

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 2. Halbjahr 2019

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

Dieser Beitrag fasst die im zweiten Halbjahr 2019 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. Januar 2020 veröffentlichten Entscheidungen begrenzt;² später veröffentlichte Entscheidungen werden grundsätzlich 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. Rechtsbruch
4. Mitbewerberschutz/Aggressive geschäftliche Handlungen
5. Irreführung
6. Vergleichende Werbung
7. 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.

8. Rechtsfolgen
9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung;
Prozessuales „Identitätsdiebstahl“; „D-Gütesiegel“
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 („Schwarze Liste“) (entfällt)

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

a) „Erfolgshonorar für Versicherungsberater“ (§ 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO)

In seiner Entscheidung „Erfolgshonorar für Versicherungsberater“³ entscheidet der Bundesgerichtshof, dass das Verbot eines Erfolgshonorars gemäß § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO eine Marktverhaltensregelung darstellt. Dies gilt auch, soweit nach § 4 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 RDGEG die Vereinbarung eines Erfolgshonorars i.S.v. § 49b Abs. 2 Satz 2 BRAO unzulässig ist. Der Senat schließt sich der Auffassung an, dass § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO auch den Schutz der Rechtsuchenden vor einer Übervorteil-

³ Urteil vom 06. Juni 2019 – [I ZR 67/18](#) – juris, vgl. auch mit weitgehend gleichlautenden Urteilsgründen BGH, Versäumnisurteil vom 02. Oktober 2019 – [I ZR 19/19](#) – juris.

lung durch überhöhte Vergütungssätze zum Ziel hat.⁴ Weiter ist danach Versicherungsberatern die Vereinbarung eines Erfolgshonorars nach § 4 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 RDGEG i.V.m. § 49b Abs. 2 Satz 1 BRAO und § 4a Abs. 1 Satz 1 RVG verboten. Unter Berücksichtigung von Entstehungsgeschichte, Regelungszusammenhang sowie Sinn und Zweck der Vorschrift legt der I. Zivilsenat dar, dass Versicherungsberater als registrierte Erlaubnisinhaber i.S.v. § 4 Abs. 1 Satz 1 RDGEG einzuordnen sind.⁵ Das Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 RDGEG gilt dabei nicht nur für Alterlaubnisinhaber, sondern auch für Neuerlaubnisinhaber. Der Begriff der registrierten Erlaubnisinhaber in § 4 Abs. 1 Satz 1 RDGEG ist nicht allein i.S.v. § 1 Abs. 3 Satz 2 RDGEG zu verstehen.

Nichts anderes ergibt sich aus der Rechtsprechung des I. Zivilsenats, nach der eine Vereinbarung, die einen Dienstleister verpflichtet, Einsparmöglichkeiten bei der privaten Krankenversicherung zu recherchieren und bei der Krankenversicherung des jeweiligen Kunden Informationen über den bestehenden Tarif und über alternative Tarife einzuholen, ein Versicherungsmaklervertrag ist, bei dem eine erfolgsabhängige Vergütung in zulässiger Weise vereinbart werden kann.⁶ Das Verbot der Vereinbarung eines Erfolgshonorars in § 4 Abs. 2 Satz 2 RDGEG knüpft nicht an die rechtliche Natur der vertraglichen Vereinbarung an, sondern an die berufliche Stellung desjenigen, der die in Rede stehenden Dienstleistungen erbringt. Wer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit dieses Verbot zu beachten hat, kann weder einen Maklervertrag noch einen Versicherungsmaklervertrag in zulässiger Weise abschließen. Aus der seit dem 23. Februar 2018 geltenden Neufassung von § 34d Abs. 2 Satz 2 GewO ergibt sich ebenfalls nicht, dass Versicherungsberater Erfolgshonorare vereinbaren dürfen.⁷

⁴ a.a.O., juris, Rn. 31 f.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 33 f.

⁶ a.a.O., juris, Rn. 56 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 28. Juni 2018 – [I ZR 77/17](#) – juris, Rn. 23.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 60 f.

b) „1 Euro/Gutschein“ (§ 7 Abs. 1 Satz 1 HWG)

In der Entscheidung „1 Euro-Gutschein“⁸ setzt der Bundesgerichtshof seine ständige Rechtsprechung fort, wonach es sich bei dem in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG i.V.m. § 78 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3, Abs. 3 Satz 1 AMG geregelten Verbot um eine Marktverhaltensregelung handelt. Das in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG geregelte grundsätzliche Verbot von Zuwendungen und sonstigen Werbeangaben ist mit den insoweit bestehenden unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar.⁹ Jedenfalls für Arzneimittel, die der Preisbindung unterliegen, auch im Bereich der Öffentlichkeitswerbung stehen diesem Verbot die Regelungen der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel nicht entgegen.¹⁰ Dabei lässt der I. Zivilsenat die im Schrifttum streitige Frage offen, ob das Verbot von Wertreklame im Bereich der Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel gemäß § 7 HWG generell unionsrechtskonform ist.

Die Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist anwendbar, wenn ein Apothekenbetreiber einen Gutschein über einen Euro auch bei Einlösung eines Rezepts über verschreibungspflichtige Arzneimittel, für die ein einheitlicher Apothekenabgabepreis zu gewähren ist, gewährt.¹¹ Die Bestimmungen der Arzneimittelpreisverordnung werden auch dann verletzt, wenn für das preisgebundene Arzneimittel zwar der vorgeschriebene Preis angesetzt wird, dem Kunden aber gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels Vorteile gewährt werden, die den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lassen.¹² Die in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG in Bezug genommenen Preisvorschriften des Arzneimittelgesetzes sind weder aus unionsrechtlichen Gründen vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH in der Rechtssache „Deutsche Parkinson Vereinigung/Zentrale“ noch aus

⁸ Urteil vom 06. Juni 2019 – [I ZR 60/18](#) – juris.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 16 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 29. November 2018 – [I ZR 237/16](#) – Versandapotheke – juris, Rn. 17.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 18 f.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 24 f.

¹² a.a.O., juris, Rn. 28 m.w.N.

verfassungsrechtlichen Gründen unanwendbar oder unwirksam.¹³ Unter Bezugnahme auf seine Erwägungen in der Rechtssache „Versandapotheke“ legt der Senat weiterhin zugrunde, eine für die verfassungsrechtliche Beurteilung relevante Änderung der Verhältnisse würde voraussetzen, dass Versandapotheken verschreibungspflichtige Arzneimittel auf dem inländischen Markt ohne Rücksicht auf die Preisbindung tatsächlich in einem Umfang veräußerten, dass eine ernsthafte Existenzbedrohung inländischer Präsenzapotheken eintreten würde und das finanzielle Gleichgewicht des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung nicht mehr gewährleistet wäre.¹⁴ Davon, dass eine solche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse bereits eingetreten ist, gehe aber auch die Revisionserwiderung nicht aus.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist das beanstandete Verhalten des beklagten Apothekenbetreibers mit Blick auf den 1 Euro-Gutschein auch geeignet, die Interessen von Verbrauchern und Mitbewerbern spürbar i.S.v. § 3a UWG zu beeinträchtigen.¹⁵ Die Frage, ob eine Eignung zur spürbaren Interessenbeeinträchtigung besteht, ist nach dem Schutzzweck der jeweils verletzten Marktverhaltensregelung zu beurteilen. Die Regelung des § 7 Abs. 1 HWG soll durch eine weitgehende Eindämmung der Werteklame im Bereich der Heilmittel der abstrakten Gefahr begegnen, dass Verbraucher bei der Entscheidung, ob und welche Arzneimittel sie in Anspruch nehmen, durch die Aussicht auf Werbegaben unsachlich beeinflusst werden. Vor diesem Hintergrund ist eine spürbare Interessenbeeinträchtigung i.S.v. § 3a UWG auch schon bei der Gewährung eines 1 Euro-Gutscheins bei der Einlegung eines Rezepts für ein Arzneimittel zu bejahen.¹⁶

¹³ a.a.O., juris, Rn. 30 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2016 – C-148/15 – juris, Rn. 26 f.

