übereinstimmung mit dem Landgericht auf 15.000,00 € festgesetzt. Einen Antrag auf Ergänzung des Beschlusses um eine Abwendungsbefugnis nach § 716 i.V.m. §§ 321, 711 ZPO sowie den Schutzantrag nach § 712 ZPO hatte das Berufungsgericht abgelehnt.

Nach Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde beantragte der Beklagte beim Bundesgerichtshof die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Zurückweisungsbeschluss und dem landgerichtlichen

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 54.

⁶⁹ Beschluss vom 29. März 2018 – [I ZR 11/18](#) –.

Urteil. Diesen Antrag wies der Bundesgerichtshof zurück. Der Senat stellt zunächst heraus, dass die Regelung aus § 719 Abs. 2 Satz 1 ZPO, der die Anordnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung durch das Revisionsgericht betrifft, nach § 544 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. § 522 Abs. 3 ZPO entsprechend gelte, wenn gegen die Zurückweisung der Berufung nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt werde. Eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung komme aber nur in Betracht, wenn das Rechtsmittel Aussicht auf Erfolg hat. Für den Streitfall verneint der Senat diese Voraussetzung, da der Beschwer der Beklagten die Wertgrenze von 20.000,00 € gemäß § 26 Nr. 8 EGZPO nicht überschreite und die Nichtzulassungsbeschwerde daher unzulässig sei.

Der Bundesgerichtshof verweist insoweit auf seine ständige Rechtsprechung, wonach sich die Beschwer der Beklagten Partei zwar nicht zwangsläufig, aber doch regelmäßig nach dem Interesse der klagenden Partei an der Verurteilung bemesse. Vorliegend habe das Berufungsgericht den Streitwert – dem Landgericht folgend – nur auf 15.000,00 € festgesetzt. Zwar habe die Beklagte bereits in ihrer Gegenerklärung auf den Hinweis des Berufungsgerichts geltend gemacht, den Streitwert auf 30.000,00 € zu erhöhen. Der Hinweis auf befürchtete Wettbewerbsnachteile habe jedoch jeglicher Substantiierung entbehrt; dies gelte auch für den Vortrag der Beklagten mit ihrem Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, wonach bei wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen über die Rechtmäßigkeit einer Preisgestaltung die Beschwer der beklagten Partei i.d.R. höher zu bemessen sei als das Interesse des Klägers an der Einstellung der gerügten Werbung.⁷⁰ Schließlich sei der Antrag aber auch deshalb unbegründet, weil die Beklagte nicht dargelegt habe, dass die Vollstreckung für sie einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 12.

9. Sonstiges (entfällt)

II. Kartellrecht

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

a) „Grauzementkartell II“ (Verjährung von Schadensersatzansprüchen bei Kartellverstößen)

Mit Urteil vom 12. Juni 2018⁷¹ hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs die in Rechtsprechung und Schrifttum seit langem streitigen Frage entschieden, ob die Bestimmung zur Verjährungshemmung gemäß § 35 Abs. 5 GWB 2005 auch auf Schadensersatzansprüche anwendbar ist, die vor dem 01. Juli 2005 entstanden sind. Der Kartellsenat hat diese Anwendung von § 35 Abs. 5 GWB 2005 auf Altfälle bejaht.

Die klagende Baustoffhändlerin begehrte die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet sei, sämtliche Schäden nebst Zinsen zu ersetzen, die der Rechtsvorgängerin der Klägerin aus den Beschaffungsvorgängen im Zeitraum vom 01. Januar 1993 bis 31. Dezember 2002 aufgrund von Kartellabsprachen entstanden seien und künftig noch entstehen. Im April 2003 hatte das Bundeskartellamt gegen die Beklagte und weitere Zementhersteller Bußgeldbescheide wegen kartellrechtswidriger Gebiets- und Quotenabsprachen erlassen. Erst am 23. Februar 2013 war das Bußgeldverfahren durch rechtskräftige Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁷² abgeschlossen worden.

