

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 1. Halbjahr 2020

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

Dieser Beitrag fasst die im ersten Halbjahr 2020 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht zusammen.¹ Wegen des zum Teil längeren Zeitraums zwischen Absetzen und Veröffentlichung der Entscheidungen ist die Übersicht auf die bis zum 31. Juli 2020 veröffentlichten Entscheidungen begrenzt;² später veröffentlichte Entscheidungen werden in der nachfolgenden Rechtsprechungsübersicht berücksichtigt. Der Rechtsprechungsbericht zum Wettbewerbsrecht ist in dieser Übersicht auf das Lauterkeitsrecht beschränkt.

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

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

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

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

7. 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) „WarnWetter-App“ (§ 3a UWG; § 1 Abs. 1 DWDG)

In der Sache „WarnWetter-App“³ führt der Bundesgerichtshof aus, bei den Regelungen im Gesetz über den deutschen Wetterdienst handele es sich um Marktverhaltensregelungen. Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 DWDG dürfe der Deutsche Wetterdienst (DWD) Dienstleistungen nur unentgeltlich erbringen, soweit keine der in § 6 Abs. 2a DWDG geregelten Ausnahmen vorliege; dies bedeute in der Sache, dass der DWD seine Dienstleistungen im Grundsatz nur unter Marktbedingungen erbringen dürfte und wie jeder Anbieter einer Anwendungssoftware für meteorologische Dienstleistungen hierfür unmittelbar eine Vergütung verlangen oder – wenn die Anwendungs-

³ Urteil vom 12. März 2020 – [I ZR 126/18](#) – juris.

software kostenlos abgegeben wird – die Leistungen mittelbar etwa durch Werbeeinnahmen finanzieren müsse. Normen mit einem derartigen Regelungsgehalt seien Marktverhaltensregelungen; denn sie hätten den Zweck, die Betätigung der öffentlichen Hand auf einem bestimmten Markt zum Schutz privatwirtschaftlicher Mitbewerber zu begrenzen.⁴ In dieser Sache habe die Klägerin zutreffend geltend gemacht, dass sich der DWD mit seiner WarnWetter-App wettbewerbswidrig verhalte. Der DWD habe die beanstandete WarnWetter-App zwar in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe angeboten und verbreitet. Für die unentgeltliche Erbringung von meteorologischen und klimatologischen Dienstleistungen für die Allgemeinheit bestehe in § 4 Abs. 6 DWDG im Grundsatz auch eine Ermächtigungsgrundlage. Deren Grenze hatte die Beklagte mit dem Angebot und dem Vertrieb der konkret beanstandeten unentgeltlichen WarnWetter-App jedoch überschritten. Die Regelungen in § 4 Abs. 6 und § 6 Abs. 2a DWDG gestatteten es nicht, dass der DWD der Allgemeinheit neben amtlichen Warnungen unentgeltlich allgemeine Wetterinformationen zur Verfügung stellt.⁵ Das Anbieten und der Vertrieb der WarnWetter-App stellten wettbewerbswidrige geschäftliche Handlungen dar, soweit der DWD eine öffentliche Aufgabe außerhalb der hierfür bestehenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage ausübe.⁶

b) „SEPA-Lastschrift“ (§ 3a UWG; Art. 9 SEPA-VO)

Der Bundesverband der Verbraucherzentralen hatte in seiner Entscheidung „SEPA-Lastschrift“⁷ geltend gemacht, der beklagte Internetanbieter habe das SEPA-Lastschriftverfahren ausgeschlossen, soweit bei der Internetbestellung eines Kunden mit Wohnsitz in Deutschland ein im Ausland geführtes Konto eingegeben werde. Den insoweit von den Vorinstanzen zugesprochenen Unterlassungsanspruch hat der Bundesgerichtshof bestätigt. Gemäß Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO Nr. 924/2009 gibt ein Zahlungsempfänger,

⁴ a.a.O., juris, Rn. 77 f.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 67.

⁶ a.a.O., juris, Rn. 42.

⁷ Urteil vom 06. Februar 2020 – [I ZR 93/18](#) – juris.

der eine Überweisung annimmt oder eine Lastschrift verwendet, um Geldbeträge von einem Zahlungskonto einzuziehen, nicht vor, in welchem Mitgliedstaat dieses Zahlungskonto zu führen ist, solange die nach Art. 3 der Verordnung vorgegebene Erreichbarkeit besteht. Der I. Zivilsenat sieht § 9 Abs. 2 SEPA-VO als Verbraucherschutzgesetz i.S.v. § 2 Abs. 1 Satz 1 UKlaG und als Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG an. Die Einordnung als Marktverhaltensregelung folge daraus, dass Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO das Marktverhalten von Unternehmen gerade auch im Interesse der Verbraucher als Marktteilnehmer regle. Die Beklagte habe gegen Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO verstoßen, indem sie in Deutschland wohnhaften Verbrauchern die Bezahlung durch Lastschrift von einem in Luxemburg unterhaltenen Konto verwehrt habe. Unter Verweis auf die Entscheidung des EuGH in der Sache „Verein für Konsumenteninformation“ führt der Senat aus, der generelle Ausschluss von Lastschriften, bei denen Wohnsitzstaat des Zahlenden und Sitzstaat seines Zahlungsdienstleisters auseinanderfallen, könne weder mit der Vorbeugung gegen Geldwäsche noch mit der Sicherheit des Zahlungsverkehrs gerechtfertigt werden; einer solchen Differenzierung stehe der Zweck des Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO entgegen, nach dem Verbraucher die freie Wahl eines Zahlungsdienstleisters in einem beliebigen SEPA-Staat für alle ihre Lastschriftzahlungen im einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsraum haben sollen.⁸

c) „Sportwetten in Gaststätten“ (§ 3a UWG; § 3 Abs. 1 SpielV; § 21 Abs. 2 GlüStV)

Die Entscheidung „Sportwetten in Gaststätten“⁹ betrifft die Anforderungen beim Aufstellen von Geldspielgeräten und Sportwett-Terminals. Die verklagte Schank- und Speisewirtschaft hatte in ihren Räumen drei Geldspielautomaten und neun Sportwett-Terminals aufgestellt. Der I. Zivilsenat verneint einen Verstoß gegen – als Marktverhaltensregelung in Betracht kommende – glücksspielrechtliche Vorschriften. § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV

⁸ a.a.O., juris, Rn. 33 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 05. September 2019 – C-28/18 – juris, Rn. 28.

⁹ Urteil vom 07. November 2017 – [I ZR 42/19](#) –.

erlaubt das Aufstellen von Geldspielgeräten in Räumen von Schank- oder Speisewirtschaften, in denen Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden. Die Beschränkungen für das Aufstellen dieser Geräte in Wettannahmestellen konzessionierter Buchmacher finden keine Anwendung.¹⁰ Durch das zusätzliche Aufstellen von Sportwett-Terminals sei auch nicht die Höchstgrenze von drei Geld- oder Warenspielgeräten überschritten. Bei den fraglichen Sportwett-Terminals handele es sich gerade nicht um Spielgeräte i.S.v. § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV.¹¹ Auch habe die Beklagte nicht gegen § 21 Abs. 2 des Staatsvertrags zum Glückspielwesen i.d.F. vom 15. Dezember 2011 (GlüStV) verstoßen, wonach Sportwetten nicht in einer Spielhalle oder Spielbank vermittelt werden dürfen. Die fragliche Gaststätte sei nicht als Spielhalle einzuordnen; eine entsprechende Anwendung der Bestimmung lasse sich Systematik und Historie des gesetzlichen Verbots nicht entnehmen.¹²

d) „Rückrufsystem II“

In seiner Entscheidung „Rückrufsystem II“¹³ befasst sich der I. Zivilsenat mit der Frage, ob der Unternehmer vor Abschluss eines Vertrags mit einem Verbraucher im Fernabsatz oder außerhalb von Geschäften stets seine Telefonnummer anzugeben hat. Auf die Vorlage des Senats im Beschluss vom 05. Oktober 2017¹⁴ hatte der EuGH im Urteil „Bundesverband/Amazon EU“¹⁵ diese Frage verneint. Art. 6 Abs. 1 Buchst. c) der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU verpflichte den Unternehmer zwar, dem Verbraucher ein Kommunikationsmittel zur Verfügung zu stellen, das geeignet sei, die Kriterien einer direkten und effizienten Kommunikation zu erfüllen; der Bestimmung stehe nicht entgegen, dass der Unternehmer andere Kommunikationsmittel als Telefon- oder Telefaxnummer bzw. E-Mail-Adresse

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 12 f.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 19 f.

¹² a.a.O., juris, Rn. 28 f.

¹³ Urteil vom 19. Dezember 2019 – [I ZR 163/16](#) – juris.

¹⁴ Beschluss vom 05. Oktober 2017 – [I ZR 163/16](#) – Rückrufsystem I – juris.