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 41 unter Verweis auf BGH, a.a.O. – Versandapotheke – juris, Rn. 49 f.

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 43 f.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 47 f.

c) Brötchen-Gutschein § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG)

Die Rechtsausführungen des Bundesgerichtshofs in der Sache „Brötchen-Gutschein“¹⁷ entspricht weitgehend den Ausführungen in der vorgenannten Sache „1 Euro-Gutschein“. In Streit stand hier ein von der Apotheke ausgehändigter Brötchen-Gutschein anlässlich des Erwerbs eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels. Auch in diesem Fall hat der Senat § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG für anwendbar gehalten; die in Rede stehende Gewährung eines Brötchen-Gutscheins weise den für die Anwendung des HWG erforderlichen Produktbezug ebenfalls auf. Es handele sich um eine nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG i.V.m. § 78 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3, Abs. 3 Satz 1 AMG unzulässige Werbeangabe. Die Annahme des Berufungsgerichts, ein Brötchen-Gutschein stelle einen Vorteil dar, der den Erwerb des Arzneimittels für den Kunden günstiger erscheinen lasse, und werde auch nicht nur als Ausdruck von Kundenfreundlichkeit aufgefasst, lässt danach keinen Rechtsfehler erkennen. Bei dem Brötchen-Gutschein handele es sich auch weder um ein Zubehör noch um eine Nebenleistung i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HWG. Soweit die Revision allgemein der Kundenbindung dienende, kundenfreundliche Aufmerksamkeiten vom Verbot der Wertreklame bei preisgebundenen Arzneimitteln ausnehmen wolle, biete die Regelung des § 7 HWG hierfür keine Grundlage mehr.¹⁸

d) „Sonntagsverkauf von Backwaren“ (§ 1 SonntVerkV)

In der Entscheidung „Sonntagsverkauf von Backwaren“¹⁹ beschäftigt sich der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit der Reichweite des Sonntagsverbots für Verkaufsstellen. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 Sonntagsverkaufsverordnung (SonntVerkV) dürfen abweichend von dem Sonntagsverbot in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LadenSchlG Verkaufsstellen von Betrieben, die Bäcker- oder Konditorwaren herstellen, an Sonntagen für die Dauer von drei Stunden für die Abgabe von Bäcker- oder Konditorwaren geöffnet

¹⁷ Urteil vom 06. Juni 2019 – [I ZR 206/17](#) – juris.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 29.

¹⁹ Urteil vom 17. Oktober 2019 – [I ZR 44/19](#) – juris.

sein; gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 GastG darf der Schank- oder Gastwirt außerhalb der Sperrzeit zum alsbaldigen Verzehr oder Gebrauch Getränke und zubereitete Speisen, die er in seinem Betrieb verabreicht, an jedermann über die Straße abgeben. In diesem rechtlichen Rahmen stellen am Sonntag zum alsbaldigen Verzehr an jedermann über die Straße abgegebene unbelegte Brötchen und Brot zubereitete Speisen i.S.v. § 7 Abs. 2 Nr. 1 GastG dar. Zubereitete Speisen im Sinne dieser Vorschriften sind alle essfertig gemachten Lebensmittel, ohne dass es auf den bei der Zubereitung betriebenen Aufwand ankommt. Der Einordnung als zubereitete Speisen steht auch nicht entgegen, dass unbelegte Brötchen und Brot einem weiteren Zubereitungsprozess durch den Kunden zugänglich sind.²⁰

e) „Pflichten des Batterieherstellers“ (§ 4 Abs. 1 Satz 1 BattG)

In seiner Entscheidung „Pflichten des Batterieherstellers“²¹ ordnet der Bundesgerichtshof eine produktbezogene Anzeigepflicht als Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG ein. Nach § 3 Abs. 3 BattG dürfen Hersteller Batterien nur in den Verkehr bringen, wenn sie dies zuvor nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BattG dem Umweltbundesamt angezeigt und die ihnen nach § 5 BattG obliegende Pflicht zur Rücknahme von Altbatterien sicherstellen. Sowohl die Anzeigepflicht als auch die Pflicht, durch Beteiligung an einem gemeinsamen Rücknahmesystem oder durch Errichtung und Betrieb eines eigenen Rücknahmesystems sicherzustellen, dass alte Batterien nach Maßgabe des Batteriegesetzes zurückgegeben werden, sind Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 3a UWG.²² Die in § 4 Abs. 1 Satz 1 BattG geregelte Anmeldepflicht soll verhindern, dass sich einzelne Hersteller von Batterien die mit deren Rücknahme und Verwertung oder Beseitigung verbundenen Kosten zu Lasten der anderen Hersteller sparen; die Anzeigepflicht stellt damit keine § 3a UWG nicht unterfallende reine Marktzutrittsregelung dar. § 4 Abs. 1 Satz 1 BattG begründet für sich gesehen kein produktbezogenes Absatzverbot, sondern lediglich eine produktbezogene Anzeige-

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 28 f.

²¹ Urteil vom 28. November 2019 – [I ZR 23/19](#) – juris.

²² a.a.O., juris, Rn. 22 f.

pflicht des Herstellers. Der Einordnung dieser Pflicht als Marktverhaltensregelung steht dies nicht entgegen, da Batterien, deren Vertrieb zuvor entgegen § 4 Abs. 1 Satz 1 BattG nicht oder nicht ordnungsgemäß angezeigt worden sind, nach § 3 Abs. 3 BattG allein schon aus diesem Grund nicht in den Verkehr gebracht werden dürfen.²³

f) „Gelenknahrung III“ (Art. 10 Abs. 3 HCVO)

In der Entscheidung „Gelenknahrung III“ gibt der I. Zivilsenat seine bisherige Rechtsprechung zur Anwendbarkeit von Art. 10 Abs. 3 der Health Claims Verordnung Nr. 1924/2006 auf. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats stellt Art. 10 HCVO eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG dar. Gemäß Art. 10 Abs. 3 HCVO sind Verweise auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile des Nährstoffs oder Arzneimittels für die Gesundheit im Allgemeinen oder das gesundheitsbezogene Wohlbefinden nur zulässig, wenn ihnen eine in einer der Listen nach Art. 13 oder Art. 14 der Verordnung enthaltene spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigelegt ist. An seiner bisherigen Auffassung, dass Verweise auf solche allgemeine, nicht-spezifische Vorteile nicht durch die Verordnung reglementiert sind, solange die Listen nach Art. 13 und Art. 14 der Verordnung nicht erstellt sind, hält der Senat vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH²⁴, der Kritik im Schrifttum und seines eigenen Vorlagebeschlusses in Sachen „B-Vitamine“²⁵ nicht mehr fest.²⁶ Die bisherige Auslegung sei sowohl mit dem Wortlaut als auch mit Sinn und Zweck der Bestimmung kaum vereinbar; zudem stehe der Auslegung entgegen, dass nach Art. 13 Abs. 5 der Verordnung Ergänzungen zulässig bleiben. Die im Streitfall u.a. streitige Werbebehauptung „Gelenknahrung gemäß den neuesten Erkenntnissen“ hat der Bundesgerichtshof daher mit dem Berufungsgericht als unzulässig eingeordnet. Offen gelassen hat der Senat, ob Art. 10 Abs. 3 HCVO auf Angaben anwendbar ist, deren Bewertung durch die

²³ a.a.O., juris, Rn. 36.