Das Landgericht hatte der Klage bis auf einen Teil des Zinsanspruchs stattgegeben. Das Berufungsgericht hatte unter Abweisung der weitergehenden Klage festgestellt, dass die Beklagte den Mehrerlös, den sie aufgrund der Quotenabsprache erzielen konnte, herauszugeben habe. Die

⁷¹ Urteil vom 12. Juni 2018 – [KZR 56/16](#) –.

⁷² Beschluss vom 26. Februar 2013 – [KRB 20/12](#) – Grauzementkartell – juris.

Ermittlungen im Bußgeldverfahren hätten nicht zu einer Hemmung der Verjährung geführt, da § 33 Abs. 5 GWB 2005 auf Altfälle keine Anwendung finde. Die Klägerin habe daher nur einen Anspruch auf Restschadensersatz gemäß § 852 Satz 1 BGB.

Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hatte beim Kartellsenat überwiegend Erfolg. Der Kartellsenat führt zunächst aus, dass trotz der bereits abgeschlossenen Vorgänge der geltend gemachten Schadensentstehung die Feststellungsklage zulässig sei. Zwar sei eine Feststellungsklage i.d.R. nicht bereits deshalb zulässig, weil die Bezifferung des Schadens die Einholung sachverständigen Rats erfordere. Vorliegend habe allerdings die Besonderheit bestanden, dass die Frage der Verjährungshemmung durch Anwendung von § 33 Abs. 5 GWB 2005 auf Altfälle im Schrifttum umstritten gewesen sei und hierzu keine höchstrichterliche Klärung vorgelegen habe. Unter diesen besonderen Umständen sei die Klägerin befugt gewesen, ihre Schadensersatzansprüche durch Erhebung einer positiven Feststellungsklage gegen die drohende Verjährung zu sichern, ohne das Ergebnis eines zeit- und kostenaufwendigen Gutachtens abzuwarten.⁷³

Die Feststellungsklage sei auch überwiegend begründet. Gemäß § 33 Abs. 4 GWB 2005 stehe der schuldhafte Verstoß der Beklagten gegen das Kartellverbot und in dem Umfang, wie ihn der Bundesgerichtshof mit Entscheidung vom 26. Februar 2013 bestätigt hat, fest. Die Vorschrift des § 33 Abs. 4 GWB 2005 habe in erster Linie verfahrensrechtliche Bedeutung und finde mangels anderweitiger Anordnung des Gesetzgebers auf alle Schadensersatzprozesse Anwendung, die zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens noch nicht abgeschlossen waren.⁷⁴ Es bestehe auch die für die Feststellung der Ersatzpflicht vorausgesetzte gewisse Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs spreche eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass ein Kartell gebildet

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 19 f.

⁷⁴ BGH, KZR 56/16, a.a.O., juris, Rn. 31.

und erhalten wird, weil es höhere als am Markt erzielbare Preise erbringt; damit sei zugleich wahrscheinlich, dass bei den Abnehmern der Kartellanten hierdurch ein Schaden verursacht wird.⁷⁵

Zu der äußerst streitigen Frage der Anwendung von § 35 Abs. 5 GWB 2005 auf Altfälle hat sich der Kartellsenat der wohl überwiegenden Auffassung in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte angeschlossen, wonach die Verjährung von Schadensersatzansprüchen wegen eines Kartellverstoßes durch die Einleitung eines Bußgeldverfahrens selbst dann gehemmt werde, wenn der Kartellverstoß vor Inkrafttreten des § 33 Abs. 5 GWB 2005 am 01. Juli 2005 erfolgte.⁷⁶ Aus den Grundsätzen des intertemporalen Privatrechts leitet der Kartellsenat ab, dass bei einer Änderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Verjährung das neue Gesetz auf die zuvor bereits entstandenen, bei Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung findet und sich der Beginn sowie die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung für die Zeit (nur) vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes nach den bisherigen Regelungen bestimmen.⁷⁷ Besondere Umstände, wonach für § 33 Abs. 5 GWB 2005 etwas anderes gelten solle, hat der Kartellsenat nicht ausmachen können.

