

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 2. Halbjahr 2022

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

Dieser Beitrag fasst die im zweiten Halbjahr 2022 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht zusammen.¹ Wegen des zum Teil längeren Zeitraums zwischen Absetzen und Veröffentlichung der Entscheidungen ist die Übersicht auf die bis zum 31. Januar 2023 veröffentlichten Entscheidungen begrenzt;² später veröffentlichte Entscheidungen werden in der nachfolgenden Rechtsprechungsübersicht berücksichtigt. Der Rechtsprechungsbericht zum Wettbewerbsrecht ist in dieser Übersicht auf das Lauterkeitsrecht des UWG beschränkt.

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

¹ Frühere Berichtszeiträume sind abrufbar auf unserer Webseite („Aktuelles“) unter dem Menüpunkt „[Newsletter](#)“.

² Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseite kostenlos im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

Wettbewerbs- und Kartellrecht

I. Lauterkeitsrecht

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

II. Kartellrecht

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

I. Lauterkeitsrecht

- 1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen**
(entfällt)
- 2. Per-se-Verbote**
(entfällt)

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

a) „dortmund.de“ (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 22 Abs. 2 Satz 1 GG, § 3a UWG)

In seiner Entscheidung „dortmund.de“³ setzt der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung im Urteil „Crailsheimer Stadtblatt II“⁴ nunmehr mit Blick auf ein kommunales Online-Informationsangebot fort. In der von einem Verlag angestregten Klage auf Unterlassung dieses Telemedienangebots bestätigt der I. Zivilsenat das klageabweisende Berufungsurteil. Der Bundesgerichtshof greift zunächst seine etablierte Rechtsprechung auf, wonach es sich bei dem Gebot der Staatsferne der Presse um eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG handele.⁵ Die Kompetenz zur Staatsleitung schließe als integralen Bestandteil die Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit ein. Diese Kompetenz zur Information der Bürgerinnen und Bürger erlaube Kommunen allerdings nicht jegliche pressemäßige Äußerung, die irgendeinen Bezug zur örtlichen Gemeinschaft aufweise. Die innere Grenze werde durch den erforderlichen Bezug zur Gemeinde und ihren Aufgaben gesetzt. Ihre äußere Grenze fänden kommunale Publikationen in der institutionellen Garantie der Pressefreiheit.⁶

Mit Blick auf das in Streit stehende Online-Portal führt der Senat aus, die Institutsgarantie der Presse sei unabhängig davon einschlägig, dass die Klägerin nicht ein Druckerzeugnis der Beklagten, sondern deren Internetauftritt und damit ein Telemedienangebot beanstande. Es komme dabei nicht auf die kontroverse Frage an, ob am traditionellen Pressebegriff festzuhalten ist, der an das körperliche Druckerzeugnis anknüpft, oder ob auch Online-Medien in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG fallen. Das verfassungsrechtliche Gebot, die Presse zur Sicherung der Meinungsvielfalt von staatlichen Einflüssen freizuhalten, beziehe sich nicht nur auf

³ Urteil vom 14. Juli 2022 – [I ZR 97/21](#) – juris.

⁴ Urteil vom 20. Dezember 2018 – [I ZR 112/17](#) – juris.

⁵ Urteil vom 14. Juli 2022 – a.a.O. – juris, Rn. 20.

⁶ a.a.O. – juris, Rn. 20 f.; jeweils unter Verweis auf die Entscheidung „Crailsheimer Stadtblatt II“ – a.a.O. – juris, Rn. 24 f.

manifeste Gefahren unmittelbarer Lenkung oder Maßregelung der im Bereich der Presse tätigen Unternehmen, sondern weitergehend auf die Verhinderung aller mittelbaren und subtilen Einflussnahmen des Staates. Das Gebot der Staatsferne der Presse schütze daher auch vor Substitutionseffekten kommunaler Online-Informationsangebote, die dazu führen, dass die private Presse ihre besondere Aufgabe im demokratischen Gemeinwesen nicht mehr erfüllen kann.⁷

Eine Einflussnahme des Staates auf den Meinungsmarkt könne mit dem Institut der freien Presse überhaupt nur vereinbar sein, wenn sie wegen der Konkurrenz mit der Fülle der vom Staat unabhängigen Zeitungen und Zeitschriften am Bild der freien Presse substantiell nichts ändere. Ob und inwieweit dies bei kommunalen Online-Publikationen – im Unterschied zum Markt der klassischen lokalen (Print-) Presse – aufgrund der Informationsfülle im Internet der Fall ist, bedürfe der Feststellung im Einzelfall. Dabei begründeten einzelne, die Grenzen zulässiger staatlicher Öffentlichkeitsarbeit überschreitende Artikel allein keine Verletzung des Gebots der Staatsferne der Presse. Notwendig sei vielmehr eine wertende Betrachtung der Publikation insgesamt, bei der sich jede schematische Betrachtungsweise verbiete.⁸ Rechtsfehlerfrei habe das Berufungsgericht im entschiedenen Fall zwar im Rahmen einer Einzelbetrachtung der von der Klägerin beanstandeten Beiträge einen Verstoß gegen das Gebot der Staatsferne der Presse angenommen. Es halte aber rechtlicher Nachprüfung stand, dass das Berufungsgericht eine Verletzung des Gebots der Staatsferne der Presse nach einer wertenden Gesamtbetrachtung des Stadtportals der Beklagten abgelehnt habe. Auch insoweit greift der Senat die in der Entscheidung „Crailsheimer Stadtblatt II“ geprägte Formel auf, wonach insbesondere zu berücksichtigen sei, wie stark die kommunale Publikation den Bereich der ohne Weiteres zulässigen Berichterstattung überschreitet und bei den angesprochenen Verkehrskreisen als funktionales Äquivalent zu

⁷ a.a.O. – juris, Rn. 35 f.

⁸ a.a.O. – juris, Rn. 39 f.

einer privaten Zeitung wirkt.⁹ Bei Online-Informationsangeboten, die nach ihren technischen Gegebenheiten nicht den für Druckerzeugnisse bestehenden Kapazitätsbeschränkungen unterliegen, sei das quantitative Verhältnis zwischen zulässigen und unzulässigen Beiträgen regelmäßig weniger aussagekräftig als bei Printmedien. Daher könne für die Gesamtbetrachtung bedeutsam sein, ob gerade die das Gebot der Staatsferne der Presse verletzenden Beiträge besonderes Gewicht haben und das Gesamtangebot prägen. Dafür könnten Verlinkungen auf diese Beiträge sprechen – zum Beispiel von der Startseite des Informationsangebots – oder der Umstand, dass sie zu den meistgelesenen Beiträgen zählen.¹⁰ Soweit in dem kommunalen Online-Portal eine Anzeigenschaltung in einzelnen Rubriken erfolge, sei diese Anzeigenschaltung in die Gesamtwürdigung einzubeziehen.¹¹

b) „7 x mehr“ (§ 3a UWG; Art. 3 HCVO)

In seiner Entscheidung „7 x mehr“¹² beschäftigt sich der I. Zivilsenat u.a. mit der Werbeaussage für Kindermilch „7 x mehr brauchst du als ich, wirst groß, gesund – ganz sicherlich“ und beanstandet die Ermittlung des Verkehrsverständnisses durch das Berufungsgericht. Art. 3 Unterabs. 2 Buchst. a) der EG-Verordnung Nr. 1924/2006 (HCVO), wonach nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben nicht falsch, mehrdeutig oder irreführend sein dürfen, stellt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG dar. Für die Feststellung, welches Verständnis eine mit einem Unterlassungsantrag angegriffene Werbeanzeige und etwaige dort getroffene Werbeaussagen bei dem angesprochenen Verkehr erwecken, ist der Gesamteindruck zu würdigen, den die Werbung vermittelt, und nicht auf einzelne Elemente derselben abzustellen.¹³ An diesem Maßstab habe das Berufungsgericht das für die Feststellung einer Irreführung maßgebliche Verkehrsverständnis von der

⁹ a.a.O. – juris, Rn. 52 unter Verweis auf „Crailsheimer Stadtblatt II“ – a.a.O. – juris, Rn. 40.

¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 54.

¹¹ a.a.O. – juris, Rn. 63.

¹² Urteil vom 02. Juni 2022 – [I ZR 93/21](#) – juris.

¹³ a.a.O. – juris, Rn. 23.

angegriffenen Werbung fehlerhaft ermittelt, in dem es sich ausschließlich mit dem Wortlaut der im Klageantrag beanstandeten Aussagen befasst und die übrigen Merkmale der Werbung nicht berücksichtigt habe. Es sei im entschiedenen Fall nicht auszuschließen, dass die Werbeaussage bei einer Gesamtbetrachtung nur dahingehend verstanden werden könne, dass die Beklagte in unzutreffender Weise suggeriere, Kinder hätten gegenüber Erwachsenen in der Gesamtmenge einen siebenfachen Bedarf an Vitamin D.

c) „Servicepauschale“ (§ 3a UWG; § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB)

In seiner Entscheidung „Servicepauschale“¹⁴ beschäftigt sich der I. Zivilsenat nochmals mit der Erhebung von Zusatzgebühren bei der Zahlung im Online-Verkehr unter Verwendung üblicher Zahlungsmittel. Gemäß § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB ist eine Vereinbarung unwirksam, durch die ein Verbraucher verpflichtet wird, ein Entgelt dafür zu zahlen, dass er für die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten ein bestimmtes Zahlungsmittel nutzt, wenn für den Verbraucher keine gängige und zumutbare unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit besteht. Wie der Senat bereits vor kurzem entschieden hatte,¹⁵ stellt diese Bestimmung eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG dar. Auf dem von der Beklagten betriebenen Internetportal war der angezeigte Preis für einen angebotenen Flug nur bei Verwendung nicht gängiger Zahlungsmittel i.S.v. § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB erhältlich; bei Verwendung anderer Zahlungsmittel hatte der Kunde ein Zusatzentgelt zu bezahlen. Der Bundesgerichtshof teilt die Einschätzung des Berufungsgerichts, wonach die weiteren von der Beklagten akzeptierten Zahlungsmöglichkeiten als nicht unentgeltlich i.S.d. § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB betrachtet werden können, weil die von ihr erhobene Servicepauschale ein verdecktes Zahlungsmittelentgelt darstelle.¹⁶ Der Senat lässt die Frage offen, ob § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB mit der in Art. 4 der Verbraucherrechtlinie 2011/83/EU angeordnete Vollharmonisierung unvereinbar sei, weil die nationale Bestimmung über die Vorgaben des Art. 19 dieser Richtlinie über Entgelte für die

¹⁴ Urteil vom 28. Juli 2022 – [I ZR 205/20](#) – juris.