²⁴ Urteil vom 10. April 2014 – C-609/12 – Ehrmann – juris, Rn. 36.

²⁵ Beschluss vom 12. Juli 2018 – [I ZR 162/16](#) – juris, Rn. 25; vgl. zu diesem Vorabentscheidungsersuchen die zwischenzeitlich ergangene Entscheidung des EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 – C-524/18 – juris.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 18.

Behörde oder deren Prüfung durch die Kommission noch nicht abgeschlossen ist; dies gelte insbesondere für Angaben, die sich auf die Wirkung pflanzlicher Stoffe beziehen („Botanicals“).²⁷

5. Irreführung (§ 5 UWG)

a) „Identitätsdiebstahl“ (§ 5 Abs. 1 Satz 1; § 3 Abs. 3 Anh. Nr. 29 UWG)

In der Rechtssache „Identitätsdiebstahl“²⁸ befasst sich der I. Zivilsenat mit dem in der Praxis offenbar nicht seltenen Fall, dass der Unternehmer – dort ein Anbieter von E-Mail-Diensten – irrtümlich von einer Online-Bestellung des Berechtigten ausgeht und der Irrtum seine Ursache nicht im Verantwortungsbereich des Unternehmers hat. Mit den Vorinstanzen hat der Bundesgerichtshof der klagenden Verbraucherzentrale den geltend gemachten Unterlassungsanspruch wegen Irreführung unter teilweiser Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung zuerkannt. Im Streitfall hatte die Beklagte nach der Würdigung des Bundesgerichtshofs mit den an den (vermeintlichen) Kunden gerichteten Zahlungsaufforderungen unwahre Angaben i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 UWG gemacht. Das Berufungsgericht hatte insoweit angenommen, die Beklagte habe mit den Zahlungsaufforderungen gegenüber dem angeschriebenen Verbraucher jedenfalls sinngemäß behauptet, dieser habe den kostenpflichtigen E-Mail-Dienst bestellt, es sei also zu einem entsprechenden Vertragsschluss mit der Beklagten gekommen. Der Bundesgerichtshof lässt offen, ob § 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 UWG und die mit dieser Bestimmung umgesetzte Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 UGP-Richtlinie einen abschließenden Katalog der Umstände enthält, über die zur Täuschung geeignete Angaben gemacht werden können. Im Streitfall gehe es jedenfalls um eine geschäftliche Handlung, die eine i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 UWG und Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 UGP-Richtlinie unwahre Angabe enthält; eine solche geschäftliche Handlung kann auch dann i.S.v. § 5 Abs. 1 UWG und Art. 6 Abs. 1 UGP-

²⁷ a.a.O., juris, Rn. 19.

²⁸ Urteil vom 06. Juni 2019 – [I ZR 216/17](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Richtlinie irreführend sein, wenn die Angabe keinen der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 und Art. 6 Abs. 1 Alt. 2 UGP-Richtlinie aufgeführten Umstände betrifft.²⁹

Der Bundesgerichtshof lässt offen, ob auch unwahre Angaben zur Täuschung geeignet sein müssen oder ob bei unwahren Angaben das Erfordernis der Täuschungseignung entfällt. Die Übersendung der Zahlungsaufforderungen durch und auf Veranlassung der Beklagten hat, so der I. Zivilsenat, aus Sicht des angesprochenen Verbrauchers nicht nur die unwahre Behauptung einer Bestellung der in Rechnung gestellten Dienstleistung umfasst, sondern war darüber hinaus auch zur Täuschung des Verbrauchers geeignet.³⁰ Soweit das Berufungsgericht unterstellt hat, dass dem Streitfall ein sog. „Identitätsdiebstahl“ vorlag und die Beklagte bei den beanstandeten Zahlungsaufforderungen von einer tatsächlichen Bestellung des Verbrauchers ausgegangen ist, kann diese Annahme einer unlauteren geschäftlichen Handlung i.S.v. § 5 Abs. 1 UWG nicht entgegenstehen.³¹ Der Irrtum des Unternehmers über den Umstand einer vorhergehenden Bestellung durch den zur Zahlung aufgeforderten Verbraucher ist im Rahmen der Prüfung der Unlauterkeit einer geschäftlichen Handlung unter dem Gesichtspunkt der Irreführung auch dann nicht zu seinen Gunsten zu berücksichtigen, wenn dieser Irrtum nicht vorwerfbar ist. Ferner braucht bei einer Geschäftspraxis, die alle in Art. 6 Abs. 1 UGP-Richtlinie genannten Voraussetzungen einer den Verbraucher irreführenden Praxis erfüllt, nicht geprüft zu werden, ob eine solche Praxis auch den Erfordernissen einer beruflichen Sorgfalt i.S.v. Art. 5 Abs. 2 UGP-Richtlinie widerspricht. Nichts anderes ergibt sich unter dem von der Revision geltend gemachten Gesichtspunkt der Vermeidung von Wertungswidersprüchen zwischen dem Irreführungstatbestand nach § 5 Abs. 1 UWG und den besonderen Unlauterkeitstatbeständen des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG. Die allgemeinen Vorschriften der Unlauterkeit wegen irreführender und aggressiver Geschäftspraktiken werden durch die spezielleren Tatbestän-

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 20.

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 21.