Die Schadensersatzansprüche der Klägerin aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB 1990 bzw. aus §§ 1, 33 Abs. 1 GWB, deren Verjährung sich insgesamt nach §§ 195, 199 BGB in der seit dem 01. Januar 2002 geltenden Fassung bestimmt⁷⁸, seien daher noch nicht verjährt. Die Verjährungsfrist sei mit Ablauf des Jahres 2004 in Gang gesetzt worden. Die Hemmung habe gemäß § 33 Abs. 5 GWB 2005 i.V.m. § 204 Abs. 2 BGB, auch wegen der sechsmonatigen Übergangsfrist, erst am 26. August 2013 geendet. Die am 26. Februar 2015 erhobene und am 19. März 2015 zugestellte Klage habe die Verjährung der Ansprüche daher erneut gehemmt.

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 35.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 71.

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 67.

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn 55 f.

Die Höhe des Zinsanspruches der Klägerin aus § 849 BGB, der „zumindest entsprechend“ anwendbar sei, ergebe sich aus § 246 BGB.⁷⁹ Die Schadensersatzansprüche der Klägerin seien ab dem Zeitpunkt der Schadensentstehung mit jährlich 4 % zu verzinsen. Ein höherer Zinsanspruch könne sich nicht aus § 33 Abs. 3 Satz 4 und 5 GWB 2005 ergeben, weil die Neufassung des § 33 Abs. 3 GWB durch die 7. GWB-Novelle keine Rückwirkung auf bei ihrem Inkrafttreten bereits abgeschlossene Kartellrechtsverstöße entfaltet.⁸⁰ Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus §§ 288, 291 BGB, da kein Verzug begründet wurde und bei einer Klage, die auf die Feststellung einer Verbindlichkeit gerichtet ist, keine Rechtshängigkeitszinsen eingreifen können.

b) „Holzvermarktung Baden-Württemberg“ (Wiederaufnahme nach Verpflichtungszusage)

Ebenfalls am 12. Juni 2018⁸¹ entschied der Kartellsenat über die Wiederaufnahme eines durch Verpflichtungszusagen beendeten Kartellverwaltungsverfahrens. Gegenstand waren Holzvermarktungsk Kooperationen zwischen dem Land Baden-Württemberg und privaten oder kommunalen Forstunternehmen. Nach einer Beanstandung des Verbands der Deutschen Säge- und Holzindustrie e.V., wonach in Baden-Württemberg aufgrund dieser Kooperationen eine weitergehende Vereinheitlichung der Verkaufspreise eingetreten und deshalb ein nahezu vollständiger Ausschluss des Wettbewerbs zwischen den Holzanbietern zu verzeichnen gewesen sei, hatte das Land Verpflichtungszusagen abgegeben, die mit Beschluss des Bundeskartellamts vom 09. Dezember 2008 für bindend erklärt worden waren (§ 32b Abs. 1 Satz 1 GWB). Eine Beteiligung des Landes sollte nur möglich sein, wenn die Forstbetriebsfläche keines der beteiligten nichtstaatlichen Unternehmen 3.000 ha übersteigt.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 46 f.

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 49.

⁸¹ Beschluss vom 12. Juni 2018 – [KVR 38/17](#) –

Nachdem weitere Beschwerden das Bundeskartellamt erneut und erweitert zu Ermittlungen veranlasst hatten, hob es im Beschluss vom 09. Juli 2015 den Beschluss vom 09. Dezember 2008 auf. Es stellte fest, dass die Vereinbarungen zur gemeinsamen Vermarktung von Nadelstammholz zwischen dem Betroffenen und Privat- sowie Körperschaftswaldbesitzern gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB verstießen und nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB freigestellt seien, soweit eine Körperschaft, ein Privatwaldbesitzer oder ein forstwirtschaftlicher Zusammenschluss jeweils über eine Waldfläche von über 100 ha verfügen. Das Kartellamt untersagte dem betroffenen Land insbesondere, nach dem Ablauf von Übergangsfristen für Privat- und Körperschaftswaldbesitzer Holz zu verkaufen und zu fakturieren, soweit diese jeweils eine Waldfläche von 100 ha oder mehr besitzen.