¹⁵ Urteil vom 10. Juli 2019 – C-649/17 – juris.

zur Verfügung stellt, um diese Kriterien zu erfüllen. Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof den vom Bundesverband der Verbraucherzentralen auf eine Verletzung von Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EGBGB gestützten Unterlassungsanspruch verneint. Der Verbraucher habe bei einem Bestellvorgang im Onlineshop der Beklagten vor Abschluss der Bestellung die Möglichkeit gehabt, einen mit „Kontaktieren Sie uns“ gekennzeichneten Link zu betätigen und so mit der Beklagten in schriftlicher Form durch eine E-Mail oder einen Internet-Chat Kontakt aufzunehmen oder aber sich der Beklagten über ein Rückrufsystem sofort oder innerhalb von fünf Minuten und damit zeitnah zurückrufen zu lassen. Diese Möglichkeiten genügten den Anforderungen an eine schnelle Kontaktaufnahme und stellten eine effektive Kommunikation sicher.¹⁶

e) „Sofort-Bonus II“ (§ 3a UWG; § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG)

Unter Abgrenzung seiner Entscheidung „Nachlass bei der Selbstbeteiligung“ vom 08. November 2007¹⁷ entscheidet der Bundesgerichtshof in der Sache „Sofort-Bonus II“¹⁸ über einen Sofort-Bonus bei Privatrezepten für rezeptpflichtige Arzneimittel. Die Berufsvertretung der Apotheker im Bezirk Niederrhein hatte eine in den Niederlanden ansässige Versandapotheke verklagt, es zu unterlassen, gegenüber privatversicherten Endverbrauchern mit einem Sofort-Bonus von bis zu 30,00 € pro Rezept zu werben, der dem Kunden auf seinem Kundenkonto gutgeschrieben und mit dem Kaufpreis nicht rezeptpflichtiger Produkte verrechnet wird. Der Bundesgerichtshof verneint einen Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung gemäß § 78 Abs. 1 AMG und § 1 Abs. 1 und Abs. 4 AMPPreisV. Soweit die Arzneimittelpreisverordnung gemäß § 78 Abs. 1 Satz 4 AMG auch für Arzneimittel gelte, die von einer Apotheke eines EU-Mitgliedstaates an Endverbraucher verbracht werden, stehe die Regelung mit Art. 34 und Art. 36 AEUV nicht in Einklang und sei daher gegenüber der Beklagten nicht anwendbar; die Parteien hätten keine Anhaltspunkte vorgetragen, von der Grundsatzentschei-

¹⁶ a.a.O. juris, Rn. 17.

¹⁷ Urteil vom 08. November 2007 – [I ZR 60/05](#) – „Nachlass bei der Selbstbeteiligung“ – juris.

¹⁸ Urteil vom 20. Februar 2020 – [I ZR 5/19](#) – juris.

derung des EuGH im Urteil „Deutsche Parkinson Vereinigung“ abzuweichen.¹⁹ Es bestehe auch kein Unterlassungsanspruch unter dem Gesichtspunkt, dass die fragliche Werbung nicht der unternehmerischen Sorgfalt entspreche und geeignet sei, das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher wesentlich zu beeinflussen (§§ 3 Abs. 2 UWG, 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG). Die Werbung mit einem Sofort-Bonus könne einen Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt gemäß § 3 Abs. 2 UWG darstellen, wenn und soweit die angesprochenen Verkehrskreise Drittinteressen zu wahren haben, die durch die Annahme des Bonus beeinträchtigt werden. Bezogen auf das Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer im Bereich der Kraftfahrzeug-Kasko-Versicherung hatte der Senat in seiner Entscheidung „Nachlass bei der Selbstbeteiligung“ entschieden, dass das Versprechen eines direkten Vorteils unlauter ist, wenn der Versicherungsnehmer dadurch veranlasst werden kann, auf das Angebot einzugehen, ohne den Vorteil an seinen Versicherer weiterzuleiten.²⁰ Auf dieser Grundlage wäre ein Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt nur anzunehmen, wenn der Versicherungsnehmer sich gegenüber seinem privaten Krankenversicherer durch die Einreichung eines Rezepts, das den Bonus nicht ausweist, vertragswidrig verhalten würde. Daran fehle es im Streitfall. Eine versicherungsrechtliche Pflicht oder Obliegenheit des Versicherungsnehmers, gegenüber seinem privaten Krankenversicherer anzuzeigen, dass er bei Einlösung eines Rezepts über ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel von der Apotheke einen Gutschein erhalten hat, den er beim späteren Erwerb nicht-verschreibungspflichtiger Produkte einlösen kann, bestehe nicht.²¹

f) „Ersatzteilminformation II“ (§ 3a UWG; Art. 6 Euro 5/Euro 6-Verordnung 715/2007)

Im Anschluss an seinen Vorlagebeschluss vom 21. Juni 2018 und dem hierzu ergangenen Urteil des EuGH vom 19. September 2019²² weist der Bun-

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 18 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2016 – C-148/15 – juris, Rn. 46 sowie BGH, Urteil vom 26. April 2018 – I ZR 121/17 – Applikationsarzneimittel – juris, Rn. 27 f.

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 31 unter Beweis auf Urteil vom 08. November 2007 – a.a.O. – juris, Rn. 16.

²¹ a.a.O., juris, Rn. 35 f.

²² Urteil vom 19. September 2019 – C-527/18 – Gesamtverband Autoteile-Handel/KIA – juris.

desgerichtshof in seinem Urteil vom 30. Januar 2020 „Ersatzteilinfor- mation II“²³ die wegen Verletzung der Euro 5/Euro 6-Verordnung Nr. 715/2007 geltend gemachten Unterlassungsansprüche eines Branchenverbands zu- rück. Der Bundesgerichtshof hält daran fest, dass die Verordnung ungeach- tet der parallelen Zuständigkeit deutscher Verwaltungsbehörden eine wett- bewerbsrechtliche Durchsetzung gemäß § 3a UWG ermöglicht.²⁴ Der be- klagte Kraftfahrzeughersteller halte allerdings die Verpflichtung aus Art. 6 der Verordnung ein, unabhängigen Marktteilnehmern über das Internet mit Hilfe eines standardisierten Formats uneingeschränkten und standardisier- ten Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen auf leicht und unver- züglich zugängliche Weise zu gewähren. Diese Verpflichtung habe der EuGH in seinem Urteil nicht dahin verstanden, dass die danach zu ertei- lende Information in elektronisch weiter verarbeitbarer Form zur Verfügung gestellt werden müsse.²⁵ Im Anschluss an die Beurteilung des EuGH ver- neint der Bundesgerichtshof auch die vom Verband angeführte Diskriminie- rung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung vor dem Hintergrund, dass die für die Fahrzeuge der Marke der Beklagten zu verwendenden Ersatz- teile auf einer von einem Dritten betriebenen Webseite nur als Original-Er- satzteile erhältlich waren. Der Kläger habe insoweit nicht geltend gemacht, dass Vertragshändlern und Vertragswerkstätten über das von dem Dritten angebotene Informationssystem mehr oder bessere Informationen zugäng- lich sind, als unabhängige Marktteilnehmer über das System der Beklagten erlangen können.²⁶

g) Vorlagebeschluss „App-Zentrum“ (§ 3a UWG; Artt. 80 f. DS-GVO)

Im Klageverfahren des Bundesverbands der Verbraucherzentralen gegen Facebook (Irland) hat der I. Zivilsenat mit Beschluss vom 28. Mai 2020 in der Sache „App-Zentrum“²⁷ den EuGH zur Klärung der kontrovers diskutier-

²³ Urteil vom 30. Januar 2020 – [I ZR 40/17](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät be- teiligt.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 15 f.; vgl. bereits Vorlagebeschluss vom 21. Juni 2018 – [I ZR 40/17](#) – juris, Rn. 10.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 22 unter Verweis auf EuGH, a.a.O., juris, Rn. 29 f.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 28 unter Verweis auf EuGH, a.a.O., juris, Rn. 40.

²⁷ Beschluss vom 28. Mai 2020 – [I ZR 186/17](#) – juris.

ten Frage angerufen, ob Verstöße gegen Bestimmungen der DS-GVO lauterkeitsrechtlich auf der Grundlage von § 8 UWG i.V.m. § 3a UWG verfolgt werden können. Der Senat führt aus, die vom Bundesverband beanstandete Verletzung von Informationspflichten sei vor Inkrafttreten der DS-GVO gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 TMG begründet gewesen. Das Berufungsgericht habe insoweit zutreffend angenommen, dass die Bestimmungen gemäß § 13 TMG Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 3a UWG sind.²⁸ Mit dem Inkrafttreten der DS-GVO seien nunmehr die aus Art. 12 bis Art. 14 der Verordnung folgenden Unterrichtungspflichten maßgeblich. Die Beklagte habe auch gegen ihre Verpflichtung aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung verstoßen, der betreffenden Person Informationen über den Zweck der Datenverarbeitung und den Empfänger personenbezogener Daten in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zu übermitteln. Fraglich sei allerdings, ob mit dem Inkrafttreten der DS-GVO die zunächst bestehende Klagebefugnis des Klägers entfallen sei. Dem Wortlaut der Verordnung, namentlich den Bestimmungen in Kapitel VIII, sei eine Klagebefugnis von qualifizierten Einrichtungen i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG zum Schutz von Verbraucherinteressen nicht zu entnehmen. Auch die Auslegung unter Berücksichtigung des systematischen Zusammenhangs der Verordnung lasse nicht eindeutig erkennen, ob der Unionsgesetzgeber nicht nur die Bestimmungen zum Schutz personenbezogener Daten, sondern auch die Durchsetzung der danach bestehenden Rechte vereinheitlicht hat.²⁹ Ebenfalls umstritten und klärungsbedürftig sei die Frage, ob qualifizierte Einrichtungen unter der DS-GVO befugt bleiben, Verstöße gegen ein Verbraucherschutzgesetz i.S.v. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 UKlaG zu verfolgen. Dies gelte auch für die Befugnis qualifizierter Einrichtungen nach § 3 UKlaG, Unterlassung der Verwendung von nach § 307 BGB unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verlangen.

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 20 f.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 39 f.