³¹ a.a.O., juris, Rn. 25 f.

de im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG nicht verdrängt, sondern lediglich ergänzt. Zwar darf die Prüfung nach den allgemeinen Bestimmungen über unlautere Geschäftspraktiken nicht zu einem Wertungswiderspruch zu den speziellen Tatbeständen des Anhangs führen.³² In dieser Sache hat der Bundesgerichtshof hingegen das im Streitfall in Rede stehende Verhalten auch nach Nr. 29 Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG als unlauter angesehen. Der I. Zivilsenat hält dabei nicht an seiner Ansicht in der Rechtssache „Auftragsbestätigung“ fest, wonach die Voraussetzungen der Nr. 29 Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG nicht erfüllt sind, wenn der Unternehmer irrtümlich von einer Bestellung ausgeht und der Irrtum seine Ursache nicht in seinem Verantwortungsbereich hat.³³ Vielmehr sieht der Bundesgerichtshof es nunmehr als unerheblich für die Annahme einer unzulässigen geschäftlichen Handlung gemäß Nr. 29 Anhang an, ob der Unternehmer in diesem Sinne einem Irrtum über die Bestellung des Verbrauchers unterlag. Dem Ziel der Schaffung größtmöglicher Rechtssicherheit durch absolute Verbote ohne Beurteilung von Einzelfallumständen sowie der Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus stehe es entgegen, über den Wortlaut einer im Anhang I der UGP-Richtlinie geregelten Handlung hinausgehend die Unzulässigkeit einer Geschäftspraxis unter Berücksichtigung des Motivs des Gewerbetreibenden oder von Verschuldenskriterien zu bestimmen.

b) „IVD-Gütesiegel“ (§ 5 Abs. 1 Satz 2 UWG)

In seiner Entscheidung „IVD-Gütesiegel“³⁴ führt der I. Zivilsenat aus, eine geschäftliche Handlung ist i.S.v. § 5 Abs. 1 UWG irreführend, wenn das Verständnis, das sie bei den angesprochenen Verkehrskreisen erweckt, mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt. Dabei wird ein Gütesiegel oder Prüfzeichen vom Verkehr dahingehend verstanden, dass ein neutraler Dritter mit entsprechender Kompetenz die damit versehene

³² a.a.O., juris, Rn. 28 f.

³³ a.a.O., juris, Rn. 33 unter Verweis auf BGH, Teilversäumnisurteil und Urteil vom 17. August 2011 – [I ZR 134/10](#) – Auftragsbestätigung – juris, Rn. 18.

³⁴ Urteil vom 04. Juli 2019 – [I ZR 161/18](#) – juris.

Ware nach objektiven und aussagekräftigen Kriterien auf die Erfüllung von Mindestanforderungen geprüft hat. Um der mit dem Siegel verbundenen Gütererwartung des Verkehrs gerecht zu werden, die regelmäßig nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme der Prüfung beschränkt ist, sondern von der Fortdauer der bescheinigten Produkteigenschaften ausgeht, ist eine kontinuierliche Überwachung der Verwendung des Gütesiegels durch die verleihende Stelle erforderlich.³⁵ Eine Irreführung kommt danach in Betracht, wenn die Prüfeinrichtung nicht über eine hinreichende Neutralität verfügt; Bezugspunkte der Neutralität sind zum einen die Vornahme der Qualitätsprüfung und zum anderen die Vergabe- und Überwachungspraxis. Die Bestimmung des Verfahrens und der Prüfkriterien liegt grundsätzlich in der autonomen Entscheidung der vergebenden Stelle. Allerdings erfordert die Beurteilung der Frage, ob der Verleihung eines Gütesiegels eine kompetente und an objektiven und aussagekräftigen Kriterien orientierte Prüfung vorausgegangen ist, die Publizität des Prüfprogramms. Die angewandten Verfahren und Maßstäbe müssen allgemein zugänglich sein.³⁶ Die Zahlung einer angemessenen Gebühr für die Durchführung der Prüfung oder die Verleihung des Siegels steht der Neutralität der Prüfeinrichtung nicht entgegen.³⁷

6. Vergleichende Werbung
(entfällt)

7. Unzumutbare Belästigung
(entfällt)

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 26 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 – [I ZR 26/15](#) – LGA tested – juris, Rn. 39.

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 32 f.

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 30.

8. Rechtsfolgen

a) „Erfolgshonorar für Versicherungsberater“ (Unterlassungsanspruch; Ausgliederung)

In der bereits erwähnten Rechtssache „Erfolgshonorar für Versicherungsberater“³⁸ behandelt der Bundesgerichtshof die Prozesstandschaft für den Fall, dass der Kläger (dort ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit) nach Klageerhebung das die Mitbewerbereignenschaft begründende Geschäft (dort Krankenversicherungsbestand) auf eine andere Gesellschaft ausgliedert. Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder anderen Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten (§ 265 Abs. 1 ZPO). Bei der in § 123 Abs. 3 UmwG geregelten Ausgliederung handelt es sich um eine besondere Übertragungsart, die es gestattet, statt der Einzelübertragung verschiedener Vermögensgegenstände eine allein durch den Parteiwillen zusammengefasste Summe von Vermögensgegenständen einschließlich der Verbindlichkeiten in einem Akt zu übertragen. Der Senat lässt offen, ob die in dieser Rechtssache erhobene Klageforderung durch Ausgliederung i.S.v. § 123 Abs. 3 UmwG oder durch Abtretung im Rahmen einer Einzelrechtsübertragung auf den aufnehmenden Rechtsträger übergegangen ist. Die Vorschrift des § 265 Abs. 1 ZPO wäre im zweiten Fall direkt, im ersten Fall analog anwendbar. Der Übergang der Klageforderung hat zur Folge, dass der Klageantrag angepasst und auf Leistung an den übernehmenden oder neuen Rechtsträger umgestellt werden muss.³⁹ Einer direkten oder analogen Anwendung von § 265 ZPO steht nicht entgegen, dass es sich bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen um höchstpersönliche Ansprüche handelt, die nach § 399 Alt. 1 BGB grundsätzlich nicht abgetreten werden können. Diese Rechtsprechung findet keine Anwendung, wenn die in Rede stehenden Ansprüche nicht an irgendeinen Dritten abgetreten oder im Wege einer Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 UmwG übertragen worden sind, sondern an ein

³⁸ Urteil vom 06. Juni 2019 – [I ZR 67/18](#) – juris.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 16 f.

Unternehmen, das im Wettbewerb die Stellung des Klägers in vollem Umfang übernommen hat.⁴⁰

Seite 14 von 27

b) „Pflichten des Batterieherstellers“ (Mitbewerber)

In der bereits genannten Entscheidung „Pflichten des Batterieherstellers“⁴¹ äußert sich der I. Zivilsenat klarstellend zur Anspruchsberechtigung des Mitbewerbers aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Eine im Zeitpunkt der Verletzungshandlung danach gegebene Anspruchsberechtigung besteht nicht mehr, wenn der Mitbewerber die unternehmerische Tätigkeit, die diese Anspruchsberechtigung zunächst begründet hatte, vor dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung aufgegeben hat. Es reicht insoweit nicht aus, dass der (frühere) Mitbewerber in einem solchen Fall immerhin noch als mindestens potentieller Wettbewerber auf dem Markt anzusehen ist. Die Anerkennung eines nur potentiellen Wettbewerbsverhältnisses begründete die Gefahr einer uferlosen Ausweitung der in § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG geregelten Anspruchsberechtigung des Mitbewerbers.⁴²

9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung

a) Unterlassungstitel, Umsetzungsaufforderung an Dritte

Im Beschluss vom 17. Oktober 2019⁴³ stellt der I. Zivilsenat in Anknüpfung an seine Entscheidung „Produkte zur Wundversorgung“ die Reichweite eines Unterlassungstitels klar. Der Schuldnerin war im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt worden, im geschäftlichen Verkehr ein bestimmtes diätetisches Lebensmittel unter einer näher bezeichneten gesundheitsbezogenen Angabe in Verkehr zu bringen und/oder in den Verkehr bringen zu lassen. Nach Zustellung der Urteilsverfügung hatte die Gläubigerin aufgrund von Testkäufen bei unterschiedlichen Apotheken das fragliche Produkt mit der untersagten Werbung in zwei Fällen geliefert

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 18 f.