Gegen diese Abstellungsverfügung wehrte sich das betroffene Land, war aber vor dem Beschwerdegericht überwiegend gescheitert. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte ausgeführt, das Kartellamt habe das Verfahren trotz des Beschlusses vom 09. Dezember 2008 gemäß § 32b Abs. 2 Nr. 1 GWB wiederaufnehmen dürfen, da sich die tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Verfügung wesentlichen Punkt nachträglich geändert hätten. In Anlehnung an die Auslegung des § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG sei eine objektive Veränderung der Sachlage nicht erforderlich. Würden für den Nachweis eines Kartellrechtsverstößes taugliche Tatsachen der Kartellbehörde auf Grund einer erst nach Erlass einer Verpflichtungszusagenentscheidung umfassend durchgeführten Sachaufklärung bekannt, seien diese Tatsachen im Rahmen der Wiederaufnahme nach § 32b Abs. 2 Nr. 1 GWB verwertbar und könnten einer Abstellungsverfügung zugrunde gelegt werden. Deshalb seien die Ergebnisse von seit Oktober 2012 durchgeführten Befragungen von über 300 Sägewerken sowie von zehn forstwirtschaftlichen Zusammenschlüssen, die sich unabhängig vom betroffenen Land organisierten, zu berücksichtigen.

Dieser Beurteilung hat sich der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs nicht anschließen können und entschieden, dass das Bundeskartellamt das Verfahren nicht hätte wiederaufnehmen dürfen. Der Beschluss vom 09. Oktober 2008 sei nicht befristet gewesen (§ 32b Abs. 1 Satz 3 GWB) und habe auch keinen Vorbehalt zum Widerruf enthalten. Aus § 32b Abs. 2 Nr. 1 GWB könne sich kein Wiederaufnahmegrund ergeben. Ein solcher Wiederaufnahmegrund sei nicht dahin zu verstehen, dass eine nachträgliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Verfügung wesentlichen Punkt schon dann anzunehmen ist, wenn der Kartellbehörde nachträglich wesentliche Tatsachen bekannt geworden sind, die bereits bei Erlass der Verfügung vorgelegen haben. Die spätere Behebung der Unkenntnis bedeute keine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse. Die Änderung tatsächlicher Verhältnisse meine vielmehr grundsätzlich objektive Veränderungen, die von subjektiven Fehleinschätzungen abzugrenzen sind.⁸² Das ergebe sich aus dem Wortlaut sowie dem systematischen Zusammenhang der Vorschrift. Ein Rückgriff auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zum Widerruf rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen nach § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG führe zu keinem anderen Ergebnis.⁸³

Der Kartellsenat betont, dass auf später bekannt gewordene Umstände, welche die Behörde bereits vor der Verpflichtungszusagenentscheidung hätte in Betracht ziehen und in Erfahrung bringen können, die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht gestützt werden kann. Das nachträgliche Bekanntwerden zuvor schon existenter wesentlicher Umstände genügt nur dann, wenn diese Umstände zuvor allgemein unbekannt waren oder von der Kartellbehörde deshalb nicht in Erfahrung gebracht werden konnten, weil die Behörde mit der Aufdeckung solcher Umstände durch weitere Ermittlungen nicht rechnete und nicht rechnen musste. Entsprechendes gilt, soweit es um Erwartungen hinsichtlich der Auswirkungen von Verpflichtung-

⁸² a.a.O., juris, Rn. 23 f.