4. Mitbewerberschutz/Aggressive geschäftliche Handlungen (entfällt)

5. Irreführung (§§ 5, 5a UWG)

a) „Preisänderungsregelung“ (§ 5 Abs. 1 UWG)

In seiner Entscheidung „Preisänderungsregelung“ vom 23. April 2020³⁰ entwickelt der I. Zivilsenat im Anschluss an seine Entscheidung „Prämienparverträge“³¹ seine Rechtsprechung zur Abgrenzung von unwahren Tatsachen und zulässigen Rechtsansichten weiter. Der Bundesverband der Verbraucherzentralen hatte einen Anbieter von Fernwärmeversorgung wegen einer Äußerung in Anspruch genommen, allgemeine Versorgungsbedingungen einschließlich der Preisänderungsregelung könnten durch öffentliche Bekanntgabe wirksam geändert werden. Die Äußerung der Beklagten enthalte zwar eine Angabe i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG; das Berufungsgericht habe diese Äußerung allerdings rechtsfehlerhaft als unwahre Angabe i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 UWG eingeordnet. Wahr oder unwahr können nur Tatsachenbehauptungen sein, über die Beweis erhoben werden kann; Rechtsansichten sind im Grundsatz jedoch Meinungsäußerungen, die einer solchen Überprüfung nicht zugänglich sind.³² Die Äußerung der Beklagten stelle sich als Rechtsansicht zur Reichweite des Änderungsrechts gemäß § 4 Abs. 2 AVBFernwämeV dar. Die beanstandete Äußerung sei auch keine sonstige zur Täuschung geeignete Angabe i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 UWG. Aussagen über die Rechtslage werden in bestimmten Fällen von § 5 Abs. 1 UWG erfasst. Es liege nahe, den Schwerpunkt der Äußerung der Beklagten bei den in § 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 Nr. 3 UWG genannten Rechten des Unternehmers zu sehen; am Maßstab von Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) der UGP-Richtlinie sei der Begriff „Rechte“ nicht auf „absolute Rechte“ beschränkt, sondern schließe auch Rechte innerhalb von

³⁰ Urteil vom 23. April 2020 – [I ZR 85/19](#) – juris; weitgehend gleichlautend auch Urteil vom 23. April 2020 – [I ZR 86/19](#) – juris.

³¹ Urteil vom 25. April 2019 – [I ZR 93/17](#) – juris.

³² Urteil vom 23. April 2020, a.a.O., juris, Rn. 38 unter Verweis auf Urteil vom 25. April 2019, a.a.O., juris, Rn. 27.

vertraglichen Sonderbeziehungen ein.³³ Der Senat holt das vom Berufungsgericht nicht ermittelte Verkehrsverständnis nach und wertet insoweit die Äußerung der Beklagten als eine Rechtsansicht, nicht aber als eine nach den Grundsätzen der Entscheidung „Prämiensparverträge“ unzulässige Feststellung einer eindeutigen Rechtslage.³⁴

b) „Kundenbewertungen auf Amazon“ (§§ 3a, 5 Abs. 1 UWG; § 11 HWG)

Die Entscheidung „Kundenbewertungen auf Amazon“³⁵ befasst sich mit der Frage, inwieweit Kundenbewertungen von Käufern, die Amazon ohne nähere Prüfung der Identifikationsnummer eines Produkts zuweist, dem jeweiligen Anbieter des Produkts wettbewerblich zugerechnet werden kann. Die Beklagte hatte gegenüber dem klagenden Verband Sozialer Wettbewerb im Vorfeld eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben, die von ihr vertriebenen Kinesiologie-Tapes nicht mehr mit Werbeaussagen zur Schmerzbehandlung durch diese Tapes zu bewerben. Die Kundenrezensionen für die von der Beklagten bei Amazon angebotenen Tapes enthielten u.a. Hinweise zur Schmerzlinderung; auf Anfrage der Beklagten lehnte Amazon die Löschung der Kundenrezensionen ab. Die vorinstanzliche Abweisung des Unterlassungsanspruchs hat der Bundesgerichtshof bestätigt. Ein Verstoß gegen § 3a UWG i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 HWG bestehe nicht, da die Beklagte nicht mit Äußerungen Dritter im Sinne dieser Vorschrift geworben habe. Weder habe die Beklagte mit den Kundenbewertungen selbst geworben noch habe sie sich diese zu eigen gemacht. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts stellten sich die Kundenbewertungen aus Sicht des angesprochenen Verkehrskreises als von der Produktbeschreibung und der Produktwerbung unabhängig dar.³⁶ Anders als in der Senatsentscheidung „Herstellerpreisempfehlung bei Amazon“ habe der Händler vorliegend die Kundenbewertungen nicht – auch nicht mittelbar – veranlasst; sie seien diesem aus Sicht der Nutzer der Plattform auch

³³ a.a.O., juris, Rn. 45.

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 47 f. unter Verweis auf Urteil vom 25. April 2019, a.a.O., juris, Rn. 34.

³⁵ Urteil vom 20. Februar 2020 – [I ZR 193/18](#) – juris.

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 19.

nicht zuzurechnen.³⁷ Es liege auch keine irreführende geschäftliche Handlung i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Alt. 2 Nr. 1 UWG vor. Die Beklagte habe nicht als Täterin; eine mittelbare Täterschaft scheitere an der fehlenden Kontrolle der Beklagten über das Handeln der Kunden. Für eine Haftung der Beklagten als Teilnehmerin fehle es schon an einer rechtswidrigen Haupttat.³⁸ Der Beklagten habe auch keine Rechtspflicht obliegen, eine Irreführung durch die Kundenbewertungen abzuwenden. Ob das Angebot von Produkten auf Online-Verkaufsplattformen eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht begründet, die zu einer Garantenstellung aus Ingerenz führt, und welche Garantenpflichten daraus folgen, hänge von den Umständen des Einzelfalls ab. Gegen eine Garantenstellung der Beklagten spreche allerdings, dass die hier als wettbewerbswidrig beanstandeten Kundenbewertungen für Medizinprodukte aus Bewertungsmöglichkeiten resultieren, die als regelmäßiger Bestandteil von Online-Marktplätzen und wichtiger Beitrag zur Verbraucherinformation im Online-Handel gesellschaftlich erwünscht seien. Zudem seien die unter dem Angebot der Beklagten abrufbaren Kundenbewertungen verfassungsrechtlich von der Meinungs- und Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 UWG geschützt. Eine Abwägung mit dem Rechtsgut der öffentlichen Gesundheit bedürfe es nicht, weil Anhaltspunkte für eine Gesundheitsgefährdung bei dem Angebot von Kinesiologie-Tapes fehlten.³⁹

c) „Kulturchampignons II“ (§ 5 Abs. 1 UWG; § 11 Abs. 1 LFGB i.V.m. Art. 7 LMIV)

In der Rechtssache „Kulturchampignons II“⁴⁰ entscheidet der Bundesgerichtshof über die Frage der unionsrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Irreführung in einem Fall, in dem das Verbraucherverständnis von den rechtlichen Vorgaben abweicht. Die Beklagte hatte auf dem deutschen Markt Champignons mit der Angabe „Ursprung: Deutschland“ vermarktet,

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 24 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 03. März 2016 – [I ZR 110/15](#) – Herstellerpreisempfehlung bei Amazon – juris, Rn. 40.

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 28 f.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 37 f.

⁴⁰ Urteil vom 16. Januar 2020 – [I ZR 74/16](#) – juris.

obwohl die vorgelagerten Prozesse der Herstellung des Komposts und der Pasteurisierung in Belgien und den Niederlanden erfolgten. Das Berufungsgericht hatte auf die Klage der Wettbewerbszentrale angenommen, die fragliche Angabe rufe eine Irreführung hervor, weil der angesprochene Verkehr annehme, nicht nur die Ernte, sondern der gesamte Produktionsprozess habe in Deutschland stattgefunden. Diese Auffassung konnte sich beim Bundesgerichtshof – nach Vorlagebeschluss an den EuGH⁴¹ und nach dem Urteil des EuGH in Sachen „Wettbewerbszentrale/Prime Champs“⁴² – nicht durchsetzen.

Gemäß den lebensmittelrechtlichen Vorgaben (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 LFGB) hat der verantwortliche Lebensmittelunternehmer oder -importeur die Anforderungen der EU-Verordnung Nr. 1169/2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel (LMIV) einzuhalten. Nach Art. 7 Abs. 1 LMIV dürfen Informationen über Lebensmittel insbesondere in Bezug auf die Eigenschaften des Lebensmittels wie Ursprungsland oder Herkunftsort nicht irreführend sein. In seinem Urteil vom 04. September 2019 hatte der EuGH entschieden, dass der Zollcodex sowie der Unionszollcodex seien dahingehend auszulegen, dass das Ursprungsland von Kulturchampignons ihr Ernteland ist unabhängig davon, ob wesentliche Produktionsschritte in anderen Mitgliedstaaten erfolgt sind.⁴³ Der EuGH hatte auch bereits entschieden, mit Blick auf das Irreführungsverbot bei frischem Obst und Gemüse gemäß Art. 7 Abs. 1 LMIV dürften keine aufklärenden Zusätze verlangt werden, wenn die Angabe den zollrechtlichen Vorschriften entspreche.⁴⁴ Hieran anknüpfend verneint der Bundesgerichtshof einen Verstoß gegen Art. 11 Abs. 1 LFGB i.V.m. Art. 7 Abs. 1 LMIV.⁴⁵ Auch die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 1 UWG scheidet aus, wenn gesetzliche Kennzeichnungsvorschriften eine bestimmte Bezeichnung vorschreiben und das so gekennzeichnete Produkt den gesetzlichen Kriterien entspre-

⁴¹ Beschluss vom 21. September 2017 – [I ZR 74/16](#) – juris.

⁴² Urteil vom 04. September 2019 – C-686/17 – juris.

⁴³ EuGH, a.a.O., juris, Rn. 58 unter Verweis auf Art. 23 Zollcodex sowie Art. 60 Unionszollcodex.

⁴⁴ EuGH, a.a.O., juris, Rn. 78.

⁴⁵ BGH, a.a.O., juris, Rn. 27 f.

che. In einem solchen Fall genießt das Kennzeichnungsrecht Vorrang und ist eine unlautere Irreführung auch dann nicht anzunehmen, wenn relevante Teile des Verkehrs die verwendete Bezeichnung falsch verstehen.⁴⁶

6. Vergleichende Werbung (entfällt)

7. Unzumutbare Belästigung

a) „Cookie-Einwilligung II“ (§ 7 UWG; § 15 Abs. 3 TMG; Artt. 5 und 13 Datenschutz-Richtlinie 2002/58/EG)

In seiner Entscheidung „Cookie-Einwilligung II“⁴⁷ entscheidet der Bundesgerichtshof über die Klage des Bundesverbands der Verbraucherzentralen wegen einer im Zusammenhang mit einem Gewinnspiel verlangten Einverständniserklärung in Telefonwerbung und das Setzen von Cookies. Der Senat hatte mit Beschluss vom 05. Oktober 2017⁴⁸ den EuGH für eine Vorabentscheidung angerufen. Nach dessen Urteil vom 01. Oktober 2019⁴⁹ hat der I. Zivilsenat nunmehr in vollem Umfang zugunsten des Bundesverbands erkannt.