⁴¹ Urteil vom 28. November 2019 – [I ZR 23/19](#) – juris.

⁴² a.a.O., juris, Rn. 42.

⁴³ Beschluss vom 17. Oktober 2019 – [I ZB 19/19](#) – juris; weitgehend gleichlautend der Beschluss vom gleichen Tag – [I ZB 18/19](#) – juris.

erhalten. Das Beschwerdegericht hatte noch angenommen, die Schuldnerin sei aus der Urteilsverfügung weder zum Rückruf des Produkts noch zur Aufforderung an selbständige Unternehmer verpflichtet gewesen, die angegriffene Ausführungsform vorläufig nicht weiter zu vertreiben. Dem ist der Bundesgerichtshof in der hiergegen gerichteten Rechtsbeschwerde nicht gefolgt. Nach seiner Rechtsprechung zuletzt in der Entscheidung „Produkte zur Wundversorgung“⁴⁴ verpflichtet das in einem Unterlassungstitel enthaltene Verbot den Schuldner außer zur Unterlassung weiterer Vertriebshandlungen auch dazu, aktiv Maßnahmen zu ergreifen, die den Weitervertrieb der rechtsverletzend aufgemachten Produkte verhindern.⁴⁵ Zwar hat der Schuldner danach nicht für das selbständige Handeln Dritter einzustehen, ihn trifft aber die Verpflichtung, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren auf solche Personen einzuwirken. Mit Blick auf seine Einwirkungsmöglichkeiten auf Dritte kommt es nur darauf an, ob der Schuldner rechtliche oder tatsächliche Einflussmöglichkeiten auf das Verhalten Dritter hat.⁴⁶ Hierbei ist die Pflicht des Schuldners auf eine Aufforderung an die Abnehmer beschränkt, die erhaltenen Waren im Hinblick auf die einstweilige Verfügung vorläufig nicht weiter zu vertreiben. Eine weitergehende Verpflichtung zum Rückruf kann der Gläubiger allein im Rahmen des Hauptsacheverfahrens verlangen.⁴⁷

b) „IVD-Gütesiegel“ (§ 5 Abs. 1 UWG; Wiederholungsgefahr)

In der bereits erwähnten Entscheidung „IVD-Gütesiegel“⁴⁸ äußert sich der Bundesgerichtshof zum Wegfall der Wiederholungsgefahr für eine unlautere Irreführung bei einem geänderten Verkehrsverständnis. Ändert sich das Verkehrsverständnis mit der Folge, dass die beanstandete Angabe den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, kommt die Annahme einer Irreführung nicht (mehr) in Betracht. Tritt eine solche Änderung nach Vornahme der beanstandeten Handlung, aber vor der gerichtlichen Entschei-

⁴⁴ Beschluss vom 11. Oktober 2017 – [I ZB 96/16](#) – juris.

⁴⁵ Beschluss vom 17. Oktober 2019, a.a.O., juris, Rn. 15.

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 19 f.

⁴⁸ Urteil vom 04. Juli 2019 – [I ZR 161/18](#) – juris.

derung über den auf Wiederholungsgefahr gestützten Unterlassungsanspruch ein, dessen Voraussetzung die Rechtswidrigkeit der Handlung sowohl im Zeitpunkt ihrer Vornahme als auch im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ist, entfällt die Wiederholungsgefahr.⁴⁹ Dabei ist es erfahrungswidrig anzunehmen, eine Änderung des Verkehrsverständnisses ergebe sich bereits aufgrund der Einfügung der Regelungen zur Gewährleistungsmarke in die Unionsmarkenverordnung und das Markengesetz.⁵⁰ Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass bereits infolge der Gesetzgebungsverfahren auf europäischer oder nationaler Ebene oder während der seit dem Inkrafttreten der Vorschriften vergangenen, relativ kurzen Zeit das neu eingeführte Rechtsinstitut der Gewährleistungsmarke die Verkehrsanschauung von Gütesiegeln in so maßgeblich ändernder Weise geprägt hat.

c) „Hochzeitsfoto“ (Wiederholungsgefahr; Drittunterwerfung)

In der presserechtlichen Sache „Hochzeitsfoto“⁵¹ führt der VI. Zivilsenat aus, die bei einem bereits erfolgten rechtswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen bestehende tatsächliche Vermutung für das Vorliegen der Wiederholungsgefahr kann entkräftet werden, wobei an die Entkräftung strenge Anforderungen zu stellen sind. Zwar bedarf es im Regelfall hierfür der Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung gegenüber dem Gläubiger des Unterlassungsanspruchs. Allerdings schließt das nicht die Möglichkeit für den Verletzer aus, darzulegen und zu beweisen, dass eine gegenüber einem Dritten abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung im konkreten Fall geeignet ist, ihn wirklich und ernsthaft von Wiederholungen der Verletzung auch gegenüber dem Betroffenen abzuhalten (sog. Drittunterwerfung). Ob die Wiederholungsgefahr deshalb so weit reduziert ist, dass die

49 a.a.O., juris, Rn. 11.

50 a.a.O., juris, Rn. 16 f.

51 Urteil vom 04. Juni 2019 – [VI ZR 440/18](#) – juris.

für sie sprechende Vermutung als entkräftet angesehen werden kann, ist im Einzelfall zu entscheiden.⁵²

10. Sonstiges (entfällt)

II. Kartellrecht

1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen/Kartellverbot (§ 1 bis § 3 GWB): „Tapetenkartell“

Zu der fünfjährigen Verjährungsfrist gemäß § 81 Abs. 8 GWB führt der Kartellsenat in der Entscheidung „Tapetenkartell“⁵³ aus: Ist die Tathandlung eine Preisabsprache, beginnt die Verjährung nicht mit der bloßen Preisabsprache, sondern mit dem sich durch die Preisabsprache ergebenden wirtschaftlichen Erfolg. Maßgeblich ist deshalb, dass die Preisabsprache weiterwirkt und das generelle Preisniveau beeinflusst. Dies ist bis zur nächsten (wiederum kartellbeeinflussten) Preiserhöhung, die insoweit eine Zäsur darstellt, der Fall. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es unmittelbar vor Ende der Laufzeit der absprachegemäß erhöhten Preise noch zu konkreten Bestellungen gekommen ist. Vielmehr ist entscheidend auf die durch die Absprache erzielte allgemeine Erhöhung des Preisniveaus abzustellen.⁵⁴

⁵² a.a.O., juris, Rn. 23.

⁵³ Beschluss vom 21. Mai 2019 – [KRB 93/18](#) – juris.

⁵⁴ a.a.O., juris (ohne Rn.).