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 29 ff.

tungszusagen auf die Marktverhältnisse geht. Unerwartete Entwicklungen können zur Wiederaufnahme des Verfahrens berechtigen, wenn sie, auch bei besserer Kenntnis der bestehenden Verhältnisse, nicht vorhersehbar waren.⁸⁴ Neben der objektiven Sachlage zählt auch die subjektive Erkenntnismöglichkeit.

Mithin bleibt es dem Kartellamt unbenommen, auf den Inhalt der Verpflichtungszusagen Einfluss zu nehmen sowie eine spätere Neubewertung durch Befristung und Widerrufsvorbehalt zu ermöglichen. Die Auslegung durch den Bundesgerichtshof, wie der Kartellsenat selbst hervorhebt, führe also nicht zu einer Entwertung des Instruments der Verpflichtungszusage. Einer weiteren Ausdehnung der Wiederaufnahmemöglichkeiten stehe aber das geschützte Vertrauen der beteiligten Unternehmen auf den Fortbestand der durch eine Verpflichtungszusagenentscheidung bestätigten einvernehmlichen Lösung gegenüber.⁸⁵

Anhand dieses Maßstabs sind im Streitfall die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht erfüllt gewesen. Mehrfach betont der Kartellsenat, für das Bundeskartellamt erkennbar sei gewesen, dass die ursprünglich festgelegten Schwellenwerte für sich genommen kaum geeignet sein konnten, eine maßgebliche Änderung der Marktverhältnisse zu bewirken.⁸⁶ Bereits im Ausgangsverfahren seien weitergehende Ermittlungen erforderlich und möglich gewesen, wie beispielsweise die Befragung der Marktgegenseite sowie körperschaftlicher und privater Waldbesitzer. Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung forstlicher Dienstleistungen sei mit Hilfe des Landeswaldgesetzes und der nachgeordneten Bestimmungen auszumachen gewesen, die vorsahen, dass Dienstleistungen teilweise nicht kostendeckend oder unentgeltlich erbracht werden.⁸⁷ Unter Aufhebung der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat der

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 39.

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 48.

⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 59, 66.

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 64.

Kartellsenat des Bundesgerichtshofs daher die Abstellungsverfügung des Bundeskartellamts vom 19. Juli 2015 insgesamt aufgehoben.

2. Marktbeherrschung, sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (§ 18 bis § 21 GWB, Art. 102 AEUV)

a) „Hochzeitsrabatte“ (Missbrauch von Nachfragemacht – Anzapfverbot, § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB 2013)

Mit Entscheidung vom 23. Januar 2018⁸⁸ hat der Kartellsenat auf die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts einen Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf zum sog. Anzapfverbot teilweise aufgehoben. Nach der Übernahme des Unternehmens Plus im Jahr 2008 hatte Edeka verschiedene Forderungen auf Gewährung von Einkaufsvorteilen gegenüber seinen Lieferanten gestellt. In einer Grundsatzentscheidung hatte das Bundeskartellamt im Jahr 2014 die exemplarisch herausgegriffenen Forderungen gegenüber den Herstellern von Sekt untersagt. Edeka, so das Amt, habe gegen das Anzapfverbot verstoßen, wonach der Nachfrager andere Unternehmen nicht dazu auffordern dürfe, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB 2013), wenn der Nachfrager ein marktbeherrschendes Unternehmen oder ein Unternehmen sei, von dem andere Unternehmen abhängig seien (§ 20 Abs. 2 GWB 2013). Das Oberlandesgericht hatte die Untersagungsverfügungen vollständig aufgehoben, da Edeka keine Marktmacht missbraucht und keine unzulässigen Forderungen gestellt habe.