¹⁵ BGH, Beschluss vom 18. November 2021 – [I ZR 195/20](#) – juris, Rn. 28.

¹⁶ Urteil vom 28. Juli 2022 – a.a.O. – juris, Rn. 31.

Verwendung bestimmter Zahlungsmittel hinausgehen könnte. Der Senat schließt sich insoweit der Auffassung des X. Zivilsenats an, wonach die Vorgaben der Verbraucherrechterichtlinie nicht zum Tragen kommen, wenn die in Streit befindliche Zahlungsentgeltvereinbarung in den Anwendungsbereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen fällt.¹⁷

d) „Stickstoffgenerator“ (Art. 17 BiozidVO)

In seiner Entscheidung „Stickstoffgenerator“¹⁸ stellt der I. Zivilsenat fest, dass Art. 17 der Verordnung Nr. 528/2012 über die Bereitstellung auf dem Markt und die Verwendung von Biozidprodukten (BiozidVO) eine Marktverhaltensregelung darstellt. Nach Art. 17 Abs. 1 BiozidVO dürfen Biozidprodukte nur auf dem Markt bereitgestellt oder verwendet werden, wenn sie gemäß dieser Verordnung zugelassen wurden. Bei der Vorschrift handele es sich um eine Marktverhaltensregelung. Die Vorschrift mache insbesondere die entgeltliche oder unentgeltliche Abgabe eines Biozidprodukts zum Vertrieb oder zur Verwendung im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit oder die Anwendung von Biozidprodukten innerhalb der Europäischen Union von einer behördlichen Zulassung abhängig. Es handele sich auch nicht um eine reine Marktzutrittsregelung. Dies folge bereits daraus, dass die Zulassungspflicht produktbezogen ist. Soweit dadurch einzelnen Anbietern, die allein Biozidprodukte vertreiben oder Dienstleistungen unter Einsatz von Biozidprodukten anbieten, der Marktzutritt verwehrt werden sollte, ändere dies nichts an der primär marktverhaltensbezogenen Schutzrichtung des Zulassungsverfahrens.¹⁹ Die UGP-Richtlinie 2005/29/EG stehe einer Verfolgung eines Verstoßes gegen Art. 17 Abs. 1 BiozidVO unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs gemäß § 3a UWG nicht entgegen. Die Richtlinie lasse Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedsstaaten in Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten unberührt.²⁰ Zu Recht habe das Berufungsgericht angenommen, dass der von der

¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 35 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 24. August 2021 – [X ZR 23/20](#) – juris, Rn. 19.

¹⁸ Urteil vom 10. November 2022 – [I ZR 16/22](#) – juris.

¹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 21.

²⁰ a.a.O. – juris, Rn. 22.

Beklagten bei ihrem Schädlingsbekämpfungsverfahren aus der Außenwelt generierte Stickstoff ein Biozidprodukt ist und daher grundsätzlich der Zulassungspflicht von Art. 17 Abs. 1 BiozidVO unterliege. Der Begriff „Biozidprodukt“ i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Buchst. a) der Verordnung umfasse nicht nur unmittelbare, sondern auch mittelbare Wirkungen eines Produkts gegen Schadorganismen, soweit die Einwirkung Teil einer Kausalkette ist, die bei diesen Schadorganismen eine Hemmwirkung hervorrufen soll.²¹ Insofern sei eine physikalische Einwirkung nicht erforderlich; auch ein – wie in diesem Verfahren – rein physikalisches Erstickungsverfahren erfülle die Voraussetzung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Buchst. c) BiozidVO, dass der Wirkstoff eine Wirkung auf oder gegen Schadorganismen entfaltet.²²

e) Vorlagebeschluss: „App-Zentrum II“ (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG; Art. 80 Abs. 2 DSGVO)

In seinem Beschluss vom 10. November 2022 „App-Zentrum II“²³ legt der Bundesgerichtshof dem Unionsgerichtshof nochmals Fragen zur Auslegung der Datenschutz-Grundverordnung mit Blick auf die Klagebefugnis von Verbraucherverbänden vor. In seinem ersten Vorlagebeschluss „App-Zentrum I“ vom 28. Mai 2020 war der Senat davon ausgegangen, dass sich den Bestimmungen des Kapitel VIII der DSGVO keine Klagebefugnis des Verbraucherverbands gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG und § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG entnehmen lasse.²⁴ Abweichend von der durch den Senat im Vorlagebeschluss vertretenen Ansicht habe der Unionsgerichtshof allerdings in seinem Urteil „Meta Platforms Ireland“ vom 28. April 2022 entschieden, dass sich die Klagebefugnis des Klägers aus Art. 80 Abs. 2 DSGVO ergeben könne.²⁵ Es stelle sich daher die Frage, ob sich die im Streitfall maßgeblichen Bestimmungen im UWG und UKlaG zur Klagebefugnis des Klägers in den Rahmen des jedem Mitgliedsstaat in Art. 80 Abs. 2 DSGVO eingeräumten Ermessensspielraums einfügen. Insofern sei

²¹ a.a.O. – juris, Rn. 34.

²² a.a.O. – juris, Rn. 49.

²³ Beschluss vom 10. November 2022 – [I ZR 186/17](#) – juris.

²⁴ a.a.O. – juris, Rn. 13.

²⁵ a.a.O. – juris, Rn. 14 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 28. April 2022 – C-319/20 – juris, Rn. 49.

nicht zweifelsfrei zu beantworten, ob die für den sachlichen Anwendungsbereich maßgeblichen Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 2 DSGVO vollständig erfüllt seien.²⁶ Zwar stehe der Klagebefugnis des Klägers nicht entgegen, dass er seine Klage unabhängig von der konkreten Verletzung von Datenschutzrechten einer betroffenen Person und ohne Auftrag einer solchen Person erhoben habe; für die Klagebefugnis reichten identifizierbare natürliche Personen aus.²⁷ Ebenfalls stehe es der Anwendung von Art. 80 Abs. 2 DSGVO nicht entgegen, dass der Kläger mit einem Verstoß gegen die Vorschriften zum Schutz der personenbezogenen Daten der Verbraucher zugleich einen Verstoß gegen andere Vorschriften zum Schutz der Verbraucher oder zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken beanstandete.²⁸ Nicht zweifelsfrei sei allerdings die Auslegung des Begriffs der Rechtsverletzung „infolge einer Verarbeitung“ i.S.v. Art. 80 Abs. 2 DSGVO.²⁹ Mit Blick auf die im App-Zentrum der Beklagten zugänglichen Spiele von Dritten sei bereits nicht klar, unter welchen Umständen von einer „Verarbeitung“ auszugehen ist und insbesondere, ob diese bei einer im Streitfall in Rede stehenden Informationspflichtverletzung vorliegt. Weiter stelle sich die Frage, ob eine Verletzung „infolge der Verarbeitung“ i.S.v. Art. 80 Abs. 2 DSGVO eintrete.

f) Vorlagebeschluss: „Arzneimittelbestelldaten“ (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG; Art. 9 Abs. 1 DSGVO)

Im Zusammenhang mit den o.g. Vorlagebeschlüssen „App-Zentrum“ legt der I. Zivilsenat in seinem Beschluss „Arzneimittelbestelldaten“³⁰ dem Unionsgerichtshof die Frage vor, ob die Regelungen im Kapitel VIII der DSGVO einer nationalen Regelung entgegenstehen, mit der eine wettbewerbsrechtliche Klagebefugnis von Mitbewerbern bei Verstößen gegen die Verordnung begründet wird. Diese in der Instanzrechtsprechung und Literatur streitige Frage lässt sich nach Auffassung des Senats nicht eindeutig

²⁶ a.a.O. – juris, Rn. 17.

²⁷ a.a.O. – juris, Rn. 18.

²⁸ a.a.O. – juris, Rn. 19 unter Verweis auf EuGH – a.a.O. – juris, Rn. 66 und Rn. 77 f.

²⁹ a.a.O. – juris, Rn. 22.

³⁰ Beschluss vom 12. Januar 2023 – [I ZR 223/19](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

beantworten. Dem Wortlaut der DSGVO lasse sich keine Antwort entnehmen; auch die Auslegung der Verordnung zeige nicht eindeutig, ob der Unionsgesetzgeber mit dieser Verordnung nicht nur die Bestimmungen zum Schutz personenbezogener Daten, sondern auch die zur Durchsetzung der danach bestehenden Rechte vereinheitlicht hat.³¹ Jedenfalls sei der Verordnung keine Regelung zu entnehmen, nach der die Verfolgung von Verstößen gegen das Datenschutzrecht als unlautere Geschäftspraktiken ausgeschlossen sein soll. Es sei daher fraglich, ob die Verordnung auch im Hinblick auf wettbewerbsrechtlich begründete Verstöße abschließend sein soll.³² Für die Annahme einer weiterhin gegebenen wettbewerbsrechtlichen Klagebefugnis für Mitbewerber könne sprechen, dass damit eine nach dem Effektivitätsgrundsatz wünschenswerte zusätzliche Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung erhalten bleibe.³³

Dem Revisionsverfahren liegt die Klage eines Apothekers gegen einen anderen Apotheker auf Unterlassung des Vertriebs apothekenpflichtiger Arzneimittel auf der Internet-Verkaufsplattform „amazon-Marketplace“ zu Grunde. In diesem konkreten Zusammenhang legt der I. Zivilsenat dem Unionsgerichtshof die Frage vor, ob die Daten, die Kunden bei der Bestellung von apothekenpflichtigen Medikamenten auf der Verkaufsplattform eingeben, Gesundheitsdaten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 DSGVO sowie Daten über Gesundheit i.S.v. Art. 8 Abs. 1 der außer Kraft getretenen Datenschutz-Richtlinie sind. Bei – wie in diesem Fall – apothekenpflichtigen, aber nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln bestehe die Besonderheit, dass keine ärztliche Verschreibung vorliege, aus der zu ersehen ist, wem dieses Medikament verschrieben worden ist und wer es demnach einnehmen soll. Demnach sei fraglich, ob Informationen auch dann Gesundheitsdaten darstellen, wenn nicht mit Sicherheit, sondern nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass die durch die Bestelldaten identifizierte bzw. identifizierbare Person auch das bestellte Medikament

³¹ a.a.O. – juris, Rn. 16.