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

a) „Werbeblocker III“ (§§ 18 Abs. 1, 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB)

Im Urteil „Werbeblocker III“⁵⁵ befasst sich der Kartellsenat mit der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung bei zweiseitigen Online-Märkten. Der Kartellsenat urteilte zu dem Werbeblocker „Adblock Plus“, der einerseits Internetnutzern das Blockieren unerwünschter Werbung erlaubt, andererseits Webseitenbetreibern eine regelmäßig entgeltliche (Wieder-) Freischaltung der Werbung auf ihren Webseiten bei Einhaltung bestimmter Kriterien ermöglicht („Weiße Liste“). Der I. Zivilsenat hatte in seinem Urteil „Werbeblocker II“⁵⁶ zu demselben Online-Werbeblocker ein unlauteres Verhalten u.a. i.S.v. §§ 4 Abs. 4, 4a UWG verneint. Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat nunmehr die Beurteilung des Oberlandesgerichts München beanstandet, wonach der Betreiber des Werbeblockers auf dem sachlich relevanten Markt nicht über eine beherrschende Stellung verfüge, und die Sache zur neuen Beurteilung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Kartellsenat führt aus, der Anbieter des Werbeblockers sei auf einem zweiseitigen Markt tätig und trete dort als Intermediär zwischen die Seitenbetreiber und die Nutzer.⁵⁷ Anders als bei einem Nachfragemittler (z.B. Lebensmitteldiscounter) seien danach die Internetnutzer den Seitenbetreibern ohne das Hinzutreten des Anbieters des Werbeblockers ohne Weiteres zugänglich. Nur wenn Werbeblocker und „weiße Liste“ getrennt betrachtet würden, ließe sich annehmen, der Anbieter des Werbeblockers erschlosse den Seitenbetreibern mit der Weißen Liste schlicht einen weiteren Kreis von Internetnutzern und damit eine größere Reichweite für ihr werbefinanziertes Angebot. Damit würde aber das Ziel der Bestimmung des relevanten Marktes verfehlt, die Wettbewerbskräfte zu ermitteln, de-

⁵⁵ Urteil vom 08. Oktober 2019 – [KZR 73/17](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁵⁶ Urteil vom 19. April 2018 – [I ZR 154/16](#) – juris.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 24.

nen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben, und der Zielsetzung des § 19 GWB entsprechend die missbräuchliche Ausnutzung nicht hinreichend vom Wettbewerb kontrollierter Handlungsspielräume zu Lasten Dritter zu unterbinden. Der Preissetzungsspielraum des Anbieters eines Werbeblockers ist nur dann durch den Wettbewerb kontrolliert, wenn sich die Betreiber werbefinanzierter Seiten den Zugang zu den Internetnutzern, die den Werbeblocker installiert und voreingestellt haben, auch in anderer Weise als durch entgeltliche Aufnahme in die voreingestellte Weiße Liste verschaffen könnten. Für die Beurteilung derartiger Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager ist nach der Beurteilung des Kartellsenats dem angefochtenen Berufungsurteil nichts Zureichendes zu entnehmen.⁵⁸ Von vornherein unerheblich ist für die Beurteilung dieser Ausweichmöglichkeiten die Erwägung, ein Webseitenbetreiber könne eine Bezahl-schranke einrichten. Bei der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung auf einem Angebotsmarkt ist regelmäßig das Geschäftsmodell der Marktgegenseite und die sich daraus ergebende Nachfrage als gegeben hinzunehmen.⁵⁹ Für die bei einer marktbeherrschenden Stellung erforderliche umfassende Interessenabwägung weist der Kartellsenat darauf hin, dass das Interesse des Anbieters eines Werbeblockers, durch Blockade und Freischaltung die Werbung der Seitenbetreiber zu steuern und an deren Werbeerlösen zu partizipieren, nicht als solches schutzwürdig ist, sondern nur insoweit berücksichtigt werden darf, als es legitimen Interessen derjenigen Internetnutzer dient, die den Werbeblocker installiert haben, oder dazu, die Entwicklung und Pflege des Werbeblockers zu finanzieren sowie damit einen angemessenen und risikoadäquaten Gewinn zu erzielen.⁶⁰

Diese Grundsätze im Urteil „Werbeblocker III“ liegen auch der weiteren Entscheidung des Kartellsenats vom 10. Dezember 2019⁶¹ in dem Klageverfahren eines anderen Webseitenbetreibers zugrunde. Der Senat stellt

58 a.a.O., juris, Rn. 26 f.

59 a.a.O., juris, Rn. 29.

60 a.a.O., juris, Rn. 42.

61 Urteil vom 10. Dezember 2019 – [KZR 57/19](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

hier klar, dass für den beklagten Anbieter des Werbeblockers die Vermutung der Marktbeherrschung gemäß § 18 Abs. 4 GWB eingreife, wenn relevanter Markt der von der Beklagten selbst eröffnete Markt für die grundsätzlich entgeltliche Dienstleistung der Aufnahme in die Weiße Liste ist. Die Beklagte muss infolgedessen substantiiert darlegen, warum sie gleichwohl im Hinblick auf Ausweichmöglichkeiten der Inhalteanbieter nicht marktbeherrschend ist. Gelangt das Berufungsgericht nach Zurückverweisung der Sache zur marktbeherrschenden Stellung der Beklagten, wird es unter umfassender Würdigung aller Umstände und unter Abwägung der Interessen der Beklagten und der Betreiber werbefinanzierter Internetseiten sowie der Nutzer solcher Seiten zu prüfen haben, ob der klagende Webseitenbetreiber von der Beklagten unbillig behindert oder diskriminiert wird. Die Darlegungs- und Beweislast für ein solches missbräuchliches Verhalten trifft grundsätzlich die Klagepartei.⁶² Diesem Revisionsurteil des Kartellsenats ging voraus, dass der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im Hinblick auf die mit der Klage verfolgten urheberrechtlichen Ansprüche zurückgewiesen hatte.⁶³

b) „Fernwärmerabatt“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB)

In seiner Entscheidung „Fernwärmerabatt“⁶⁴ hebt der Kartellsenat die angefochtene Berufungsentscheidung auf die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde auf, da das Berufungsgericht außerhalb des Vortrags beider Parteien zugrundegelegt hatte, die Preise der Beklagten hätten dem Bundeskartellamt im Rahmen seiner Sektorenuntersuchung Fernwärme vorgelegen.⁶⁵ Im Rahmen der Hinweise für die neue Verhandlung vor dem Berufungsgericht führt der Kartellsenat aus, dass ein Ausbeutungsmisbrauch auch im Wege der Kostenkontrolle nachgewiesen werden kann. Hierzu ist es nicht erforderlich, dass der Kläger die Kalkulation des in Anspruch genommenen Normadressaten mit sämtlichen Preisbil-

⁶² a.a.O., juris, Rn. 36 f.

⁶³ BGH, Beschluss vom 11. April 2019 – I ZR 158/17 – n.v.

⁶⁴ Beschluss vom 09. Juli 2019 – [KZR 110/18](#) – juris.

⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 6 f.

dungsfaktoren vorträgt. Vielmehr können insoweit bereits einzelne Preisbildungsfaktoren Bedeutung gewinnen, wobei insbesondere der Ansatz einer Mehrheit von Preisbildungsfaktoren, von denen anzunehmen ist, dass auf ihrer Grundlage kalkulierte Preise bei wirksamem Wettbewerb nicht durchgesetzt werden können, ein Indiz für einen missbräuchlich überhöhten Preis sein kann.⁶⁶ Im Rahmen der sekundären Darlegungslast des beklagten Normadressaten ist eine allgemeingültig formulierte Aussage, an Kalkulationsgrundlagen bestehe ein erhebliches Geheimhaltungsinteresse, das ihre Offenlegung im Wege der sekundären Darlegungslast unzumutbar mache, mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht vereinbar. Vielmehr bedarf es eines substantiierten Vortrags, bei Offenlegung welcher konkreten Geheimnisse der Beklagte welche Nachteile zu befürchten hätte.⁶⁷

3. Zusammenschlusskontrolle (entfällt)

4. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung

a) „Trassenentgelte“ (Art. 102 AEUV; § 14f AEG a.F.)

Zu dem seit der Entscheidung „CTL Logistics“ des EuGH⁶⁸ streitigen Verhältnis zwischen sektorspezifischer (Entgelt-) Regulierung und unionsrechtlichem Kartellrecht führt der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung „Trassenentgelte“⁶⁹ aus, dass bei einem Verstoß gegen Art. 102 AEUV durch ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen Ansprüche auf Schadensersatz oder Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung weder durch Vorschriften des Allgemeinen Eisenbahngesetzes noch durch solche der Eisenbahnregulierungs-Richtlinie 2001/14/EG ausgeschlossen sind. Sektorspezifisches Sekundärrecht der Union schließt Art. 102 AEUV sowie die aus dieser Vorschrift folgenden subjektiven

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁶⁸ EuGH, Urteil vom 09. November 2017 – C-489/15 – juris.

⁶⁹ Urteil vom 29. Oktober 2019 – [KZR 39/19](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Rechte der Marktteilnehmer weder aus noch vermög es das Missbrauchsverbot einzuschränken. Daher besteht ein Vorrang der sektorspezifischen Entgeltregulierung gegenüber den höherrangigen Wettbewerbsregeln der Artt. 101, 102 AEUV nicht.⁷⁰ Nach der vorgenannten Entscheidung des EuGH „CTL Logistics“ widerspricht eine mit der Überwachung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen durch die Regulierungsstelle kollidierende Entgeltüberprüfung im Zivilrechtsstreit dem Überwachungskonzept der Richtlinie dann, wenn sie zur Entgeltüberprüfung Maßstäbe heranzieht, die in der Richtlinie nicht vorgesehen sind. Diese Rechtsprechung bezieht sich aber ausschließlich auf die zivilgerichtliche Kontrolle von Weegeentgelten am Maßstab der individuellen vertraglichen Billigkeit i.S.v. § 315 Abs. 3 BGB. Das Verhältnis von Missbrauchsverbot zu sektorspezifischer Entgeltkontrolle wird – anders als das Verhältnis sektorspezifischer Entgeltkontrolle zu zivilgerichtlicher Billigkeitskontrolle – vom Vorrang des Primär- gegenüber dem Sekundärrecht bestimmt. Dieser Vorrang steht einem Ausschluss kartellzivilrechtlicher Erstattungsansprüche durch die Richtlinie 2001/14/EG von vornherein entgegen.⁷¹ Der Grundsatz der unmittelbaren Anwendung des Missbrauchsverbots nach Art. 102 AEUV steht auch einem Vorbehalt entgegen, nachdem kartellzivilgerichtliche Ansprüche nur dann durchgesetzt werden können, wenn die in der Richtlinie 2001/14/EG vorgesehene Regulierungsstelle zuvor einen Verstoß festgestellt hat.⁷²

b) „Berufungszuständigkeit II“ (Missbrauchskontrolle; §§ 19 f. GWB; § 28 TKG)

Gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 TKG bleiben die Vorschriften des GWB anwendbar, soweit durch das Gesetz nicht ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden. Unter Bezug hierauf stellt der Kartellsenat in seiner Entscheidung „Berufungszuständigkeit II“⁷³ klar, dass eine parallele Anwendbarkeit von § 28 TKG und §§ 19, 20 GWB erfolgt. Der Kartellsenat

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 34 f.

⁷² a.a.O., juris, Rn. 37.

⁷³ Urteil vom 29. Oktober 2019 – [KZR 60/18](#) – juris.

lässt die Frage offen, ob die Missbrauchskontrolle nach §§ 19, 20 GWB zu einem anderen Ergebnis führen kann als die Missbrauchskontrolle der Regulierungsbehörde über die Zugangsentgelte eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht nach § 28 TKG. Ebenfalls der Beurteilung durch das spezialisierte Kartellgericht überlässt der Bundesgerichtshof die Frage, ob neben der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG, die durch die Vorgaben zur Entgeltgenehmigung aus § 31 TKG umgesetzt wird, ein eigenständiger Anwendungsbereich für eine Preishöhenkontrolle auf der Grundlage des allgemeinen Verbots des Ausbeutungsmisbrauchs nach Art. 102 Satz 2 Buchst. a) AEUV verbleibt.

c) „Eigenkapitalzinssatz II“ (§ 7 GasNEV)

Der Kartellsenat bekräftigt in seiner Entscheidung „Eigenkapitalzinssatz II“⁷⁴, dass der Regulierungsbehörde bei der Festlegung des Eigenkapitalzinssatzes im Rahmen der Anreizregulierung zur Bestimmung der Erlösobergrenze für die Betreiber von Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen ein Beurteilungsspielraum zusteht, welcher der uneingeschränkten Überprüfung durch den Tatrichter unterliegt.⁷⁵ Es ist dabei nicht Aufgabe einer gerichtlichen Überprüfung, eine von der Regulierungsbehörde in Ausübung eines ihr zustehenden Spielraums gewählte Methode durch eine alternative Modellierung zu ergänzen oder zu ersetzen.⁷⁶ Die Entscheidung der Regulierungsbehörde ist jedoch nur dann rechtsfehlerfrei, wenn sie sich anerkannter wissenschaftlicher Methoden bedient und diese in Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben anwendet und wenn keine konkreten Anhaltspunkte dafür feststellbar sind, dass die sich hieraus ergebende Höhe der Eigenkapitalverzinsung gleichwohl das Ziel einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Verzinsung des eingesetzten Kapitals verfehlt.⁷⁷

⁷⁴ Beschluss vom 09. Juli 2019 – [EnVR 52/18](#) – juris; weitgehend gleichlautend Beschluss vom gleichen Tag – [EnVR 41/18](#) – juris.

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 43 f.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 43 unter Verweis auf die Rechtsprechung zum Effizienzvergleich BGH, Beschluss vom 21. Januar 2014 – [EnVR 12/12](#) – Stadtwerke Konstanz GmbH – juris, Rn. 41.