Diese Beurteilung hat der rechtlichen Kontrolle durch den Kartellsenat des Bundesgerichtshofs nicht standgehalten. Der Kartellsenat legt zunächst dar, dass die Feststellung, wonach ein marktbeherrschendes oder marktstarkes Unternehmen ein anderes Unternehmen aufgefordert hat, ihm i.S.v. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren, nicht voraussetzt, dass der Normadressat eine Besserstellung gegenüber seinen Wettbewerbern verlangt hat.⁸⁹ Zweck des Anzapf-

⁸⁸ Beschluss vom 23. Januar 2018 – [KVR 3/17](#) –.

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 54.

verbots ist sowohl der horizontale Schutz der Wettbewerber des markt-mächtigen Nachfragers, denen keine entsprechenden Vorteile von ihren Lieferanten gewährt werden, als auch der Schutz der Lieferanten, denen gegenüber der Normadressat seine Forderungen erhebt, also der Wettbewerbsschutz im Vertikalverhältnis.⁹⁰

Im Streitfall hatte das Beschwerdegericht angenommen, die Marktmacht von Edeka werde durch die Gegenmacht der Sektlieferanten derart be-schränkt, dass die geforderte Preisanpassung und Ausgleichszahlung kein Missbrauch von Marktmacht bedeute. Nach Ansicht des Bundesgerichts-hofs wird mit dieser Beurteilung das Tatbestandsmerkmal der sachlichen Rechtfertigung mit der Eigenschaft von Edeka als Normadressat des §§ 19 Abs. 2 Nr. 5, 20 Abs. 2 GWB vermischt. Die sachliche Rechtferti-gung der von einem Normadressaten verlangten Vorteile kann nicht damit begründet werden, bei der Forderung fehle es an einer Ausnutzung der Marktmacht des Normadressaten.⁹¹

Ist die Forderung eines Vorteils nicht leistungsgerecht, weil zwischen For-derung und Grund oder angebotener Gegenleistung ein offensichtliches Missverhältnis besteht, spricht eine Vermutung für das Fehlen einer sach-lichen Rechtfertigung.⁹² Im Einklang mit dem Bundeskartellamt geht der Kartellsenat davon aus, dass eine exakte quantitative Aufrechnung von Leistung und Gegenleistung und damit die Kontrolle der „Austauschge-rechtigkeit“ kaum möglich sei. Die Prüfung der Leistungsgerechtigkeit ei-ner Forderung erfordert eine Gesamtbetrachtung der vom Normadressa-ten verlangten Konditionen.⁹³

Der Bundesgerichtshof hat auch die weitere Erwägung des Beschwerde-gerichts beanstandet, wonach der vereinbarten Partnerschaftsvergütung eine angemessene Gegenleistung dadurch gegenüber gestanden habe,

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 57.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 26.

⁹² a.a.O., juris, Rn. 18.

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 20 ff.

dass durch die Modernisierung der Edeka-Filialen bessere Absatzchancen gewährt würden. Der Kartellsenat weist insoweit auf die Durchbrechung der typischen Funktionsteilung zwischen Lieferant und Händler hin. Die Forderung einer pauschal vom Lieferantenumsatz mit dem Händler berechneten und deshalb nicht lieferanten-, waren- oder artikelbezogene Beteiligung von Lieferanten an den allgemeinen, langfristigen Investitionskosten des Handels berge besondere Missbrauchsgefahren; sie sei regelmäßig nicht sachlich gerechtfertigt.⁹⁴

b) „Zulassung als Vertragswerkstatt“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB)

Das Urteil des Kartellsenats vom 23. Januar 2018⁹⁵ behandelt die Voraussetzungen eines Belieferungsanspruchs als Vertragswerkstatt und betrifft dieselbe Beklagte wie im Parallelverfahren „Jaguar-Vertragswerkstatt“ (KZR 41/14)⁹⁶. Die Importeurin einer englischen Automarke schloss nach einer Umstrukturierung ihres Vertriebsnetzes die klagende Werkstatt von ihrem Vertrieb aus. In einer vorsorglich erklärten weiteren Kündigung stützte sich die Beklagte hierfür auf unbefriedigende Prüfergebnisse der Klägerin in der Vergangenheit.