Die beanstandete Einwilligungserklärung genüge nicht den Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG. Der Begriff der „Einwilligung“ sei richtlinienkonform am Maßstab von Art. 13 Abs. 3 und Abs. 5 Satz 1 der Datenschutz-Richtlinie 2002/58/EG auszulegen.⁵⁰ Eine Einwilligung werde i.S.v. Art. 2 Buchst. h) der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG „in Kenntnis der Sachlage“ erteilt, wenn der Verbraucher wisse, dass seine Erklärung ein Einverständnis darstellt und worauf sie sich bezieht. Hieran fehle es im Streitfall, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die vom Kläger angegriffene Gestaltung der Einwilligungserklärung darauf angelegt sei,

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 30.

⁴⁷ Urteil vom 28. Mai 2020 – [I ZR 7/16](#) – juris.

⁴⁸ Beschluss vom 05. Oktober 2017 – [I ZR 7/16](#) – juris.

⁴⁹ EuGH, Urteil vom 01. Oktober 2019 – C-673/17 – Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49 – juris.

⁵⁰ Urteil vom 28. Mai 2020 – a.a.O. – juris, Rn. 27 f. unter Verweis auf BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 – [I ZR 169/10](#) – juris, Rn. 23.

den Verbraucher mit einem aufwendigen Verfahren der Abwahl von in der Liste aufgeführten Partnerunternehmen zu konfrontieren, um ihn zu veranlassen, von der Ausübung dieser Wahl Abstand zu nehmen und stattdessen der Beklagten die Wahl der Werbepartner zu überlassen.⁵¹ Die beanstandete Erklärung erfülle zudem auch die Voraussetzungen von Art. 4 Nr. 11 der DS-GVO 2016/679.

Abweichend vom Berufungsgericht hat der Bundesgerichtshof auch den Antrag auf Unterlassung des Einsatzes von Cookies zuerkannt. Dem Kläger stehe der Anspruch gemäß § 1 UKlaG i.V.m. § 307 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB zu. Die Einholung der Einwilligung mittels eines voreingestellten Ankreuzkästchens war zum Zeitpunkt des Gewinnspiels i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit wesentlichen Grundgedanken des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG nicht vereinbar. Die Bestimmung sei mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der Datenschutz-Richtlinie 2002/58/EG (i.d.F. der Richtlinie 2009/136/EG) dahin richtlinienkonform auszulegen, dass für den Einsatz von Cookies zur Erstellung von Nutzerprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung die Einwilligung des Nutzers erforderlich ist. Entsprechend dem Urteil des EuGH vom 01. Oktober 2019 liege eine wirksame Einwilligung i.S.v. Art. 2 Buchst. f) und Art. 5 Abs. 3 der Datenschutz-Richtlinie nicht vor, wenn die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät des Nutzers einer Webseite gespeichert sind, mittels Cookies durch ein voreingestelltes Ankreuzkästchen erlaubt wird, das der Nutzer zur Verweigerung seiner Einwilligung abwählen müsse; es komme nicht darauf an, ob es sich bei den Informationen um personenbezogene Daten handele.⁵² Auch unter Geltung der DS-GVO verbleibe es bei der Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 3 der Datenschutz-Richtlinie 2002/58/EG und des diese Regelung umsetzenden § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG.

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 32.

⁵² a.a.O., juris, Rn. 51 unter Verweis auf EuGH, a.a.O., juris, Rn. 68 f.

b) „Inbox-Werbung“ (§ 7 UWG; Art. 13 Datenschutz-Ri 2005/58/EG; UGP-Richtlinie 2005/29/EG)

In seinem Vorlagebeschluss an den EuGH „Inbox-Werbung“ vom 30. Januar 2020⁵³ behandelt der Bundesgerichtshof verschiedene offene Rechtsfragen bei der Einordnung von automatisierter E-Mail-Werbung als unzumutbare Werbung i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG. Der von einem Wettbewerber verklagte Stromanbieter hatte durch eine Werbeagentur im E-Mail-Dienst T-Online der Telekom Deutschland GmbH Werbung im privaten Postfach eines Nutzers anzeigen lassen, die in dem Bereich eingegangener E-Mails („Inbox“) eingebettet war. Zur Anzeige dieser Werbung sandte der Adserver der Telekom Deutschland die entsprechenden Parameter an den Internetbrowser des Nutzers, wodurch in der Inbox des Nutzers ein nach dem Zufallsprinzip ausgewähltes Werbebanner ausgewählt wurde.

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist eine unzumutbare Belästigung i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG stets (ohne Interessenabwägung im Einzelfall) anzunehmen bei einer Werbung unter Versendung u.a. elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt. Die Bestimmung setzt Art. 13 Abs. 1 der Datenschutz-Richtlinie 2002/58/EG in deutsches Recht um.⁵⁴ Nach Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie darf die Verwendung u.a. von elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer oder Nutzer gestattet werden. Der Senat bejaht die Einordnung der hier in Rede stehenden Werbung als elektronische Post im Sinne dieser Richtlinienbestimmung⁵⁵. Fraglich sei jedoch, ob die streitgegenständliche Werbung auch i.S.v. Art. 2 Satz 2 Buchst. h) der Datenschutz-Richtlinie „verschickt“ worden sei. Diese Frage sei zweifelhaft, allerdings spreche für ein Verschicken im Sinne der Vorschrift ein funktionales, am Schutz der Privatsphäre vor unerbetenen Nachrichten orientiertes Begriffsverständnis. Nach dieser funktionalen Auslegung sei auch zu bejahen, dass die Nachricht im Sinne derselben

⁵³ Beschluss vom 30. Januar 2020 – [I ZR 25/19](#) – juris.

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 15 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 14. Januar 2016 – [I ZR 65/14](#) – Freunde finden – juris, Rn. 24.

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 17 f.

Richtlinienbestimmung im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert worden ist, bevor sie von diesem abgerufen wurde. Die streitige Werbung sei jedenfalls bis zu der durch das Einloggen ausgelösten Einwendung der Werbung auf einem Adserver und damit im Netz gespeichert worden. Fraglich sei allerdings, ob elektronische Post i.S.v. Art. 13 der Datenschutz-Richtlinie auch dann angenommen werden könne, wenn die Einwendung der Werbung nach dem Zufallsprinzip vorgenommen wird. Entgegen der Einordnung des Berufungsgerichts tendiert der Senat auch insoweit dazu, die Voraussetzung zu bejahen. Aus dem Erfordernis einer vorherigen Einwilligung des Nutzers könne nicht im Umkehrschluss entnommen werden, dass alle Formen der Direktwerbung ohne Einwilligung zulässig seien, bei denen die Einwilligung vorab nicht eingeholt werden könne. Der Senat hält es auch nicht für erforderlich, dass eine Belastung des Nutzers festgestellt wird, die über eine – vom Berufungsgericht lediglich festgestellte – Belästigung hinausgehe. Ein privates passwortgeschütztes E-Mail-Konto gehöre zum Bereich der durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützten privaten Lebensgestaltung. Daher sei der Wille des Betroffenen schutzwürdig, seinen privaten Lebensbereich vor jedem Zwang zur Auseinandersetzung mit Werbung und ihrer Suggestivwirkung frei zu halten; dies gelte insbesondere angesichts der Gefahr der Summierung der Belästigungen durch das Umsichgreifen der Werbeform.⁵⁶ Fraglich sei weiter, ob ein hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen i.S.v. § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG i.V.m. Nr. 26 Satz 1 des Anhangs I der UGP-Richtlinie zu bejahen sei. Insoweit stelle sich die Frage, ob eine die Voraussetzungen eines Ansprechens erfüllende gezielte Individualwerbung nur dann vorliege, wenn der Kunde durch eine herkömmliche E-Mail kontaktiert werde oder ob bereits die Anzeige von Werbung in der Inbox eines privaten E-Mail-Kontos ausreiche, in dem der Kunde nur individuell an ihn gerichtete Nachrichten erwarte.⁵⁷

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 47.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 51 f.

8. Rechtsfolgen (entfällt)

9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales

a) „Sofort-Bonus II“ (§ 308 Abs. 1 ZPO; Streitgegenstand)

In seinem Urteil „Sofort-Bonus II“⁵⁸ führt der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung seit „Biomineralwasser“⁵⁹ zum Streitgegenstand fort. Das Berufungsgericht hatte den geltend gemachten Unterlassungsanspruch wegen des beworbenen Sofort-Bonus lediglich unter den Gesichtspunkten geprüft, ob entweder ein Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt oder ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot vorliege; es hatte angenommen, auf die Frage, ob ein Preisnachlass gegen das Recht der Arzneimittelpreisbindung verstoße und die Werbung schon deshalb unlauter sei, komme es im Streitfall nicht an, weil die Klägerin ihren Anspruch darauf nicht stütze und es sich hierbei um einen anderen Streitgegenstand handele. Hierzu stellt der Senat klar, nach den zum Streitgegenstand im Wettbewerbsrecht entwickelten Maßstäben habe die Klägerin zwei Streitgegenstände in den Rechtsstreit eingeführt, im Verhältnis zu denen ein Verstoß gegen die Arzneimittelpreisbindung keinen selbständigen eigenen Streitgegenstand bilde. Für die Frage des Streitgegenstands sei es unerheblich, ob die Klägerin ihre Klage auf den Gesichtspunkt der Arzneimittelpreisbindung gestützt habe. Entscheidend sei vielmehr, ob die Klägerin einen Lebenssachverhalt vorgetragen habe, der sich rechtlich auch unter den Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG einordnen lasse. Daher sei die Frage, ob die beanstandete Werbung unlauter ist, auch dann unter dem Gesichtspunkt der Arzneimittelpreisbindung zu prüfen, wenn die Klägerin ihren Antrag darauf nicht gestützt hat.⁶⁰

⁵⁸ Urteil vom 20. Februar 2020 – [I ZR 5/19](#) – juris.