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 44.

d) „Lichtblick“ (Beteiligtenstellung gemäß § 75 Abs. 2 EnWG; § 63 Abs. 2 GWB)

Im Zusammenhang mit den Entscheidungen vom gleichen Tag zur Festlegung des Eigenkapitalzinssatzes führt der Kartellsenat in der Entscheidung „Lichtblick“⁷⁸ zur Beschwerdebefugnis des Stromanbieters gegen die Entscheidung der Regulierungsbehörde aus. Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten gemäß § 75 Abs. 2 EnWG entspricht § 63 GWB; die zu § 63 GWB anerkannten Grundsätze gelten auch hier. Erforderlich ist daher neben der Rechtsstellung als Beteiligter eine materielle Beschwer. Hinsichtlich der Festlegung des Eigenkapitalzinssatzes für eine Regulierungsperiode im Rahmen der Anreizregulierung bejaht der Kartellsenat die bisher offen gelassene Frage, ob bei Unternehmen, die ein Stromnetz nutzen wollen, eine unmittelbare wirtschaftliche Betroffenheit durch die Genehmigung der Entgelte entsteht.⁷⁹ Die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze betrifft zwar nicht subjektive Rechte des Stromanbieters, sondern allein die Rechtsstellung der Netzbetreiber.⁸⁰ Der Stromanbieter ist durch die Festlegung des Eigenkapitalzinssatzes jedoch unmittelbar in seinen wirtschaftlichen Interessen betroffen.⁸¹ Als Stromanbieter hat der Beschwerdeführer für die Nutzung des Stromnetzes die von den Netzbetreibern verlangten Netzentgelte zu bezahlen. Soweit die Netzentgelte im Rahmen der Anreizregulierung bestimmt werden, steht dies einer unmittelbaren Betroffenheit nicht entgegen.⁸²

5. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales

a) „Berufungszuständigkeit II“ (§§ 87, 91 Satz 2 GWB)

Zu der in der Praxis häufig unklaren Einordnung von Rechtssachen als Kartellstreitsache führt der Kartellsenat in seiner Entscheidung „Beru-

⁷⁸ Beschluss vom 09. Juli 2019 – [EnVR 5/18](#) – juris.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 18 unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 07. November 2006 – [KVR 37/05](#) – pepcom – juris, Rn. 11 f.

⁸² a.a.O., juris, Rn. 22 f.

fungszuständigkeit II⁸³ aus, angesichts der Unsicherheit über das zuständige Gericht kann die Berufung sowohl bei dem allgemeinen zuständigen Gericht als auch bei dem nach § 91 f. GWB i.V.m. § 87 GWB zuständigen Kartellgericht eingelegt werden. Während die Berufung beim allgemein zuständigen Gericht auch eingelegt werden kann, wenn an der Zuständigkeit des für Kartellsachen zuständigen Oberlandesgerichts keine vernünftigen Zweifel bestehen, kann die Berufung beim Kartellberufungsgericht dann nicht eingelegt werden, wenn keinerlei vernünftige Zweifel an der Zuständigkeit des allgemeinen Berufungsgerichts bestehen.⁸⁴ Für die Frage, ob ein Rechtsstreit als Kartellstreitsache i.S.v. § 87 GWB einzuordnen ist, ist seit Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle eine materiell-rechtliche Anknüpfung geboten. Dementsprechend genügt es für die Zuständigkeit nach § 91 Satz 2 GWB nicht mehr, dass ein nach §§ 87, 89 GWB zuständiges Landgericht erkennbar in dieser Eigenschaft entschieden hat.⁸⁵ Zu der Frage, ob und inwieweit auch die Berufungsbegründungsschrift fristwährend bei dem allgemein zuständigen Gericht eingereicht werden kann, musste sich der Kartellsenat nicht äußern.

6. Sonstiges

a) „Pressemitteilung des Bundeskartellamtes III“ (§§ 1, 53 Abs. 5 GWB)

Wie der Kartellsenat in seiner Entscheidung „Pressemitteilung des Bundeskartellamtes III“⁸⁶ klarstellt, darf ein Unternehmen, das nach den Feststellungen eines allein gegen einen Dritten ergangenen Bußgeldbescheids an einem unzulässigen Kartell beteiligt gewesen ist, in diesem Bußgeldbescheid namentlich genannt werden. Die Nennung aller tatbeteiligten Unternehmen ist zur Konkretisierung der Tat, die dem verfolgten Unternehmen vorgeworfen wird, erforderlich. Soweit zur Wahrung der Abgrenzungsfunktion des Bußgeldbescheids dritte Tatbeteiligte genannt werden,

⁸³ Urteil vom 29. Oktober 2019 – [KZR 60/18](#) – juris.

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 26 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 30. Mai 1978 – KZR 12/77 – Pankreplex I – juris, Rn. 6 f.

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 30.

⁸⁶ Beschluss vom 08. Oktober 2019 – [KVZ 14/19](#) – juris.

gegen die sich das Verfahren nicht oder nicht mehr richtet, steht dies zur Unschuldsvermutung nicht in Widerspruch.⁸⁷ Eine im Bußgeldbescheid festgestellte Tatbeteiligung darf auch im Fallbericht des Bundeskartellamts erwähnt werden. § 53 Abs. 5 GWB ermächtigt das Amt zu einer solchen Darstellung, bei der lediglich deutlich werden muss, dass der Bußgeldbescheid gegenüber einem nicht oder nicht mehr verfolgten Unternehmen keine Rechtswirkung und keine Bindung entfaltet. Die Nennung der nicht oder nicht mehr verfolgten, jedoch an der Kartellabsprache beteiligten Unternehmen erleichtert die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen, weil die Kunden dieser Unternehmen das bebußte Unternehmen als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen können (§ 33d Abs. 1 GWB).⁸⁸

b) Bußgeldverfahren Rossmann (§§ 1, 14 GWB a.F.; §§ 275 Abs. 1, 338 Abs. 7 StPO)

Die Festsetzung einer Geldbuße i.H.v. 30 Mio. € gegen das Unternehmen Rossmann durch das Oberlandesgericht Düsseldorf hat der Kartellsenat im Beschluss vom 09. Juli 2019⁸⁹ wegen Überschreitung der 11-Wochen-Frist (§§ 275 Abs. 1, 378 Nr. 7 StPO, §§ 71 Abs. 1, 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG) aufgehoben. Die mit der Rechtsbeschwerde gerügte Fristüberschreitung ist nach der Beurteilung des Kartellsenats trotz der dienstlichen Erklärungen des Senatsvorsitzenden und der Berichterstatterin, wonach diese ca. einen Monat vor Ablauf der 11-Wochen-Frist aus gesundheitlichen und persönlichen Gründen außerstande war, die Urteilsgründe weiter abzufassen, und der Vorsitzende diese Aufgabe daraufhin mit voller Arbeitskraft übernahm, nicht zu rechtfertigen. Beim Ausfall der Berichterstatterin müssen notfalls die anderen erkennenden Richter das Urteil abfassen, sofern dies möglich und zumutbar ist. Hier war eine fristgerechte Absetzung des 130 Seiten umfassenden Urteils dem Oberlandesgericht aus Sicht des Bundesgerichtshofs deshalb möglich und zumutbar, weil auch der weitere beisitzende Richter die Urteilsgründe hätte vervollständigen können. Die in der dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden hervorge-

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 6.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 8 f.

⁸⁹ Beschluss vom 09. Juli 2019 – [KRB 37/19](#) – juris.

hobene Komplexität des Falles sprach nicht gegen ein solches Vorgehen, sondern hätte dieses aufgrund der Verantwortung aller erkennenden Richter für die Fristwahrung gerade erfordert.⁹⁰

Seite 27 von 27

Karlsruhe, den 26. März 2020

Dr. Peter Rädler

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 6.