³² a.a.O. – juris, Rn. 20.

³³ a.a.O. – juris, Rn. 25.

einnehmen wird und damit aus den Bestelldaten in ihrer Gesamtheit eine Information über den Gesundheitszustand hervorgeht.³⁴

4. Mitbewerberschutz/Aggressive geschäftliche Handlungen (entfällt)

5. Irreführung (§§ 5, 5a UWG)

„Herstellergarantie IV“ (§ 5a Abs. 1 UWG; § 3a UWG; § 312d BGB a.F.; Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 EGBGB a.F.)

Nach Klärung durch den Unionsgerichtshof im Urteil „Victorinox“³⁵ hat der I. Zivilsenat nunmehr in seinem Urteil „Herstellergarantie IV“ entschieden, dass den Unternehmer eine vorvertragliche Pflicht zur Information über eine Herstellergarantie für ein im Internet angebotenes Produkt (nur) trifft, wenn er die Garantie zu einem zentralen oder entscheidenden Merkmal seines Angebots macht.³⁶ Der Bundesgerichtshof stellt zunächst klar, dass die Unlauterkeit eines Verhaltens wegen Verletzung einer Informationspflicht über das Vorliegen einer Garantieerklärung nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB a.F., Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 EGBGB a.F. sich nicht (mehr) nach dem Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG, sondern nach den Bestimmungen des § 5a UWG zum Vorenthalten wesentlicher Informationen richtet. Der Senat setzt insoweit seine Rechtsprechung in der Entscheidung „Knuspermüsli II“ fort und hält an seiner noch im Vorlagebeschluss „Herstellergarantie III“ vertretenen Einordnung der Verletzung dieser Informationspflicht in den Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG nicht mehr fest.³⁷ Die nach den vorgenannten Bestimmungen vorvertraglich zu erteilende Information zu Garantien stellt eine wesentliche Information i.S.v. Art. 5 Abs. 4 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG und § 5a Abs. 4 UWG (a.F.) dar. Die nationalen Bestimmungen dienen insoweit der Umsetzung von Art. 6 Abs. 1 Buchst. m) der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU.³⁸

³⁴ a.a.O. – juris, Rn. 36 f.

³⁵ Urteil vom 05. Mai 2022 – C-179/21 – Victorinox.

³⁶ Urteil vom 10. November 2022 – [I ZR 241/19](#) – juris.

³⁷ a.a.O. – juris, Rn. 15 f. unter Verweis auf Urteil vom 07. April 2022 – [I ZR 143/19](#) – Knuspermüsli II – juris, Rn. 23 f.

³⁸ a.a.O. – juris, Rn. 23.

Der auf Unterlassung in Anspruch genommene Online-Anbieter des „Victorinox“-Taschenmessers habe sich nicht gemäß § 5a Abs. 2 und Abs. 4 UWG a.F. unlauter verhalten, weil er dem Verbraucher keine nach den zitierten nationalen Bestimmungen zu erteilende Information zu der „Victorinox-Garantie“ vorenthalten habe.³⁹ Eine Informationspflicht des beklagten Anbieters sei zwar nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil die Garantie nicht von dem Anbieter selbst, sondern von dem Hersteller des dargebotenen Produkts stamme; dies ergebe sich aus dem Regelungszusammenhang mit dem gesetzlichen Begriff der Garantie.⁴⁰ Der auf der Angebotsseite des beklagten Unternehmens ausgewiesene Link auf das Produktinformationsblatt des Herstellers „Victorinox“ nebst der darin angeführten Garantie habe unter den gegebenen Umständen jedoch keine Pflicht des beklagten Anbieters zur vorvertraglichen Information über die Bedingungen der Herstellergarantie begründet. Nach den vom Unionsgerichtshof in seiner Entscheidung „Victorinox“ entwickelten Kriterien stelle die Herstellergarantie kein zentrales oder entscheidendes Merkmal der Internetpräsentation des beklagten Unternehmens dar, das seine Pflicht zur vorvertraglichen Information der Verbraucher über die Bedingungen dieser Garantie hätte begründen können.⁴¹ Auf das angefügte Produktinformationsblatt des Herstellers habe der Verbraucher nur zugreifen können, wenn er den auf der Angebotsseite unter der Zwischenüberschrift „weitere technische Informationen“ befindlichen, als „Betriebsanleitung“ bezeichneten Link angeklickt habe.

Das Berufungsurteil erweise sich auch nicht wegen eines Verstoßes gegen die Marktverhaltensregelung des § 479 Abs. 1 BGB i.V.m. § 3a UWG im Ergebnis als richtig. Ein Verstoß gegen Informationspflichten, die nicht die kommerzielle Kommunikation betreffen und daher nicht unter Art. 7 Abs. 1 und Abs. 5 der UGP-Richtlinie fallen, könne zwar weiterhin eine Unlauter-

³⁹ a.a.O. – juris, Rn. 24.

⁴⁰ a.a.O. – juris, Rn. 31 f.

⁴¹ a.a.O. – juris, Rn. 39 unter Verweis auf EuGH – a.a.O. – Rn. 44 f.

keit nach § 3a UWG begründen.⁴² Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen habe die Beklagte die Vorgaben des § 479 Abs. 1 BGB aber nicht zu beachten gehabt. Unter den Begriff der Garantieverklärung i.S.d. Bestimmung fallen nur Willenserklärungen, die zum Abschluss eines Kaufvertrags (unselbständige Garantie) oder eines eigenständigen Garantievertrags führen, nicht dagegen die Werbung, die den Verbraucher lediglich zur Bestellung auffordert und in diesem Zusammenhang eine Garantie ankündigt, ohne sie bereits rechtsverbindlich zu versprechen.⁴³ Vorliegend habe das Berufungsgericht nicht festgestellt, dass die Beklagte durch den Link auf das die „Victorinox-Garantie“ enthaltende Produktinformationsblatt des Herstellers für diesen in vertragsmäßig bindender Weise eine Garantieverklärung abgegeben habe.⁴⁴

6. Vergleichende Werbung
(entfällt)

7. Unzumutbare Belästigung
(entfällt)

8. Rechtsfolgen
(entfällt)

9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales

a) „dortmund.de“ (Bestimmtheit des Klageantrags, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO)

In der bereits erwähnten Entscheidung „dortmund.de“⁴⁵ setzt sich der Bundesgerichtshof mit der Frage auseinander, ob es an der nötigen Bestimmtheit eines Klageantrags fehlen kann, wenn die angegriffene Internetseite für den fraglichen Zeitpunkt durch einen der Klage beigefügten USB-Stick bezeichnet werden soll. Mit dem Berufungsgericht bejaht der I. Zivilsenat in dieser Sache die hinreichende Bestimmung der Klageanträge. Die

⁴² a.a.O. – juris, Rn. 11 f.

⁴³ a.a.O. – juris, Rn. 53 f.

⁴⁴ a.a.O. – juris, Rn. 61.

⁴⁵ Urteil vom 14. Juli 2022 – [I ZR 97/21](#) – juris.

Bezugnahme auf den von der Klägerin als Anlage zu den Akten gereichten USB-Stick reiche zur Konkretisierung ihrer Unterlassungsanträge aus, wenn – wie in dieser Sache – dieser das beanstandete Telemedienangebot als konkrete Verletzungsform unstreitig vollständig dokumentiert.⁴⁶ Die Klageanträge seien auch nicht deswegen unzulässig, weil sie als konkrete Verletzungsform auf einen als Anlage eingereichten USB-Stick Bezug nehmen, der mit einem künftigen Urteil nicht zu einer einheitlichen Urkunde verbunden werden kann. Das Berufungsgericht sei insoweit zutreffend davon ausgegangen, dass keine andere Möglichkeit bestehe, die beanstandete Handlung hinreichend konkret darzustellen, als durch die Nutzung von digitalen Speichermedien. Schon mit Blick auf das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 folgende Gebot effektiven Rechtsschutzes sei die Bezugnahme auf den USB-Stick mit der darauf gespeicherten konkreten Verletzungsform deshalb zulässig, zumal es für die Begründetheit des Anspruchs auf eine – anders nicht darstellbare – Gesamtbetrachtung des beanstandeten Online-Angebots ankomme.⁴⁷

b) „7 x mehr“ (und/oder-Anträge)

In der bereits erwähnten Entscheidung „7 x mehr“⁴⁸ führt der Senat in seinen Hinweisen für das wiedereröffnete Berufungsverfahren aus, mit einem Unterlassungsantrag, der verschiedene Angaben durch „und/oder“ verbinde, mache die klagende Partei in der Regel deutlich, dass sie die einzelnen Angaben nicht nur in ihrer Kombination zur Überprüfung stellt, sondern auch für sich genommen. Demnach ist ein entsprechend gefasster Unterlassungsantrag in vollem Umfang nur begründet, wenn hinsichtlich aller beanstandeter Verletzungsformen ein Unterlassungsanspruch besteht. Sollte der Tatrichter nur in Bezug auf eine der beiden miteinander verbundenen Verletzungsformen einen Unterlassungsanspruch als gegeben

⁴⁶ a.a.O. – juris, Rn. 13.

⁴⁷ a.a.O. – juris, Rn. 17.