⁵⁹ Urteil vom 13. September 2012 – [I ZR 230/11](#) – juris, Rn. 18.

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 15.

b) „WarnWetter-App“ (§ 301 ZPO)

In seinem bereits genannten Urteil „WarnWetter-App“⁶¹ beschäftigt sich der I. Zivilsenat mit der Zulässigkeit eines Teil-Urteils unter dem Gesichtspunkt eines einheitlichen oder mehrerer Streitgegenstände. Das Berufungsgericht hatte angenommen, soweit die Klägerin den im Hauptantrag geltend gemachten Unterlassungsanspruch zum einen auf das Wettbewerbsrecht und zum anderen auf das öffentliche Recht stütze, handele es sich um zwei verschiedene Streitgegenstände; daher hat das Berufungsgericht durch Teil-Urteil über die wettbewerbsrechtlichen Anspruchsgrundlagen entschieden und die öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlage ungeprüft gelassen. Dies sieht der I. Zivilsenat als rechtsfehlerhaft an.⁶² Gegenstand der Klage sei im Streitfall ein unteilbarer Streitgegenstand, über den das Berufungsgericht gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten hätte entscheiden müssen, nachdem das Landgericht den Rechtsweg zu den Zivilgerichten durch rechtskräftigen Beschluss gemäß § 17a Abs. 3 Satz 1 GVG für zulässig erklärt hatte. Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch sei nicht dergestalt rechtlich verselbständigt, dass ihm ein anderer Lebenssachverhalt zugrunde liegt als dem in erster Linie geltend gemachten wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch. Ein Teilurteil über einzelne von mehreren konkurrierenden Anspruchsgrundlagen sei aber nicht zulässig. Gleichwohl hat der I. Zivilsenat die Sache nicht zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, sondern unter Verweis auf die gesetzliche Pflicht zur eigenen Sachentscheidung und das Gebot der Prozessökonomie selbst – auch über den vom Berufungsgericht nicht behandelten öffentlich-rechtlichen Anspruch – entschieden.⁶³

⁶¹ Urteil vom 12. März 2020 – [I ZR 126/18](#) – juris.

⁶² a.a.O., juris, Rn. 24.

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 34 f.

c) „Preisänderungsregelung“ (Rechtsschutz-Bedürfnis)

In der bereits erwähnten Entscheidung „Preisänderungsregelung“⁶⁴ bejaht der Bundesgerichtshof das Rechtsschutzbedürfnis zur Untersagung der außergerichtlichen Äußerung von Rechtsansichten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fehlt das Rechtsschutzbedürfnis regelmäßig, wenn mit einer Klage die Unterlassung oder die Beseitigung von Äußerungen begehrt wird, die der Rechtsverfolgung in einem gerichtlichen oder behördlichen Verfahren dienen. Insoweit ist allerdings eine differenzierte Betrachtung geboten, wenn die Klage auf Unterlassung von Äußerungen gerichtet ist, die mit einem gerichtlichen oder behördlichen Verfahren lediglich in einem Zusammenhang stehen. Hier reiche es für die Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses nicht aus, dass eine außergerichtliche Auseinandersetzung – wie stets – in eine gerichtliche Auseinandersetzung münden könne. Das Rechtsschutzbedürfnis fehle in diesen Fällen vielmehr nur dann, wenn die wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklage auf eine Beschränkung der Rechtsverfolgung oder -verteidigung des Gegners gerichtet sei, die im Falle des Obsiegens in dem nachfolgenden gerichtlichen oder behördlichen Verfahren fortwirke.⁶⁵

d) Reichweite des Unterlassungstitels (§ 8 UWG; §§ 890, 935 ZPO)

In seinem Beschluss vom 17. Oktober 2019⁶⁶ befasst sich der I. Zivilsenat nochmals mit den Verpflichtungen aus einem Unterlassungstitel. Der Senat bestätigt, das in einem Unterlassungstitel enthaltene Verbot verpflichte den Schuldner außer zum Unterlassen weiterer Vertriebshandlungen auch dazu, aktive Maßnahmen zu ergreifen, die den Weitervertrieb der rechtsverletzend aufgemachten Produkte verhindern. Den Bedenken des Berufungsgerichts wegen einer unzulässigen Vorwegnahme der Hauptsache durch Geltendmachung einer Rückrufpflicht im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes trage der Senat Rechnung, indem er den Schuldner ggf. lediglich

⁶⁴ Urteil vom 23. April 2020 – [I ZR 85/19](#) – juris.

⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁶⁶ Beschluss vom 17. Oktober 2019 – [I ZB 19/19](#) – juris.

für verpflichtet hält, Maßnahmen zu treffen, die die Abwehransprüche des Gläubigers sichern, ohne ihn in diesen Ansprüchen abschließend zu befriedigen.⁶⁷ Die Annahme einer positiven Handlungspflicht aufgrund des Unterlassungsgebots verstoße auch nicht gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG geregelte Bestimmtheitsgebot.⁶⁸

e) Wertgrenze der Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO)

Im Beschluss vom 19. Dezember 2019⁶⁹ bestätigt der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung zur Beschwer des Beklagten aus einer zweitinstanzlichen Verurteilung zur Unterlassung. Einer beklagten Partei, die weder die Streitwertfestsetzung in den Vorinstanzen beanstandet, noch sonst glaubhaft gemacht hat, dass die für die Festlegung des Streitwerts maßgeblichen Umstände, die bereits dort vorgebracht worden sind, nicht hinreichend berücksichtigt worden sind, ist es regelmäßig versagt, sich erstmals im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren auf einen höheren, die erforderliche Rechtsmittelbeschwer (von über 20.000,00 €, nunmehr § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) erreichenden Wert zu berufen.⁷⁰ In dieser Sache hatte der klagende Umwelt- und Verbraucherschutzverband Unterlassung wegen der fehlenden Angaben in einer Pkw-Werbung zum Kraftstoffverbrauch und zu den CO₂-Immissionen einerseits in einem Facebook-Eintrag mit einer Rätselfrage, andererseits in einem Facebook-Beitrag mit der Auflösung des Rätsels verlangt. Erst nach Festsetzung des Streitwerts auf 30.000,00 € durch das Berufungsgericht in der mündlichen Verhandlung hat das Berufungsgericht erläutert, dass es insoweit von zwei Streitgegenständen ausgehe, woraufhin die Klägerin die Berufung gegen die Abweisung ihres Unterlassungsantrags gerichtet auf den ersten Facebook-Eintrag zurückgenommen hatte. Die Beklagte hat es nach Auffassung des Berufungsgerichts versäumt, im Anschluss hieran die Gelegenheit wahrzunehmen, noch in der mündlichen

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 19.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁶⁹ Beschluss vom 19. Dezember 2019 – [I ZR 94/19](#) – juris.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 6.

Verhandlung eine Beschwer von mehr als 15.000,00 € geltend zu machen.⁷¹ Mit dem hierzu erstmals im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde gehaltenen Vortrag war die Beklagte ausgeschlossen.

10. Sonstiges (entfällt)

II. Kartellrecht

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

a) „Schienenkartell II“ (§§ 1, 33 GWB 2005; Art. 101 AEUV; §§ 286, 287 ZPO)

Im Urteil „Schienenkartell II“ vom 28. Januar 2020⁷² modifiziert der Kartellsenat seine Rechtsprechung zum Kartellschadensersatz im Fall des sog. „Schienenkartells“. Der Senat nimmt die Entscheidung zum Anlass, die Begriffe der schadensbegründenden und schadensausfüllenden Kausalität vor dem Hintergrund der Beweisanforderungen nach §§ 286, 287 ZPO klarzustellen. Danach kommt dem Merkmal der Kartellbetroffenheit i.S.v. § 33 Abs. 1 Satz 1 GWB 2005 bei der Prüfung des haftungsbegründenden Tatbestands eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs Bedeutung nur für die Frage zu, ob dem Antragsgegner ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten anzulasten ist, das – vermittelt durch den Abschluss von Umsatzgeschäften oder in anderer Weise – geeignet ist, einen Schaden des Anspruchstellers unmittelbar oder mittelbar zu begründen. Im Streitfall seien diese Voraussetzungen ohne weiteres erfüllt, weil die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von der am Kartell beteiligten Beklagten Waren erworben habe, welche Gegenstand der Kartellabsprache waren⁷³. Dagegen müsse zur Ermittlung der haftungsbegründenden Kau-

⁷¹ a.a.O. juris, Rn. 12.

⁷² Urteil vom 28. Januar 2020 – [KZR 24/17](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 25.

salität nicht festgestellt werden, ob sich die Kartellabsprache auf den in Rede stehenden Beschaffungsvorgang, auf den der Anspruchsteller seinen Schadensersatzbegehren stützt, tatsächlich ausgewirkt hat und das Geschäft damit in diesem Sinne „kartellbefangen“ war. Erweist sich, dass dem Anspruchsteller ein der Kartellabsprache zurechenbarer Schaden entstanden ist, steht zugleich fest, dass sich die verbotene Absprache nachteilig auf das Geschäft, insbesondere auf den gezahlten Preis, ausgewirkt habe. Soweit der Entscheidung „Schienenkartell“⁷⁴ etwas anderes zu entnehmen sein sollte, werde hieran nicht festgehalten⁷⁵. Das Berufungsurteil des Thüringer Oberlandesgerichts unterlag in dieser Sache gleichwohl der Aufhebung, da das Berufungsgericht für die Schadensentstehung einen Anscheinsbeweis zugrunde gelegt hatte. Der Senat hält an seiner Beurteilung in der Entscheidung „Schienenkartell“ fest, wonach es für die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises bei einem Quoten- und Kundenschutzkartell an der dafür erforderlichen Typizität des Geschehensablaufs fehle⁷⁶.