Das Berufungsgericht hatte in seinem noch vor dem Urteil des Bundesgerichtshofs in der Parallelsache vom 26. Januar 2016 verkündeten Urteil einen Anspruch auf Zulassung als Vertragswerkstatt sowohl unter dem Gesichtspunkt des missbräuchlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens als auch wegen eines verbotenen Verhaltens eines marktmächtigen Unternehmens verneint. Der Werkstattmarkt sei nicht markenspezifisch abzugrenzen, weshalb die Beklagte nicht marktbeherrschend sei. Trotz unternehmensbedingter Abhängigkeit habe die Geschäftsbeziehung mit einer ausreichenden Übergangsfrist gekündigt werden können.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 97 f.

⁹⁵ Urteil vom 23. Januar 2018 – [KZR 48/15](#) –.

⁹⁶ Urteil vom 26. Januar 2016 – [KZR 41/14](#) – [hier](#) zusammengefasst.

In Fortführung seiner Entscheidung „Jaguar-Vertragswerkstatt“ hat der Bundesgerichtshof auch dieses Berufungsurteil aufgehoben. Der Kartellsenat beanstandet, dass das Berufungsgericht für eine markenübergreifende Abgrenzung des Ressourcenmarktes keine ausreichenden Feststellungen getroffen hat. Der Senat rügt insoweit fehlende Feststellungen dazu, ob eine freie Werkstatt, die Arbeiten an Personenkraftwagen der Marken Jaguar und Land Rover durchführen will, eine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit hat, diese Tätigkeit auch ohne den Status einer Vertragswerkstatt des Herstellers auszuüben, mit Vertragswerkstätten der Marken Jaguar und Land Rover also aussichtsreich in Konkurrenz treten kann.⁹⁷ Es komme nicht allein darauf an, dass solche Werkstatteleistungen auch ohne Status einer Vertragswerkstatt erbracht werden können, weil sich Ersatzteile auf anderen Wegen beschaffen ließen. Insoweit seien die Unterschiede zwischen dem Markt für hochpreisige Personenkraftwagen einerseits und dem für Nutzfahrzeuge andererseits zu beachten. Auch in diesem Verfahren hat der Senat daher für seine weitere Prüfung unterstellt, dass der Ressourcenmarkt des englischen Herstellers markenspezifisch abzugrenzen sei und die Beklagte daher über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.⁹⁸ Mit dem Inhalt des zweiten Kündigungsschreibens hatte sich das Berufungsgericht nicht befasst. Ähnlich wie im Parallelverfahren konnte der Bundesgerichtshof anhand der Feststellungen des Berufungsgerichts auch hier nicht ausschließen, dass die Ablehnung der Aufnahme der Klägerin in das neustrukturierte Vertriebsnetz ohne sachlichen Grund und damit diskriminierend erfolgte.

Für das wiedereröffnete Berufungsverfahren hat der Kartellsenat auf die Darlegungs- und Beweislast der Klägerin für die Unentbehrlichkeit des Status als Vertragswerkstatt hingewiesen. Die Beklagte könne allerdings eine sekundäre Darlegungslast treffen. Sollte die Klägerin keinen zumutbaren Zugang zu aussagekräftigen Umsatzzahlen haben, werde darauf abzustellen sein, ob die Beklagte aufgrund ihres besseren Überblicks über

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 26.

⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 29.

die relevanten Marktverhältnisse in der Lage ist, in dem erforderlichen Maß zur Sachaufklärung beizutragen.⁹⁹ Seite 43 von 43

3. Zusammenschlusskontrolle
(entfällt)

4. Sonstiges
(entfällt)

5. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung
(entfällt)

Karlsruhe, den 02. Oktober 2018

Dr. Peter Rädler

⁹⁹ a.a.O., juris, Rn. 43.