⁴⁸ Urteil vom 02. Juni 2022 – [I ZR 93/21](#) – juris.

ansehen, rechtfertigt dies nicht eine Abweisung des gesamten Unterlassungsantrags, sondern nur dessen teilweise Abweisung.⁴⁹

c) „Wegfall der Wiederholungsgefahr III“

In seinem zum Markenrecht ergangenen, aber auch für das Lauterkeitsrecht interessierenden Urteil „Wegfall der Wiederholungsgefahr III“⁵⁰ beschäftigt sich der I. Zivilsenat mit der Frage, ob bei einem neuen Verletzungstatbestand trotz strafbewehrter Unterlassungserklärung nach „Hamburger Brauch“ die Wiederholungsgefahr neu begründet ist. Im Grundsatz ist für das Wettbewerbsrecht anerkannt, dass ein neuer Wettbewerbsverstoß trotz strafbewehrter Unterlassungserklärung regelmäßig erneut die Wiederholungsgefahr begründet, die grundsätzlich nur durch eine weitere Unterwerfungserklärung mit einer gegenüber der ersten erheblich höheren Strafbewehrung ausgeräumt werden kann. In dieser markenrechtlichen Sache hatten die Beklagten eine Unterlassungserklärung nach dem sogenannten „Hamburger Brauch“ ohne bezifferte Vertragsstrafe abgegeben, in der sie sich verpflichteten, für jeden Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungserklärung eine von der Klägerin nach billigem Ermessen festzusetzende und im Streitfall vom zuständigen Gericht auf ihre Angemessenheit zu überprüfende Vertragsstrafe zu zahlen. In der bisher zwischen den Oberlandesgerichten unterschiedlich beurteilten Frage schließt sich der Bundesgerichtshof der Auffassung an, dass die im Wiederholungsfall grundsätzlich erforderliche höhere Strafbewehrung einem Vertragsstrafeversprechen nach „Hamburger Brauch“ bereits innewohne. Ein der Höhe nach unbegrenztes Bestimmungsrecht nach „Hamburger Brauch“ biete dem Gläubiger den entscheidenden Vorteil, in schwerwiegenden Verletzungsfällen die Vertragsstrafe auch in einer Höhe bestimmen zu können, die erheblich über derjenigen liegen kann, die für die Vereinbarung eines festen Betrags im Hinblick auf die zuvor begangene Verletzungshandlung angemessen gewesen wäre.⁵¹

⁴⁹ a.a.O. – juris, Rn. 64 f.

⁵⁰ Urteil vom 01. Dezember 2022 – [I ZR 144/21](#) – juris.

⁵¹ a.a.O. – juris, Rn. 30 f.

In dem zur Entscheidung stehenden Fall habe einem Wegfall der Wiederholungsgefahr jedoch entgegengestanden, dass die Klägerin die Annahme der strafbewehrten Unterlassungserklärung gegenüber den Beklagten abgelehnt habe.⁵² Verpflichtet sich der Verletzer unter Übernahme einer angemessenen Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung uneingeschränkt zur Unterlassung weiterer Verletzungen, so ist damit nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Wiederholungsgefahr als materiell-rechtliche Voraussetzung des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs im Allgemeinen ausgeräumt. Allerdings kann eine einseitig strafbewehrte Unterlassungserklärung des Schuldners grundsätzlich nur dann als ernsthaft angesehen werden, wenn sie bis zu ihrer Annahme oder Ablehnung durch den Gläubiger bindend ist, weil sie nur dann vom Zeitpunkt ihres Zugangs an die erforderliche Abschreckungswirkung entfaltet.⁵³ Lehnt der Gläubiger die Annahme einer strafbewehrten Unterlassungserklärung gegenüber dem Schuldner ab, scheidet der Abschluss des Unterlassungsvertrags und es fehlt ab diesem Zeitpunkt an der für den Wegfall der Wiederholungsgefahr erforderlichen Abschreckungswirkung durch eine (drohende) Vertragsstrafenverpflichtung. Insoweit hält der Senat nicht mehr an seiner früheren Rechtsprechung fest, wonach allein der Zugang der strafbewehrten Unterlassungserklärung auch dann zum Wegfall der Wiederholungsgefahr führen soll, wenn der Gläubiger deren Annahme gegenüber dem Schuldner ablehnt.⁵⁴ Ein unbilliges Ergebnis hinsichtlich des Erstgläubigers werde nach neuer Rechtsprechung dadurch vermieden, dass der Schuldner die Möglichkeit habe, sich bei einer gerichtlichen Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs durch ein sofortiges Anerkenntnis gemäß § 93 ZPO der Kostentragung zu entziehen.⁵⁵

⁵² a.a.O. – juris, Rn. 33 f.

⁵³ a.a.O. – juris, Rn. 38.

⁵⁴ a.a.O. – juris, Rn. 39 f. unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung in dem Urteil vom 31. Mai 1990 – I ZR 285/88 – Vertragsstrafe ohne Obergrenze – juris, Rn. 16.

⁵⁵ a.a.O. – juris, Rn. 44.

d) „Vertragsstrafenverjährung“ (§ 195 BGB; §§ 315 Abs. 2, 339 Satz 2 BGB)

Mit der Verjährung eines nach „Hamburger Brauch“ entstandenen Vertragsstrafanspruchs befasst sich der I. Zivilsenat in seiner Entscheidung „Vertragsstrafenverjährung“ zu der dort beanstandeten und von den Vorinstanzen als richtig unterstellten Urheberrechtsverletzung.⁵⁶

Nach „Hamburger Brauch“ bestimmt der Gläubiger bei einer Zuwiderhandlung des Schuldners gemäß § 315 Abs. 2 BGB gegenüber dem Schuldner die angemessene Höhe der nach § 339 Satz 2 BGB verwirkten Vertragsstrafe formlos durch eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung. Ein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe nach „Hamburger Brauch“ wird allerdings – anders als ein Anspruch auf Zahlung einer festen Vertragsstrafe – nicht schon mit der Zuwiderhandlung fällig, sondern erst, wenn der Gläubiger nach § 315 Abs. 1 und Abs. 2 BGB sein Leistungsbestimmungsrecht gegenüber dem Schuldner verbindlich ausübt und die Höhe der verwirkten Vertragsstrafe wirksam konkretisiert.⁵⁷ Anders als das Berufungsgericht entschieden hatte, sieht der Bundesgerichtshof keinen Grund, bei einem in Rede stehenden Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe nach „Hamburger Brauch“ bereits die Entstehung des Anspruchs i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB und damit den Verjährungsbeginn – abweichend von dem allgemeinen Grundsatz – nicht an die bei Festlegung der Vertragsstrafe eintretende Fälligkeit des Anspruchs, sondern an die Vollendung der Zuwiderhandlung zu knüpfen.⁵⁸ Schutzwürdige Belange des Schuldners würden regelmäßig durch eine verzögerte Festlegung der Vertragsstrafe seitens des Gläubigers nicht in unzumutbarer Weise beeinträchtigt. Hat der Gläubiger sein Leistungsbestimmungsrecht nicht innerhalb einer objektiv angemessenen Zeit ausgeübt und möchte der Schuldner Klarheit darüber gewinnen, ob und in welcher Höhe er eine Vertragsstrafe verwirkt hat, so kann

⁵⁶ Urteil vom 27. Oktober 2022 – [I ZR 141/21](#) – juris.

⁵⁷ a.a.O. – juris, Rn. 27.

⁵⁸ a.a.O. – juris, Rn. 29.

er nach § 315 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BGB eine Klage auf Leistungsbestimmung durch das Gericht erheben.⁵⁹

e) Doppelahndungsverbot (§ 890 Abs. 1 ZPO)

Für die Festsetzung von Ordnungsmitteln nach § 890 Abs. 1 ZPO gilt das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete außerstrafrechtliche Doppelahndungsverbot, nicht das auf Art. 103 Abs. 3 GG gestützte Doppelbestrafungsverbot. Das Doppelahndungsverbot ist verletzt, wenn der Gegenstand der späteren Festsetzung mit einer früheren Festsetzung von Ordnungsmitteln nach Anlass, Ziel und Zweck der beanstandeten Maßnahme in allen Einzelheiten identisch ist. Dies stellt der I. Zivilsenat in seinem Beschluss vom 21. April 2022 im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts klar.⁶⁰ Eine Identität der Vollstreckungsmaßnahmen liegt nicht vor, wenn Ordnungsgelder wegen Verstoß gegen eine einstweilige Verfügung einerseits und gegen den im späteren Hauptsacheverfahren ergangenen Unterlassungstitel andererseits verhängt werden. In der vom Bundesgerichtshof entschiedenen Sache war die Schuldnerin aufgrund der einstweiligen Verfügung noch nicht zum Rückruf der mit rechtsverletzenden Etiketten versehenen Produkte verpflichtet; ihr oblag jedoch die Pflicht, ihre Abnehmer dazu aufzufordern, die erhaltene Ware vorläufig nicht weiter zu vertreiben. Nach dem im Hauptsacheverfahren ergangenen Titel traf die Schuldnerin sodann die weitergehende Pflicht zum Rückruf der Produkte.⁶¹ Gegen die Annahme einer Identität von Vollstreckungsmaßnahmen spreche weiter, dass Hauptsachetitel und die einstweilige Verfügung einen unterschiedlichen zeitlichen Anwendungsbereich haben. Die einstweilige Verfügung behalte auch nach Erlass eines inhaltlich identischen Unterlassungstitels in der Hauptsache als Vollstreckungsgrundlage für Zuwiderhandlungen, die vor dem Eintritt der Vollstreckbarkeit des Hauptsachetitels begangen worden sind, eigenständige Bedeutung.⁶² Anders als vom

⁵⁹ a.a.O. – juris, Rn. 32.

⁶⁰ Beschluss vom 21. April 2022 – [I ZB 56/21](#) – juris unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 03. August 1989 – 1 BvR 1194/88 – juris, Rn. 11.

⁶¹ a.a.O. – juris, Rn. 21.

⁶² a.a.O. – juris, Rn. 27.