In seinen Hinweisen zum wiedereröffneten Berufungsverfahren hebt der Kartellsenat hervor, dass der Tatrichter im Rahmen von § 287 ZPO nicht gezwungen sei, jeden angebotenen Beweis zu erheben, soweit die Haupttatsachen lediglich durch Indizien bewiesen werden können. Könne der Tatrichter die Überzeugung von der Haupttatsache auch dann gewinnen, wenn er die behaupteten gegenläufigen Indizien – mit dem vollen Gewicht, dass ihnen zukommen kann – als wahr unterstellt, bedürfe es auch nicht in jedem Fall einer Beweiserhebung. Dies gelte auch, wenn für die Entstehung oder das Fehlen eines Schadens Sachverständigenbeweis angeboten werde⁷⁷. Für die Beweiswürdigung hält der Senat an dem bereits im Urteil „Schienenkartell“ hervorgehobenen Grundsatz fest, dass bei einem Quoten- und Kundenschutzkartell dem Erfahrungssatz kartellbedingt überhöhter Preise

⁷⁴ Urteil vom 11. Dezember 2018 – [KZR 26/17](#) – juris, Rn. 59; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁷⁵ Urteil – [KZR 24/17](#) – juris, Rn. 26 und Rn. 27.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 31 unter Verweis auf BGH – [KZR 26/17](#) – Schienenkartell – juris, Rn. 57.

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 36 und Rn. 37.

eine starke Indizwirkung für ein von der Kartellabsprache beeinflusstes Preisniveau zukomme⁷⁸. Die vorgenannten Grundsätze wiederholt der Kartellsenat in drei weiteren Urteilen vom 03. Dezember 2019, die zwar zeitlich früher mündlich verhandelt worden sind, deren Urteilsgründe aber später veröffentlicht wurden⁷⁹.

b) „Sofortüberweisung“ (§ 1 GWB)

Mit Beschluss vom 07. April 2020⁸⁰ hat der Bundesgerichtshof die Nichtzulassungsbeschwerde der Deutschen Kreditwirtschaft (DK) im Zusammenhang mit der Feststellungsverfügung des Bundeskartellamts wegen des Ausschlusses bankenunabhängiger Anbieter von Zahlungsauslösediensten zurückgewiesen. Die DK hatte in den von ihr erarbeiteten AGB „Online-Banking-Bedingungen 2009“ den bei ihr zusammen geschlossenen Spitzenverbänden empfohlen, dass der Bankkunde seine personalisierten Sicherheitsmerkmale (PIN und TAN) nicht außerhalb der mit der Bank gesondert vereinbarten Internetseiten eingeben darf und der Bankkunde bei erkennbaren Verstößen gegen diese Verpflichtung für den hieraus entstehenden Schaden in vollem Umfang haften müsse. Diese Empfehlung betraf insbesondere den Dienst „Sofortüberweisung“ der Sofort GmbH. Das Bundeskartellamt hatte mit Beschluss vom 29. Juli 2016 festgestellt, dass der Beschluss der DK über die Annahme dieser Bedingungen sowie die Beschlüsse dreier Spitzenverbände über deren Annahme, Bekanntmachung und Empfehlung wegen Verstoßes gegen § 1 GWB rechtswidrig sind. Mit Wirkung zum 13. Januar 2018 wurde zur Umsetzung der Zahlungsdienste-Richtlinie 2015/2366 § 675f BGB dahingehend geändert, dass Zahlungsdienstnutzer nunmehr berechtigt sind, einen Zahlungsauslösedienst zu nutzen und der kontoführende Zahlungsdienstleister die Nutzung dieses Dienstes nicht mehr von einem Vertragsschluss zwischen ihm und dem Zahlungsauslösedienstleister abhängig machen darf. Das Oberlandesge-

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn. 43.

⁷⁹ Urteile vom 03. Dezember 2019 – [KZR 23/17](#); [KZR 25/17](#) und [KZR 27/17](#) – jeweils juris; an diesen Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁸⁰ Beschluss vom 07. April 2020 – [KVR 13/19](#) – juris; der Beschluss trägt keinen amtlichen Namen.

richt Düsseldorf hatte mit Beschluss vom 30. Januar 2019⁸¹ die gegen den Beschluss des Bundeskartellamts gerichteten Beschwerden der DK und dreier Spitzenverbände zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde auf Zulassung der Rechtsbeschwerde blieb vor dem Kartellsenat ohne Erfolg. Als nicht klärungsbedürftig sieht der Kartellsenat die Frage an, ob sich die Kartellbehörde auch bei einem im Zeitpunkt ihrer Entscheidung noch andauernden Kartellrechtsverstoß auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit beschränken kann. Diese Befugnis ergebe sich ohne weiteres aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁸² Bei der DK handele es sich auch um einer gemäß § 77 GWB am Verfahren vor der Kartellbehörde beteiligungsfähige, nicht rechtsfähige Personenvereinigung. Dieser Begriff umfasse den Begriff der Unternehmensvereinigung i.S.v. § 1 GWB und Art. 101 AEUV. Es komme daher nicht darauf an, dass es sich bei der DK lediglich um eine formlose Zusammenarbeit von Spitzenverbänden der Wirtschaft ohne eigene Infrastruktur handele⁸³. Auch die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde blieb ohne Erfolg. Das Beschwerdegericht habe nicht gehörswidrig den Vortrag der Betroffenen zur Sicherheit im Online-Banking und zur Reduzierung von „Phishing“-Risiken übergangen⁸⁴.

c) „Einspeiseentgelt II“ und „Einspeiseentgelt III“

In den Urteilen „Einspeiseentgelt II“⁸⁵ und „Einspeiseentgelt III“⁸⁶ setzt der Kartellsenat seine Entscheidung „Einspeiseentgelt“ vom 16. Juni 2015⁸⁷ zu den abgestimmten Kündigungserklärungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Kündigung der Einspeiseverträge mit den Kabelnetzbetreibern zum 31. Dezember 2012 fort. Das Verfahren „Einspeiseentgelt II“ betrifft die Kündigungserklärung der ARTE und ihrer Gesellschafter sowie des Betreibers des Fernsehsenders gegenüber der Betreiberin der Breitbandkabelnetze in Baden-Württemberg. Der Kartellsenat nimmt auch

⁸¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. Januar 2019 – VI-Kart 7/16 (V) – juris.

⁸² Beschluss vom 04. April 2020, a.a.O., juris, Rn. 10.

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 19 f.

⁸⁵ Urteil vom 18. Februar 2020 – [KZR 6/17](#) – juris.

⁸⁶ Urteil vom 18. Februar 2020 – [KZR 7/17](#) – juris.

⁸⁷ Urteil vom 16. Juni 2015 – [KZR 83/13](#) – juris.

hier an, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Kündigungserklärung der ARTE aus Juni 2012 auf einem abgestimmten Verhalten i.S.v. § 1 GWB beruht habe. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hätten die Rundfunkanstalten, die Gesellschafter der ARTE sind, bei einer Besprechung am 22. März 2011 Einvernehmen darüber erzielt, dass an dem in der Präambel des Einspeisevertrags angekündigten Paradigmenwechsel festgehalten und künftig keinem Kabelnetzbetreiber mehr Entgelt für die Einspeisung von Programmen gezahlt werden solle⁸⁸. Der Kartellsenat weist auch den Einwand der Revision zurück, ein Verstoß gegen § 1 GWB scheide aus, weil der Einspeisevertrag eine einheitliche Kündigung durch ARTE und die weiteren am Vertrag beteiligten Programmveranstalter erfordert habe. Da die Kündigung des Einspeisevertrags durch ARTE auf eine verbotene Verhaltensabstimmung mit den weiteren Beklagten beruht habe und deren weiterer Umsetzung diene, sei die Kündigung unabhängig davon gemäß § 134 GWB nichtig, ob den Beklagten als einheitlicher Vertragspartei nach dem Vertrag nur ein einheitliches Kündigungsrecht zugestanden habe.

In der Entscheidung „Einspeiseentgelt III“ stellt der Kartellsenat ergänzend klar, eine unzulässige Verhaltensabstimmung i.S.v. § 1 GWB habe ungeachtet der Tatsache bestanden, dass sich die Gesellschafter von ARTE hinsichtlich des Verhaltens dieses Programmveranstalters hätten abstimmen dürfen und müssen, soweit sie über dieses zu entscheiden hatten. Dass sich die Mitglieder der ARD und das ZDF hinsichtlich des Verhaltens von ARTE abstimmen durften und ggf. mussten, ändere nichts daran, dass sich die Rundfunkanstalten weder untereinander noch mit ARTE auf ein gemeinsames Verhalten verständigen durften. Ebenso unerheblich sei, ob die für ARTE getroffene Kündigungsentscheidung maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidung der anderen Rundfunkanstalten gehabt habe.⁸⁹

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 22 f.

⁸⁹ Urteil vom 18. Februar 2020 – [KZR 7/17](#) – juris, Rn. 29.

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

a) „NetCologne II“ (§ 19 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 GWB; § 20 Abs. 1 GWB 2007)

Auch das Urteil „NetCologne II“ vom 03. Dezember 2019⁹⁰ betrifft das einvernehmliche Handeln der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Juni 2012 zur Kündigung der Einspeiseverträge gegenüber den Kabelnetzbetreibern Kabel Deutschland und den Vorgängergesellschaften der Unitymedia. Die Klägerin (NetCologne) macht in diesem Verfahren gegenüber der Veranstalterin des ZDF geltend, diese sei verpflichtet, ihr ebenso wie den Regionalgesellschaften ein Einspeiseentgelt zu zahlen; für den Zeitraum 2008 bis 2012 begehrt NetCologne die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung einer näher bestimmten Summe entgangener Einspeiseentgelte. Im Urteil vom 12. April 2016 „NetCologne“⁹¹ hatte der Kartellsenat das Berufungsurteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf aufgehoben. Auch das im wiedereröffneten Berufungsverfahren ergangene zweite Berufungsurteil hatte nunmehr keinen Bestand. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte die Klage auch im erneuten Berufungsverfahren vollständig abgewiesen. Es hat gemeint, soweit es um die Vergütung zukünftiger Signaltransporte gehe, sei der Vorwurf einer Diskriminierung zulasten der Klägerin schon deshalb unbegründet, weil die Beklagte gegenwärtig keinem Kabelnetzbetreiber ein Einspeiseentgelt zahle; ein Zahlungsanspruch stehe der Klägerin auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Ausbeutungsmissbrauchs zu; auch könne die Klägerin keine Vergütung für zurückliegende Zeiträume fordern, da eine etwaige Diskriminierung nicht zu einer spürbaren Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit der Klägerin gegenüber den Regionalgesellschaften geführt habe.