Beschwerdegericht angenommen, rechtfertigten aus Sicht des I. Zivilsenats die angeführten Feststellungen nicht die Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Vollstreckung durch die Gläubigerin.⁶³

10. Sonstiges (entfällt)

II. Kartellrecht

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

a) „Schlecker“ (§§ 1, 33 Abs. 1 GWB 1998; § 33 GWB 2005; Art. 81 EGV)

In dem vom Kartellsenat auf entsprechende Beschwerde zugelassenen Revisionsverfahren des Insolvenzverwalters über das Vermögen des Anton Schlecker e.K. hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zum Kartellschadensersatz konkretisiert.⁶⁴

Die Beklagten und Streithelferinnen waren als Hersteller von Drogeriemarkenartikeln Mitglieder eines Arbeitskreises entsprechender Produkte in einem branchenübergreifenden Spitzenverband. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts in drei bestandskräftigen Bußgeldbescheiden aus dem Jahr 2008, 2012 und 2013 verstießen die Beklagten gemeinsam mit den Streithelferinnen durch ihre Beteiligung an einem zwischen 2004 und 2006 im Arbeitskreis praktizierten Informationsaustausch gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts waren Gegenstand des Informationsaustauschs beabsichtigte kundenübergreifende Bruttopreiserhöhungen sowie die Durchsetzung angekündigter Bruttopreiserhöhungen. Die vom Kläger wegen behaupteter kartellbedingter Preiserhöhungen eingeklagten

⁶³ a.a.O. – juris, Rn. 37 f.

⁶⁴ Urteil vom 29. November 2022 – [KZR 42/20](#) – juris.

Schadensersatzforderungen blieben in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg. Das Berufungsurteil hatte vor dem Kartellsenat keinen Bestand.

Das Berufungsgericht hat aus Sicht des Kartellsenats zwar aufgrund der Feststellungen des Bundeskartellamts in den Bußgeldbescheiden mit Recht einen schuldhaften Verstoß der Beklagten gegen Art. 81 EGV und § 1 GWB angenommen.⁶⁵ Zutreffend habe das Berufungsgericht Schlecker auch als von dem Kartell betroffen angesehen, weil das Unternehmen von den am Kartell beteiligten Unternehmen Waren erworben habe, welche Gegenstand des Kartells waren.⁶⁶ Von Rechtsfehlern beeinflusst sei allerdings die Würdigung des Berufungsgerichts, es vermöge den Feststellungen des Bundeskartellamts sowie dem Parteivortrag keine indiziellen Umstände zu entnehmen, die eine gesicherte Grundlage für die nach § 287 ZPO erforderliche Wahrscheinlichkeit eines bei Schlecker infolge des Informationsaustauschs eingetretenen Schadens bildeten. Unzutreffend sei bereits die Auffassung des Berufungsgerichts, dem (von ihm unterstellten) Erfahrungssatz einer kartellbedingten Preiserhöhung komme bei einem Informationsaustausch unabhängig von der Würdigung der Umstände des Einzelfalls kein starkes Gewicht zu.⁶⁷ Auch bei einem kartellrechtswidrigen Austausch zwischen Wettbewerbern über geheime Informationen, die das aktuelle oder geplante Preissetzungsverhalten gegenüber einem gemeinsamen Abnehmer zum Gegenstand haben, ergibt sich nach diesem Urteil – im zeitlichen Anwendungsbereich vor Geltung von § 33a Abs. 2 Satz 1 GWB – aus der hohen Wahrscheinlichkeit einer Schadensverursachung die tatsächliche Vermutung im Sinne eines Erfahrungssatzes dafür, dass die nach dem kartellrechtswidrigen Informationsaustausch gegenüber diesem Abnehmer erzielten Preise kartellbedingt überhöht sind.⁶⁸ Das Berufungsgericht führe zutreffend aus, dass aus einem durch einen kartellrechtswidrigen Informationsaustausch beeinflussten Marktverhalten nicht zwangsläufig ein Nachteil für den Abnehmer folge. Daraus ergebe sich jedoch nicht, dass bei

⁶⁵ a.a.O. – juris, Rn. 19 f.

⁶⁶ a.a.O. – juris, Rn. 28 f.

⁶⁷ a.a.O. – juris, Rn. 38 f.

⁶⁸ a.a.O. – juris, Rn. 46.

einem Austausch über geheime Informationen betreffend das aktuelle oder geplante Preissetzungsverhalten keine für die Beweiswürdigung bedeutsame Wahrscheinlichkeitsaussage für die genannten Preiseffekte getroffen werden könne. Im Falle des Austausches von geheimen Informationen über die individuellen Absichten eines Unternehmens in Bezug auf sein künftiges Preissetzungsverhalten sei die Wahrscheinlichkeit besonders groß, dass es zu einem Kollisionsergebnis komme.⁶⁹

Das Berufungsgericht habe zu Recht eine aus dem (von ihm unterstellten) Erfahrungssatz folgende Umkehr der Beweislast abgelehnt;⁷⁰ auch aus dem allgemeinen unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz ergebe sich nicht die Notwendigkeit einer Beweislastumkehr. Fehlerhaft sei jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, bei einem Informationsaustausch komme der tatsächlichen Vermutung einer preissteigernden Wirkung keine starke Indizwirkung zu. Da im Falle des Austausches geheimer Informationen über die individuellen Absichten eines Unternehmens über sein künftiges Preisverhalten die Wahrscheinlichkeit besonders groß ist, dass es zu einem Kollisionsergebnis zu Lasten dieses Abnehmers kommt und Entsprechendes im Fall der Information über aktuelles Preisverhalten gilt, komme dem Erfahrungssatz abstrakt betrachtet regelmäßig eine starke Indizwirkung zu. Dem stehe nicht entgegen, dass die Wirkungen eines solchen Informationsaustausches von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Diese seien vielmehr im Rahmen der Gesamtwürdigung darauf zu überprüfen, ob sich aus ihnen Indizien ergeben, die im konkreten Fall den Erfahrungssatz bestätigen oder entkräften.⁷¹

Zwar erhöhe sich das Gewicht des Erfahrungssatzes, je länger und je nachhaltiger ein Kartell praktiziert wurde und je größer daher die Wahrscheinlichkeit ist, dass es Auswirkungen auf das Preisniveau gehabt hat. Daraus folge aber im Umkehrschluss nicht, dass ein vergleichsweise kurzer

⁶⁹ a.a.O. – juris, Rn. 50 f.

⁷⁰ a.a.O. – juris, Rn. 57 f.

⁷¹ a.a.O. – juris, Rn. 60.

Kartellzeitraum typischerweise ein gegen Preiseffekte sprechendes Indiz ist. Die Häufigkeit, mit der Informationen ausgetauscht werden müssen, um ein Kollisionsergebnis zu begründen, hängt von Art, Alter und Aggregation der Daten sowie von den Vertragslaufzeiten ab.⁷²

Das Berufungsgericht habe zu Recht angenommen, dass eine gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten bestehe. Einzelabsprachen, die lediglich eine kartellrechtswidrige Grundabsprache konkretisieren, begründeten regelmäßig keine selbständigen Taten. Sie stellen keine mehrfache Verletzung desselben Tatbestands dar; vielmehr werden sie schon vom gesetzlichen Tatbestand zu einer Bewertungseinheit verbunden, die auch zivilrechtlich eine tatbestandliche Handlungseinheit darstellen kann. Folge einer solchen Grundabsprache sei es, dass die hieran beteiligten Unternehmen gesamtschuldnerisch für sämtliche Schäden haften, die ihre Ursache in dem Kartellverstoß haben.⁷³ Soweit eine gesamtschuldnerische Haftung vorliegt, sei die Haftung der Beklagten nicht auf die jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse und die dazu gehörenden Produktbereiche beschränkt. Die Haftung beziehe sich vielmehr auf alle Produktbereiche, auf denen eine Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich vorliege. Die Beklagten seien daher zum einen für ihre unmittelbare Beteiligung an der ihnen zur Last gelegten Zuwiderhandlung verantwortlich und zum anderen für ihre mittelbare Beteiligung hieran.⁷⁴ Ein Schadensersatzanspruch wäre nur dann ausgeschlossen, soweit nur ein Kartellbeteiligter auf dem maßgeblichen Produktmarkt tätig und auch kein potenzieller Wettbewerb anderer Kartellbeteiligter zu erwarten war.⁷⁵

Für das wiedereröffnete Berufungsverfahren weist der Senat darauf hin, das Berufungsgericht werde die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens zur Durchführung einer Regressionsanalyse nicht ohne weitere Feststellungen mit der Begründung ablehnen dürfen, dass die im

⁷² a.a.O. – juris, Rn. 62.

⁷³ a.a.O. – juris, Rn. 90.

⁷⁴ a.a.O. – juris, Rn. 93 f.

⁷⁵ a.a.O. – juris, Rn. 97.

Parteigutachten des Klägers enthaltene Regressionsanalyse von einer unrichtigen Preissetzungsmethode ausgehe oder methodische Fehler und eine unzutreffende Tatsachenermittlung aufweise. Eine Regressionsanalyse stelle ein relevantes Indiz dafür dar, dass der klagenden Partei durch den Kartellverstoß wahrscheinlich ein Schaden in Höhe der Differenz zwischen einer vom Kartell beeinflussten Preissetzung und einer kartellfreien Preissetzung entstanden sei. Ein Beweisantrag für eine Regressionsanalyse dürfe abgelehnt werden, wenn das Gericht zu dem Ergebnis komme, dass auch der Nachweis der in einem Parteigutachten durchgeführten Regressionsanalyse im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung die richterliche Überzeugung von dem Ergebnis eines Schadens nicht begründen könne.⁷⁶ Sollte das Parteigutachten allerdings methodische Fehler enthalten und auf einer fehlerhaften Tatsachenermittlung beruhen, könne dies allein die Ablehnung des Antrags auf Einholung einer Regressionsanalyse durch einen gerichtlichen Sachverständigen oder ein Absehen von deren Einholung von Amts wegen nicht rechtfertigen. Aufgrund des für den Kläger streitenden Erfahrungssatzes eines Preiseffektes aufgrund des Informationsaustauschs könne nicht von einer für den Zivilprozess unbeachtlichen willkürlichen Behauptung auf Geratewohl ausgegangen werden.⁷⁷

b) „Stahl-Strahlmittel“ (§ 33 GWB 2005; Art. 101 AEUV)

In seiner Entscheidung „Stahl-Strahlmittel“⁷⁸ erweitert der Kartellsenat den Erfahrungssatz kartellbedingter Preiserhöhungen auch auf die Situation, dass der Anspruchssteller die Ware, die Gegenstand von Kartellabsprachen gewesen ist, nicht von der am Kartell beteiligten Muttergesellschaft, sondern von der zur selben wirtschaftlichen Einheit gehörenden Tochter erworben hat.

⁷⁶ a.a.O. – juris, Rn. 106.

⁷⁷ a.a.O. – juris, Rn. 109.

⁷⁸ Urteil vom 28. Juni 2022 – [KZR 46/20](#) – juris.

Die Europäische Kommission hatte in dieser Sache im Jahr 2014 festgestellt, dass die Beklagte und mindestens drei weitere Unternehmen von Stahl-Strahlmitteln im Zeitraum zwischen Oktober 2003 und Januar 2010 durch Absprachen über die wichtigsten Preisbestandteile ihrer Produkte gegen Art. 101 AEUV verstoßen hatten; diese Absprachen hatten u.a. in einem koordinierten Verhalten gegenüber einzelnen Kunden bestanden. Die Klägerin, eine der größten Gießereien in Deutschland, hatte zwischen Mitte 2002 und Anfang 2014 die von der Beklagten hergestellten Stahl-Strahlmittel von ihrer in Luxemburg ansässigen, hundertprozentigen Tochtergesellschaft erworben.

Mit Blick auf die vor Klärung der zeitlichen Anwendbarkeit von § 33 Abs. 5 GWB 2005 erhobene Klage führt der Senat zunächst aus, dass die Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten zulässig gewesen und auch nach Klärung dieser Streitfrage durch den Senat im Urteil „Grauzementkartell II“ zulässig geblieben sei.⁷⁹ Für die Zulässigkeit der Feststellungsklage reiche es auch aus, wenn die Möglichkeit besteht, dass ein Schaden eingetreten ist; wird mit der Feststellungsklage ausschließlich ein bereits entstandener Schaden geltend gemacht, hänge die Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht von der Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadens ab. Die Möglichkeit der Schadensentstehung ergebe sich hier aus dem Erwerb von Stahl-Strahlmitteln im Kartellzeitraum von einem Tochterunternehmen einer Kartellbeteiligten.⁸⁰

Das Berufungsgericht habe allerdings die Kartellbetroffenheit der Klägerin rechtsfehlerhaft verneint. Für die Kartellbetroffenheit reiche es bereits aus, dass wettbewerbsbeschränkendes Verhalten geeignet ist, einen Schaden des Anspruchstellers unmittelbar oder mittelbar zu begründen; es komme nicht darauf an, ob die Kartellabsprache sich auf den Anspruchsteller

⁷⁹ a.a.O. – juris, Rn. 15 f. unter Verweis auf Urteil vom 12. Juni 2018 – [KZR 56/16](#) – Grauzementkartell II – juris, Rn. 61 f.

⁸⁰ a.a.O. – juris, Rn. 17.

tatsächlich ausgewirkt hat.⁸¹ Diese Grundsätze habe das Berufungsgericht nicht rechtsfehlerfrei angewandt. Für die Kartellbetroffenheit des mittelbaren Abnehmers reiche es aus, wenn er Waren, die Gegenstand von Kartellabsprachen waren, von dem unmittelbaren Abnehmer des Kartellbeteiligten oder von dessen Abnehmern erworben habe. Es sei auch nicht erforderlich, dass sich Kundenschutzabsprachen direkt auf die Klägerin bezogen hätten. Es genüge vielmehr, dass Preiseffekte und Preisschirmeffekte und dadurch bewirkte Preishöhenschäden auch für von der Absprache nicht unmittelbar betroffene Kunden zu den möglichen Wirkungen einer Kartellabsprache zählen.⁸² Die Kartellbetroffenheit sei auch in zeitlicher Hinsicht zu bejahen, da die Kartellbeteiligten u.a. während des gesamten Kartellzeitraums auch ihre Aktivitäten bezüglich einzelner Kunden koordinierten.⁸³

Das Berufungsurteil erweise sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Die positive Feststellung einer Ersatzpflicht setze, soweit bereits entstandene Schäden in Rede stehen, voraus, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden entstanden ist. Hinreichend wahrscheinlich sei der Schadenseintritt allerdings bereits dann, wenn der Tatrichter unter Berücksichtigung aller Umstände nicht die Überzeugung bilden könne, dass ein Schadenseintritt ausgeschlossen ist.⁸⁴ Der vom Senat in seiner Rechtsprechung entwickelte Erfahrungssatz einer kartellbedingten Preiserhöhung finde auch Anwendung auf die Preise nachfolgender Marktstufen, wenn keine klare Trennung der verschiedenen Marktstufen vorliege; dies gelte erst recht dann, wenn der Erwerb von der zur selben wirtschaftlichen Einheit gehörenden Tochtergesellschaft eines am Kartell beteiligten Unternehmens erfolge.⁸⁵ Eine Tochtergesellschaft gehöre zur selben wirtschaftlichen Einheit wie die Muttergesellschaft, wenn sie trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im

⁸¹ a.a.O. – juris, Rn. 24 f. unter Verweis u.a. auf die Entscheidung vom 28. Januar 2020 – [KZR 24/17](#) – Schienenkartell II – juris, Rn. 25 (an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt).

⁸² a.a.O. – juris, Rn. 27 f.

⁸³ a.a.O. – juris, Rn. 35.

⁸⁴ a.a.O. – juris, Rn. 38.

⁸⁵ a.a.O. – juris, Rn. 44.

Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt. Aus Sicht des Senats wäre es völlig unplausibel, dass die Muttergesellschaft den kartellbedingt überhöhten Gewinn dadurch wieder zunichtemache, dass die Preiserhöhung vollständig bei ihrer Tochtergesellschaft „hängenbleibt“.⁸⁶

In seinen Hinweisen für das wiedereröffnete Berufungsverfahren führt der Senat aus, das Berufungsgericht werde die Anordnung auf Vorlage der (ungeschwärzten) Kommissionsentscheidung nicht mit der Begründung ablehnen dürfen, ihre Herausgabe sei nicht erforderlich, weil sich bereits aus der nicht-vertraulichen Fassung die Kartellverstöße lückenlos ergäben. Dem Vortrag der Klägerin sei insoweit zu entnehmen, dass die Kommissionsentscheidung Anhaltspunkte auch für auf die Klägerin bezogene Kundenschutzabsprachen enthalte. Bei einer gewissen Wahrscheinlichkeit für einen Hinweis auf die Klägerin gelte die Pflicht zur Vorlage der Kommissionsentscheidung unabhängig davon, ob §§ 33g, 89b GWB auf den Streitfall Anwendung finden oder ob sich die Voraussetzungen einer Vorlage allein nach § 142 ZPO bestimmen.⁸⁷

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

a) „Kartellrecht im Schiedsverfahren“ (§ 21 Abs. 3 Nr. 2 GWB)

In seinem Urteil „Kartellrecht im Schiedsverfahren“⁸⁸ hebt der Kartellsenat die Beschwerdeentscheidung des Oberlandesgerichts gegen einen Schiedsspruch auf, weil der Senat im Rahmen der uneingeschränkten kartellgerichtlichen Kontrolle einen Verstoß des Schiedsspruchs gegen § 21 Abs. 3 Nr. 2 GWB bejaht (dazu auch unten II. 5.).

Nach § 21 Abs. 3 Nr. 2 GWB dürfen Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen andere Unternehmen nicht zwingen, sich mit anderen

⁸⁶ a.a.O. – juris, Rn. 46 und Rn. 48.

⁸⁷ a.a.O. – juris, Rn. 71.

⁸⁸ Beschluss vom 27. September 2022 – [KZB 75/21](#) – juris.

Unternehmen i.S.v. § 37 Abs. 3 Nr. 2 GWB zusammenzuschließen. Unter Zwang im Sinne der Bestimmung ist eine Beeinflussung zu verstehen, die eine Willensbetätigung des Betroffenen zwar nicht schlechthin ausschließt, aber so stark ist, dass ihm nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Vernunft mit Rücksicht auf die Schwere der angedrohten oder zugefügten Nachteile praktisch keine Alternative zu dem geforderten Verhalten bleibt. Zwang liegt jedenfalls vor, wenn der Betroffene allein die Wahl zwischen dem gewünschten Verhalten und der Existenzaufgabe hat.⁸⁹ Dass in dieser Sache die Antragsgegnerin des Schiedsverfahrens als Verpächterin eines Steinbruchs gemäß § 581 Abs. 2 i.V.m. § 544 Satz 1 BGB zur Kündigung berechtigt gewesen ist, schließt einen Verstoß gegen § 21 Abs. 3 Nr. 2 GWB angesichts eines wettbewerbswidrigen Zwecks der Kündigung nicht aus.⁹⁰ Rechtsfehlerhaft habe das Schiedsgericht verneint, dass die Antragstellerin des Schiedsverfahrens zu einem Zusammenschluss i.S.v. § 37 Abs. 3 Nr. 2 GWB gezwungen werden sollte. Nach den Feststellungen des Schiedsgerichts hat die Antragsgegnerin mit ihrer Kündigung zum Ausdruck gebracht, dass sie den Pachtvertrag mit der Antragstellerin beenden und einen neuen Pachtvertrag mit der Pächterin des benachbarten Steinbruchs abschließen wollte. Dies habe für die Antragstellerin bedeutet, dass ihr kein anderer Ausweg blieb, als die standortspezifischen Betriebsmittel auf diese andere Pächterin zu übertragen. Auch wenn sich der beabsichtigte Vermögenserwerb lediglich auf die Betriebsanlagen beziehen würde, habe es sich sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht um einen wesentlichen Unternehmenswert gehandelt, sodass jedenfalls ein Erwerb des Unternehmens zu einem wesentlichen Teil vorgelegen habe.⁹¹ Dies führte zur Unwirksamkeit der von der Antragsgegnerin als Verpächterin ausgesprochenen Kündigung des Pachtvertrages gemäß § 134 BGB i.V.m. § 21 Abs. 3 Nr. 2 GWB.

⁸⁹ a.a.O. – juris, Rn. 22.

⁹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 24.

⁹¹ a.a.O. – juris, Rn. 26.