Diese Würdigung beanstandet der Kartellsenat unter mehreren Gesichtspunkten. Zum ersten Klageantrag führt der Senat unter Fortführung seiner

⁹⁰ Urteil vom 03. Dezember 2019 – [KZR 29/17](#) – juris.

⁹¹ Urteil vom 12. April 2016 – [KZR 30/14](#) – juris.

Entscheidung „NetCologne“ aus, die Beklagte habe es als marktbeherrschendes Unternehmen grundsätzlich zu vergüten, wenn die Klägerin eine für sie wirtschaftlich werthaltige Leistung erbringe. Für die Frage, ob und ggf. in welcher Höhe die Klägerin von der Beklagten für die Einspeisung und Übertragung des Programmsignals ein Entgelt verlangen könne, komme es maßgeblich darauf an, in welchem Verhältnis die Werte der beiderseitigen Leistungen nach der Beurteilung des Marktes und eines Vergleichsmarktes stehen.⁹² Dabei könne der Wert der Leistung der Klägerin für die Beklagte nicht anhand der Beiträge bemessen werden, mit denen der öffentlich-rechtliche Rundfunk zu Durchführung seines Grundversorgungsauftrags finanziert werde. Ebenso wenig komme eine Entgeltbemessung danach in Betracht, insoweit die von der Klägerin gezahlte urheberrechtliche Vergütung an eine Verwertungsgesellschaft für die Kabelweiterleitung nach § 20b UrhG bei der Bewertung der beiderseitigen Leistungen betreffend die Einspeisung von Rundfunksignalen zu berücksichtigen.⁹³ Bei der Frage, in welchem Verhältnis die Werte der beiderseitigen Leistungen nach der Beurteilung des Marktes oder eines Vergleichsmarktes stehen, habe das Berufungsgericht zu Unrecht keine Vergleichsmarktbetrachtung vorgenommen. Zwar sei es den Gerichten nicht verwehrt, bei der Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 GWB neben der Betrachtung eines geeigneten Vergleichsmarktes auch andere, hierzu ebenfalls geeignete Umstände heranzuziehen. Als zulässige weitere Kontrollmethode komme etwa eine Überprüfung der Preisbildungsfaktoren unter Rückgriff auf einschlägige und ggf. weiter zu entwickelnde ökonomische Verfahren und Modelle in Betracht. Die vom Berufungsgericht dagegen ausschließlich vorgenommene Betrachtung des wirtschaftlichen Werts der gegenseitigen Leistungen stelle jedoch gerade keine Betrachtung der Preisbildungsfaktoren dar.⁹⁴

⁹² a.a.O., juris, Rn. 23.

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 24 f.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 28.

Zu der vom Berufungsgericht verneinten Diskriminierung beanstandet der Bundesgerichtshof, das Berufungsgericht habe insoweit die erforderliche umfassende Interessenabwägung nicht vorgenommen. § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB 2007 enthalte keine allgemeine Meistbegünstigungsklausel, die das marktbeherrschende Unternehmen generell zwingt, allen die gleichen – günstigsten – Bedingungen einzuräumen; für die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung seien Art und Ausmaß der unterschiedlichen Behandlung entscheidend, wobei zu prüfen sei, ob die relative Schlechterstellung der betroffenen Unternehmen als wettbewerbskonformer, durch das jeweilige Angebot im Einzelfall bestimmter Interessenausgleich erscheine⁹⁵. Diese Abwägung der beiderseitigen Interessen mit Blick auf die Klägerin im Vergleich zu anderen Regionalgesellschaften habe das Berufungsgericht dagegen versäumt. Nicht frei von Rechtsfehlern seien zudem die Feststellungen des Berufungsgerichts, wonach sich die Ungleichbehandlung nicht erkennbar nachteilig auf die Wettbewerbsposition der Klägerin ausgewirkt hatte. Das Berufungsgericht habe insoweit zu Unrecht nur darauf abgestellt, wie sich die Umsätze der Klägerin entwickelt hätten, und dabei nicht berücksichtigt, ob die Klägerin mit diesen Umsätzen auch Gewinne erzielen konnte⁹⁶. Nachdem das Berufungsgericht die Leitlinien des Senats in der Entscheidung „NetCologne“ in mehrfacher Hinsicht missverstanden hat, gibt der Kartellsenat dem Berufungsgericht für das dritte dortige Berufungsverfahren auf, in erster Linie zu prüfen, das Verhältnis der beiderseitigen Leistungen auf der Grundlage einer Vergleichsmarktbetrachtung zu ermitteln; es sei insoweit in Betracht zu ziehen, die Einspeiseentgelte heranzuziehen, die private Rundfunkveranstalter und Kabelnetzbetreiber wie die Klägerin zahlen⁹⁷.

⁹⁵ a.a.O., juris, Rn. 36 f.

⁹⁶ a.a.O., juris, Rn. 42 f.

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 47 f.

b) „Stromnetz Steinbach“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB; § 46 Abs. 2 EnWG 2012)

In der Entscheidung „Stromnetz Steinbach“⁹⁸ setzt der Kartellsenat seine Rechtsprechung in der Entscheidung „Stromnetz Berkenthin“⁹⁹ zu der Relevanz von Verfahrensfehlern für die Wirksamkeit eines bereits abgeschlossenen Konzessionsvertrags fort. Die Gemeinde hatte sich in dieser Sache nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bei der Angebotsbewertung in unzulässiger Weise nicht an die von ihr selbst festgelegten und sie damit für das Konzessionsvergabeverfahren bindenden, eine qualitative Bewertung erfordernden Kriterien gehalten und auf dieser Grundlage den Konzessionsvertrag mit der die Herausgabe und Übereignung sämtlicher Stromverteilungsanlagen beanspruchenden Klägerin abgeschlossen. In der Sache „Stromnetz Berkenthin“¹⁰⁰ hatte der Kartellsenat ausgeführt, dass eine kartellrechtswidrige Behinderung durch die Konzessionsvergabe und damit eine Nichtigkeit des Konzessionsvertrags ausscheidet, wenn sich ein Fehler im Auswahlverfahren nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben kann, weil derselbe Bewerber die Konzession auf jeden Fall auch ohne den Verfahrensfehler erhalten hätte. Der Senat führt nun aus, dass der bisherige Nutzungsberechtigte im Klageverfahren auf Herausgabe und Übereignung des Energieversorgungsnetzes die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass eine Ergebnisauswirkung eines bei der Neuvergabe der Konzession unterlaufenden Verfahrensfehlers zumindest möglich ist.¹⁰¹ Fehlt es schon an einer sachlich ausreichenden und transparenten Bekanntgabe wesentlicher bei der Bewertung zu berücksichtigender Kriterien, wird regelmäßig nicht ausgeschlossen werden, dass die Konzessionsvergabe hierauf beruht. Sind die Angebote jedoch, wie im Streitfall, fehlerhaft bewertet worden, kommt es nicht auf mögliche andere Angebote, sondern nur darauf an, inwieweit sich festgestellte Bewertungsfehler auf das Ergebnis der Angebotsbewertung und die sich daraus ergebende Rangfolge der Bieter ausgewirkt

⁹⁸ Urteil vom 28. Januar 2020 – [EnZR 116/18](#) – juris.

⁹⁹ Urteil vom 17. Dezember 2013 – [KZR 66/12](#) – juris.

¹⁰⁰ a.a.O., juris, Rn. 99.

¹⁰¹ [EnZR 116/18](#), a.a.O., juris, Rn. 22.

haben.¹⁰² Mit einer weiteren Rüge zur fehlerhaften Bewertung der Versorgungssicherheit hat der Kartellsenat den beklagten Altkonzessionär als ausgeschlossen erachtet. Der Senat stellt klar, dass die in der Rechtssache „Stromnetz Berkenthin“¹⁰³ entwickelten Grundsätze zur Präklusion bei ausreichender Gelegenheit, eine Rüge geltend zu machen, gegenüber dem Altkonzessionär und den weiteren „einfachen“ unterlegenen Bietern in gleicher Weise gelten. Es bestehe kein Anlass, den Altkonzessionär nach Unterrichtung über die beabsichtigte Auswahlentscheidung beim Rechtsschutz gegenüber sonstigen Bietern zu privilegieren.¹⁰⁴

c) „Gasnetz Leipzig“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB; § 46 Abs. 2 EnWG 2012)

Die in der vorgenannten Rechtssache „Stromnetz Steinbach“ entwickelten Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast wegen einer möglichen Nichtigkeit des Konzessionsvertrags entwickelt der Kartellsenat in seiner Entscheidung „Gasnetz Leipzig“¹⁰⁵ fort. Auf die Berufung des Altkonzessionärs hatte in diesem Fall das Berufungsgericht über dessen Zwischen-Feststellungswiderklage festgestellt, dass der zwischen der Gemeinde und ihrer Eigengesellschaft abgeschlossene Gaskonzessionsvertrag nichtig sei. Dieses Berufungsurteil hat der Kartellsenat schon aus prozessualen Gründen aufgehoben, da die Voraussetzungen für eine Zwischen-Feststellungsklage nicht vorgelegen hätten.¹⁰⁶ In den Hinweisen für das wiedereröffnete Berufungsverfahren führt der Senat zu den eigentlichen Streitpunkten des Verfahrens aus.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatten verschiedene Aufsichtsratsmitglieder der städtischen Eigengesellschaft an dem Ratsbeschluss über den neuen Gaskonzessionsvertrag mit der Eigengesellschaft abgestimmt. Hierzu stellt der Kartellsenat dar, aus den Grundsätzen zum kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot ergebe sich ein Mitwirkungsverbot

¹⁰² a.a.O., juris, Rn. 23 f.