Allerdings stehe der Antragstellerin unter dem Gesichtspunkt der Nichtdiskriminierung kein Anspruch auf Verlängerung des bisherigen befristeten Pachtvertrags zu denselben Bedingungen zu. In Fällen der Diskriminierung oder unbilligen Behinderung eines Unternehmens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Kontrahierungszwang in Betracht, wenn der Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen nur auf diese Weise beseitigt oder vermieden werden kann.⁹² Dabei ist allerdings zu beachten, dass den Bestimmungen der § 19 und § 20 Abs. 2 GWB nicht die Funktion eines einseitigen Sozialschutzes zukommen kann. Vorrang haben grundsätzlich die – als solche nicht zu beanstandenden – vertraglichen Abreden. In dem hier zu entscheidenden Fall könne daher nicht außer Betracht bleiben, dass es sich um einen – seiner rechtlichen Natur nach – befristeten Pachtvertrag gehandelt habe. Daraus ergebe sich, dass jedenfalls kein Anspruch der Pächterin auf Fortsetzung zu unveränderten Konditionen bestehe.⁹³

b) „VBL-Gegenwert III“ (§§ 19, 33 GWB 2005, §§ 217, 852 BGB)

Mit seinem Urteil „VBL-Gegenwert III“⁹⁴ setzt der Kartellsenat seine Rechtsprechung aus dem Urteil „VBL-Gegenwert II“ vom 24. Januar 2017⁹⁵ fort. Die Satzung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) hatte in dem hier fraglichen Zeitraum zwischen 2002 und 2012 vorgesehen, dass nach einem Ausscheiden eines Arbeitgebers des öffentlichen Dienstes ein sogenannter Gegenwert wegen der nach dem Ausscheiden weiterhin zu erfüllenden Verpflichtungen der Beklagten zu zahlen ist. Die Kläger des Verfahrens waren in den Jahren 2003 bis 2009 (zu unterschiedlichen Zeitpunkten) aus der VBL ausgeschieden. Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs erklärte zunächst mit Urteil vom 10. Oktober 2012⁹⁶ die Gegenwertregelung in § 23 Abs. 2 der Satzung der VBL zum maßgeblichen

⁹² a.a.O. – juris, Rn. 32.

⁹³ a.a.O. – juris, Rn. 35.

⁹⁴ Urteil vom 08. August 2022 – [KZR 111/18](#) – juris, an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁹⁵ Urteil vom 24. Januar 2017 – [KZR 47/14](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁹⁶ Urteile vom 10. Oktober 2012 – [IV ZR 10/11](#) – sowie – [IV ZR 12/11](#) – jeweils juris.

Zeitpunkt (VBLS .a.F.) wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB für unwirksam; allerdings schloss der Senat die entstandene Regelungslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung dahingehend, dass eine Neuregelung des Gegenwerts im Satzungsänderungsverfahren auch für die bereits beendete Beteiligung möglich sein sollte. Auch die daraufhin von der Beklagten mit satzungsänderndem Beschluss vom 21. November 2012 (im Folgenden SEB 2012) geschaffene Gegenwertregelung für solche Beteiligte, die ihre Beteiligung zwischen dem 01. Januar 2012 und dem 31. Dezember 2012 beendet hatten, erklärte der IV. Zivilsenat mit Urteil vom 07. September 2016⁹⁷ wegen unangemessener Benachteiligung des ausgeschiedenen Beteiligten für unwirksam und hielt erneut im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine Neuregelung des Gegenwerts im Satzungsänderungsverfahren für die bereits beendete Beteiligung für zulässig. Die nunmehr unter dem 18. November 2016 von der Beklagten mit Wirkung zum 01. Januar 2001 in Kraft getretene Neufassung der Gegenwertregelung durch weitere Satzungsänderung (SEB 2016) hielt der Überprüfung durch den Bundesgerichtshof überwiegend stand. Im Urteil vom 06. Oktober 2021 erklärte der IV. Zivilsenat die auf den 01. Januar 2001 rückwirkende Änderung für (verfassungsrechtlich) zulässig und beanstandete am Maßstab von § 307 Abs. 1 BGB lediglich die in der SEB 2016 geregelte Verzinsung des noch zu zahlenden Gegenwerts in Höhe der Reinverzinsung sowie die Ausgestaltung der Entscheidungsfrist für die Neuberechnung des Gegenwerts oder das Erstattungsmodell. Mit ihrer noch vor SEB 2016 erhobenen Klage verlangten die Kläger von der Beklagten Rückzahlung jeweils in unterschiedlicher Höhe erbrachter Zahlungen auf Gegenwertforderungen, auf Zinsforderungen sowie auf Gutachterkosten nebst Zinsen. Außerdem begehrt sie die Feststellung, dass ihnen wegen bereits erhobener Gegenwertforderungen Schadensersatz zustehe und die Beklagte nicht berechtigt sei, Gegenwertforderungen zu erheben.

⁹⁷ Urteil vom 07. September 2016 – [IV ZR 172/15](#) – juris.

In seinem Urteil vom 08. August 2022 folgt der Kartellsenat vollständig der Beurteilung des IV. Zivilsenats zur Wirksamkeit der SEB 2016 am Maßstab von § 307 Abs. 1 BGB. Den Klägern hätten zwar ursprünglich Rückzahlungsansprüche hinsichtlich auf die Gegenwertforderung gezahlter Beträge einschließlich Gutachterkosten zugestanden. Im Zeitpunkt der jeweiligen Zahlung habe es aufgrund der Unwirksamkeit der VBLS a.F. wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB an einem Rechtsgrund gefehlt.⁹⁸ Mit Inkrafttreten der wirksamen Satzungsbestimmungen im SEB 2016 sei ein Rechtsgrund gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB jedoch entstanden und der Bereicherungsanspruch ab diesem Zeitpunkt weggefallen. Soweit die Revision eine Unwirksamkeit am Maßstab von § 307 BGB mit Blick auf SEB 2016 geltend mache, schließt sich der Kartellsenat der Entscheidung des IV. Zivilsenats vom 06. Oktober 2021 an. In der SEB 2016 würden die Berechnungsgrundlagen des Gegenwerts hinreichend offengelegt oder ließen sich jedenfalls den Ausführungsbestimmungen entnehmen, sodass kein Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB vorliege.⁹⁹ Die Satzungsbestimmungen nach SEB 2016 stellten auch keinen Verstoß gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot in § 19 Abs. 1 GWB dar. Insbesondere liege ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot nicht etwa deshalb vor, weil die Beklagte die Gegenwertregelung rückwirkend neu geregelt habe. Eine ergänzende Vertragsauslegung, nach der die Beklagte die unwirksame Gegenwertregelung rückwirkend durch eine neue Regelung ersetzen darf, die den beiderseitigen Interessen in angemessener Weise Rechnung trägt, sei auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die bisherige Gegenwertforderung ein missbräuchliches Verhalten der Beklagten i.S.v. § 19 Abs. 1 GWB darstellt. Eine Verletzung des Verbots geltungserhaltender Reduktion, das bei Verstößen gegen § 19 GWB, § 134 BGB ohnehin nicht ausnahmslos gelte, liege angesichts der Abtrennbarkeit der unwirksamen Bestimmungen in der SEB 2016 nicht vor. Aufgrund der verbliebenen wirksamen Regelungen in der SEB 2016 schulde der ausgeschiedene Beteiligte den bisherigen Gegenwert, solange er sich nicht nach

⁹⁸ Urteil vom 08. August 2022 – a.a.O. – juris, Rn. 26.

⁹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 34.

den in SEB 2016 vorgesehenen Regelungen für die Neuberechnung des Gegenwerts oder das Erstattungsmodell entschieden habe.

Die Revision der Kläger habe hinsichtlich Grund und Höhe der mit der Klage geltend gemachten Zinsen allerdings Erfolg, soweit ihnen auf bereicherungsrechtlicher Grundlage höhere als die vom Berufungsgericht ausgerichteten Zinsen zustehen.¹⁰⁰ Einem Teil der Kläger habe bis zum Inkrafttreten der wirksamen Satzungsbestimmungen bei Zahlungen auf den Gegenwert oder die beanspruchte Reinverzinsung ein Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zugestanden. Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckte sich nach § 818 Abs. 1 BGB auch auf die Nutzungen, die vom Bereicherungsschuldner tatsächlich gezogen wurden. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte sei mit Blick auf die wirksame Satzungsregelung nicht ungerechtfertigt bereichert, soweit sie Gegenwertforderungen vereinnahmt habe, halte rechtlicher Überprüfung nicht stand. Sie beruhe auf dem unzutreffenden Verständnis, die bisherigen Gegenwertforderungen müssten so behandelt werden, als wären sie bei ihrer erstmaligen Berechnung fällig geworden. Das sei jedoch nicht der Fall. Mit der rückwirkenden Satzungsänderung durch SEB 2016 sei allein die Rückwirkung hinsichtlich der Rechtsfolgen verbunden; sie bewirke nicht, dass zum Zeitpunkt des Ausscheidens des Beteiligten eine wirksame Regelung bestanden habe. Es bleibe daher für den Zeitraum, in dem es an einer wirksamen Rechtsgrundlage für die Gegenwertforderung fehle, bei der ungerechtfertigten Bereicherung der Beklagten, sodass insoweit gezogene Nutzungen herauszugeben seien oder Wertersatz zu leisten sei.¹⁰¹ Auf die Revision dieser Kläger war deshalb der Zinssatz auf bereicherungsrechtlicher Grundlage zuzusprechen, soweit er höher gewesen ist als der nach Kartellrecht (4 % jährlich gemäß §§ 849, 246 BGB vor dem 01. Juli 2005; danach 5 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß § 33 Abs. 3 BGB 2005 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB).¹⁰² Die Beklagte dürfe allerdings

¹⁰⁰ a.a.O. – juris, Rn. 58.

¹⁰¹ a.a.O. – juris, Rn. 64 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 06. Oktober 2021 – a.a.O. – juris, Rn. 67.

¹⁰² a.a.O. – juris, Rn. 66.

nach Eintritt der Verjährung des Hauptanspruchs die Zahlung von Zinsen auf bereicherungsrechtlicher Grundlage verweigern (§§ 214 Abs. 1, 217 BGB).¹⁰³ Bei Zinsen auf einen Rückgewähranspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung als gezogene Nutzungen nach § 818 Abs. 1 und Abs. 2 BGB handele es sich um vom Hauptanspruch abhängige Nebenleistungen. Der von den Klägern geltend gemachte weitergehende Zinsanspruch i.H.v. 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit (§§ 291, 288 Abs. 2 BGB) scheide aus, da die ursprünglich auf bereicherungsrechtlicher und kartellrechtlicher Grundlage bestehenden Zahlungsansprüche kein Entgelt für eine vertragliche Leistung der Kläger darstellten, sondern in Folge der Unwirksamkeit der VBLS a.F. bestanden haben.¹⁰⁴

Keinen Erfolg hatte die Revision der Kläger mit Blick auf die durch das Berufungsgericht aberkannte Feststellung, dass die Beklagte weder jetzt noch künftig einen Gegenwert oder eine sonstige finanzielle Leistung nach Beendigung der Beteiligung von den Klägern beanspruchen kann. Dies ergab sich bereits aus der vom Kartellsenat als zutreffend angesehenen Annahme des Berufungsgerichts, auf der Grundlage des wirksamen SEB 2016 habe die Beklagte einen Anspruch auf den bisherigen Gegenwert, alternativ einen Neuberechneten Gegenwert oder auf Erstattungsleistungen im Erstattungsmodell.¹⁰⁵

Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg (u.a.), soweit sie den Anspruch der Kläger auf Kartellzinsen betraf. Das Berufungsgericht habe Zinsen auf kartellrechtliche Schadensersatzansprüche fehlerfrei zugesprochen. Die Beklagte habe durch das Fordern der Gegenwertzahlung vor Wirksamwerden des SEB 2016 eine marktbeherrschende Stellung missbraucht und sei zum Schadensersatz nach § 33 GWB in der geltenden Fassung verpflichtet gewesen. Die unangemessene Gegenwertforderung stelle einen Ausbeutungsmisbrauch in Form eines Konditionenmissbrauchs dar, der

¹⁰³ a.a.O. – juris, Rn. 78.

¹⁰⁴ a.a.O. – juris, Rn. 79.

¹⁰⁵ a.a.O. – juris, Rn. 80.

unter die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB falle.¹⁰⁶ Unter Verweis auf die Ausführungen in der Entscheidung „VBL-Gegenwert II“ führt der Kartellsenat aus, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten seien Ausfluss ihrer Marktmacht als Verwender, weil sie das Ausscheiden aus der Vertragsbeziehung mit der Beklagten zum Nachteil der Mitbewerber der Beklagten unangemessen erschwerten.¹⁰⁷ Die Beklagte habe bei der Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auch damit rechnen müssen, dass sie jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang als Unternehmen und damit als Normadressat des § 19 GWB einzuordnen ist und ihr Verhalten als missbräuchlich eingestuft werden könnte.

Die Überlegungen der Revision der Beklagten zum rechtmäßigen Alternativverhalten, wonach der Schaden bei den Klägern auch eingetreten sein soll, wenn bereits die ursprünglichen Regelungen der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standgehalten hätten, führten nicht weiter.¹⁰⁸ Ein rechtmäßiges Alternativverhalten sei nur beachtlich, wenn der Schädiger bei pflichtgemäßem Verhalten denselben Erfolg herbeigeführt hätte; das sei hier nicht der Fall. Im Übrigen stünde dem Wegfall eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruches aufgrund eines rechtmäßigen Alternativverhaltens der Schutzzweck der Norm entgegen. Die unangemessene Gegenwertbestimmung habe möglicherweise andere Arbeitgeber von der Beendigung ihrer Beteiligung an der Beklagten abgehalten und sei deshalb zur Behinderung der Wettbewerber geeignet gewesen.¹⁰⁹

Soweit der ursprünglich bestehende Rückforderungsanspruch ebenso wie von diesem Hauptanspruch abhängige Zinsen einer der Klägerinnen verjährt seien, stehe dieser ein Restschadensersatzanspruch in der vom Berufungsgericht zugesprochenen Höhe auf kartellrechtlicher Grundlage zu.¹¹⁰ Die Vorschrift des § 852 Satz 1 BGB finde auf Kartellschadensersatz-

¹⁰⁶ a.a.O. – juris, Rn. 113 f.

¹⁰⁷ a.a.O. – juris, Rn. 116 unter Verweis auf Urteil vom 24. Januar 2017 – [KZR 47/14](#) – juris, Rn. 35 (an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt).

¹⁰⁸ a.a.O. – juris, Rn. 127 f.

¹⁰⁹ a.a.O. – juris, Rn. 132.

¹¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 133.

ansprüche Anwendung. Die Bestimmung begründe keinen eigenständigen bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch, sondern einen deliktischen Schadensersatzanspruch, der in Höhe der Bereicherung des Schädigers nicht verjährt ist. Dieser Restschadensersatzanspruch umfasse auch die als Nebenforderung zu dem Schadensersatzbeitrag geltend gemachten Zinsen.¹¹¹

3. Zusammenschlusskontrolle (entfällt)

4. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung: „Regionalfaktoren“

Mit Beschlüssen vom 20. Dezember 2022 hat der Kartellsenat die Anhörungsrügen der Beklagten gegen seine Urteile „Regionalfaktoren I“ und „Regionalfaktoren II“ zurückgewiesen.¹¹² Nach Zurückweisung ihrer Revisionen durch den Bundesgerichtshof machte das beklagte Eisenbahninfrastrukturunternehmen eine Verletzung in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör und ihr Recht auf den gesetzlichen Richter unter dem Gesichtspunkt geltend, dass der Kartellsenat die Revisionsverfahren nicht bis zur Entscheidung des Unionsgerichtshofs über ein Vorabentscheidungsersuchen des Kammergerichts ausgesetzt habe. Der Senat weist in seinen Beschlüssen zur Zurückweisung der Anhörungsrüge (erneut) darauf hin, dass es – unabhängig von der Auslegung der Eisenbahn-Richtlinie 2001/14/EG – jedenfalls an einer entsprechenden Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber gefehlt habe und ein etwaiges Umsetzungsdefizit auch nicht dadurch hätte geheilt werden können, dass die Zivilgerichte die maßgeblichen anspruchsbegründenden oder –vernichtenden Normen unangewendet lassen.¹¹³ Hieran könne auch das Urteil des Unionsgerichtshofs „DB

¹¹¹ a.a.O. – juris, Rn. 138 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 – [VIa ZR 8/21](#) – juris, Rn. 101.

¹¹² Beschluss vom 20. Dezember 2022 – [KZR 89/20](#) – Regionalfaktoren I – juris; weitgehend gleichlautend der Beschluss vom gleichen Tag – [KZR 8/21](#) – juris, im Verhältnis derselben Parteien für einen anderen Erstattungszeitraum sowie der weitere Beschluss vom 20. Dezember 2022 – [KZR 84/20](#) – Regionalfaktoren II – juris; an allen drei Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

¹¹³ Beschluss im Verfahren [KZR 89/20](#) – juris, Rn. 4.

Station & Services“ vom 27. Oktober 2022 auf das Vorabentscheidungsersuchen des Kammergerichts nichts ändern. Auch nach diesem Urteil könne der Richtlinie 2001/14/EG keine unmittelbar wirkende Prozessvoraussetzung entnommen werden.¹¹⁴

5. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales; „Kartellrecht im Schiedsverfahren“ (§ 19 f. GWB; § 1059 Abs. 2 ZPO)

In seiner bereits erwähnten Entscheidung „Kartellrecht im Schiedsverfahren“¹¹⁵ entscheidet der Bundesgerichtshof, dass Schiedssprüche in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einer uneingeschränkten Kontrolle gemäß §§ 19 bis 21 GWB durch das ordentliche Gericht unterliegen.

Ein Schiedsspruch kann nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) ZPO aufgehoben werden, wenn seine Anerkennung oder Vollstreckung zu einem Ergebnis führt, das der öffentlichen Ordnung (ordre public) widerspricht. Der Senat stellt im Anschluss an seine Entscheidung „Schweißbolzen“ aus dem Jahr 1966 klar, dass zu den elementaren Grundlagen des deutschen Rechts auch die Verbote nach §§ 19, 20, 21 GWB gehören.¹¹⁶ Dabei unterliegt der Schiedsspruch einer uneingeschränkten Kontrolle durch das ordentliche Gericht im Hinblick auf die Anwendung dieser Normen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Dem steht nicht entgegen, dass ein Schiedsspruch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur dann gegen die öffentliche Ordnung verstößt, wenn seine Anerkennung oder Vollstreckung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts „offensichtlich“ unvereinbar ist. Die Anerkennung und Vollstreckung eines mit §§ 19, 20, 21 GWB in Widerspruch stehenden Schiedsspruchs würde nach Auffassung des Senats zu einem Ergebnis führen, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts „offensichtlich“ unvereinbar wäre. Keine Rechtsordnung könne es hinnehmen, dass

¹¹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 5 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2022 – C-721/20 – DB Station & Services – juris.

¹¹⁵ Beschluss vom 27. September 2022 – [KZB 75/21](#) – juris.

¹¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 13 unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 25. Oktober 1966 – KZR 7/65 – Schweißbolzen – juris, Rn. 40.

Verstöße gegen ihre grundlegendsten Normen durch ihre eigenen Gerichte bestätigt werden, unabhängig davon, ob diese Verstöße offenkundig oder offensichtlich sind oder nicht. In dem Umfang, in dem die Anwendung solcher elementaren Regeln der Rechtsordnung in Rede steht, gelte daher auch das Verbot der *révision au fond* nicht, sodass eine Überprüfung des Schiedsspruchs in der Sache erforderlich sei.¹¹⁷ Für die umfassende Überprüfbarkeit der Verbote nach §§ 19, 20, 21 GWB spreche auch, dass sie nicht nur dem Interesse der Parteien der Schiedsabrede dienen, sondern auch der Wahrung des öffentlichen Interesses an einem funktionierenden Wettbewerb.¹¹⁸

6. Sonstiges (entfällt)

Karlsruhe, den 22. März 2023

Dr. Peter Rädler

¹¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 14 f.

¹¹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 16.