¹⁰³ [KZR 66/12](#), juris, Rn. 108.

¹⁰⁴ [EnZR 116/18](#), juris, Rn. 28 f.

¹⁰⁵ Urteil vom 28. Januar 2020 – [EnZR 99/18](#) – juris.

¹⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 19.

für solche Personen, die bei einem Bewerber gegen Entgelt beschäftigt oder bei ihm als Mitglied eines Organs tätig sind; die nähere Ausgestaltung dieses Mitwirkungsverbots sei mangels bundesrechtlicher Ausgestaltung in Anlehnung an die Bestimmung des § 16 VgV a.F. zu entwickeln.¹⁰⁷ Das Berufungsgericht habe allerdings zu Unrecht angenommen, dass jeder Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot im Verfahren über die Vergabe des Wegenutzungsrechts ohne weiteres zur Nichtigkeit des abgeschlossenen Wegenutzungsvertrags führe; vielmehr sei nach der Rechtsprechung des Kartellsenats zu prüfen, ob die Verletzung von Regeln im Auswahlverfahren Bewerber um die Konzession unbillig behindert. Hierfür habe der unterlegene Bewerber darzulegen, dass nach den gesamten Umständen des Falles zumindest möglich ist, dass die Konzessionsvergabe auf einer fehlerhaften Ausschreibung oder einer fehlerhaften Angebotsbewertung beruht.¹⁰⁸ Für diese Kausalitätsfrage entwickelt der Senat folgende Differenzierung: Hat die Gemeinde die Anforderungen an eine Trennung von Vergabestelle und der als Bieter auftretenden Eigengesellschaft eingehalten, folgt allein aus der Teilnahme eines vom Mitwirkungsverbot betroffenen Gemeinderats an den abschließenden Beschluss des Gemeinderats keine unbillige Behinderung eines unterlegenen Bewerbers, wenn die Entscheidung über die Vergabe des Wegenutzungsrechts selbst einen Beschluss des Gemeinderats erfordert. Anders sehe es dagegen aus, wenn ein vom Mitwirkungsverbot betroffener Gemeinderat in dem der abschließenden Beschlussfassung vorgelagerten Verfahren, insbesondere bei der Bestimmung und Ausgestaltung der Vergabekriterien, tätig geworden ist. In diesem Fall habe zwar weiterhin der Bewerber, der eine unbillige Benachteiligung geltend macht, die Beteiligung eines von dem Mitwirkungsverbot betroffenen Gemeinderats darzulegen. Dass tatsächlich kein Interessenkonflikt bestand oder sich die konkrete Tätigkeit nicht auf die Entscheidung auswirkt hat, habe hingegen angesichts der vielfältigen Möglichkeiten zu einer Einflussnahme im laufenden Verfahren die Gemeinde darzulegen und zu beweisen.¹⁰⁹

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 34.

¹⁰⁸ a.a.O., juris, Rn. 37 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 – [EnZR 116/18](#) – Stromnetz Steinbach – juris, Rn. 22 f.

¹⁰⁹ a.a.O., juris, Rn. 45.

d) „Strom- und Gasnetz Stuttgart“ (§ 46 Abs. 2 EnWG 2012)

In der Entscheidung „Strom- und Gasnetz Stuttgart“¹¹⁰ stellt der Kartellsenat klar, dass sich der Übereignungsanspruch auf § 46 Abs. 2 EnWG auch auf Anlagen der Hochdruck- und Hochspannungsebene erstrecken kann.¹¹¹ Unter Verweis auf seine Entscheidung „Stromnetz Homberg“¹¹² führt der Kartellsenat aus, die Abgrenzung zwischen dem örtlichen Verteilernetz und Durchgangsleitungen sei nicht pauschal nach Spannungsebenen, sondern nach der Funktion der konkreten Anlage zu treffen. Notwendig seien insofern alle Anlagen, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der neue Konzessionsnehmer seine Versorgungsaufgabe nicht mehr wie der frühere Netzbetreiber erfüllen könne. Diese Grundsätze sind in gleicher Weise auf Leitungsanlagen der Hochspannungs- und Hochdruckebene anzuwenden.¹¹³

e) „FRAND-Einwand“ (Art. 102 AEUV; § 19 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 GWB)

In seiner Entscheidung „FRAND-Einwand“ vom 05. Mai 2020¹¹⁴ setzt der Kartellsenat seine Rechtsprechung in der Grundsatzentscheidung „Orange-Book-Standard“¹¹⁵ unter Beachtung der hierzu zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des EuGH insbesondere in der Rechtssache „Huawei/ZTE“¹¹⁶ fort. Die Klägerin hatte die Beklagten u.a. auf Unterlassung, Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch genommen wegen Verletzung des deutschen Teils eines europäischen Patents; für dieses Patent betreffend ein Verfahren der GPRS-Mobilfunktechnologie hatte sich die Klägerin im Jahr 2013 gegenüber der Standardisierungsorganisation ETSI verpflichtet, das Klagepatent zu fairen, angemessenen und nicht-diskriminierenden (FRAND-) Bedingungen zu lizenzieren.

¹¹⁰ Urteil vom 07. April 2020 – [EnZR 75/18](#) – juris.

¹¹¹ a.a.O., juris, Rn. 23.

¹¹² Beschluss vom 03. Juni 2014 – [EnVR 10/13](#) – juris.

¹¹³ Urteil vom 07. April 2020 – [EnZR 75/18](#) – juris, Rn. 25.

¹¹⁴ Urteil vom 05. Mai 2020 – [KZR 36/17](#) – juris.

¹¹⁵ Urteil vom 06. Mai 2009 – [KZR 39/06](#) – juris.

¹¹⁶ EuGH, Urteil vom 16. Juli 2015 – C-170/13 – juris.

Der Kartellsenat knüpft zunächst an seine Rechtsprechung in der Sache „Standard-Spundfass“ an, wonach ein eigenständiger Lizenzmarkt zu bilden ist, wenn durch eine Industrienorm oder durch ein anderes, wie eine Norm beachtetes Regelwerk eine standardisierte, durch Schutzrechte gestützte Gestaltung eines Produkts vorgegeben wird.¹¹⁷ Aufgrund des als Standard anerkannten Klagepatents bestehe eine Monopolstellung der Klägerin auf dem Lizenzvergabemarkt; außergewöhnliche Gründe, welche die Marktbeherrschung des Inhabers eines standardessenziellen Patents ausschließen könnten, habe das Berufungsgericht zu Recht verneint.¹¹⁸ Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts habe die Klägerin ihre marktbeherrschende Stellung gegenüber den Beklagten nicht missbraucht. Die klageweise Geltendmachung von Ansprüchen auf Unterlassung, Vernichtung und Rückruf von Produkten kann sich als missbräuchlich darstellen, wenn der Verletzer sich zwar noch nicht zum Abschluss eines Lizenzvertrags zu bestimmten angemessenen Bedingungen bereitgefunden hat, dem Patentinhaber aber anzulasten ist, dass er sich seinerseits nicht hinreichend bemüht hat, der mit der marktbeherrschenden Stellung verbundenen besonderen Verantwortung gerecht zu werden und einem grundsätzlich lizenzwilligen Verletzer den Abschluss eines Lizenzvertrags zu angemessenen Bedingungen möglich zu machen.¹¹⁹ Unter Verweis auf die vom EuGH in der Rechtssache „Huawei/ZTE“ entwickelten gestuften gegenseitigen Verpflichtungen von Patentinhaber und Patentverletzer führt der Kartellsenat aus, der Patentinhaber habe den Verletzer zunächst auf die Verletzung seines Klagepatents hinzuweisen und dabei zu erläutern, aus welchen Gründen sich die angebotenen Lizenzbedingungen als fair, angemessen und nicht diskriminierend erweisen.¹²⁰ Wie auch in anderen Fällen eines möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sei der marktbeherrschende Patentinhaber aber nicht grundsätzlich verpflichtet,

¹¹⁷ Urteil vom 05. Mai 2020 – juris, Rn. 57 unter Verweis auf Urteil vom 13. Juli 2004 – [KZR 40/02](#) – juris, Rn. 35.

¹¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 61.

¹¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 72.

¹²⁰ a.a.O., juris Rn. 73 f. unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 16. Juli 2015 – a.a.O. – juris, Rn. 60 f.

Lizenzen nach Art eines „Einheitstarifs“ zu vergeben, der allen Nutzern gleiche Bedingungen einräumt.¹²¹ Der Klägerin sei nach diesem Maßstab kein diskriminierendes Verhalten vorzuwerfen, weil sie gegenüber den Beklagten an ihren üblichen Bedingungen festhalte, obwohl sie gegenüber einem anderen Nutzungspetenten im Hinblick auf drohende persönliche oder anderweitige wirtschaftliche Nachteile ein an sich unzulängliches Angebot akzeptiert habe.¹²² Die Verpflichtung des marktbeherrschenden Patentinhabers, den Verletzer auf den Verletzungstatbestand und die Möglichkeit einer Lizenznahme hinzuweisen und dem lizenzwilligen Verletzer ein Lizenzangebot zu machen, sei kein Selbstzweck, sondern solle diesem erleichtern, für seine Benutzungshandlungen angemessene Bedingungen mit dem Patentinhaber auszuhandeln. Der Verletzer müsse sich seinerseits klar und eindeutig bereit erklären, mit dem Patentinhaber einen Lizenzvertrag zu angemessenen und nicht-diskriminierenden Bedingungen abzuschließen, und müsse auch in der Folge zielgerichtet an den Lizenzvertragsverhandlungen mitwirken. Diese Bereitschaft zum Abschluss eines Lizenzvertrags zu FRAND-Bedingungen habe das Berufungsgericht für die Beklagten zu Unrecht angenommen.¹²³

Daher sei auch nicht die Annahme zutreffend, der von den Beklagten wegen einer unberechtigten Lizenznutzung zu leistende Schadensersatz sei der Höhe nach auf dasjenige beschränkt, was sich nach dem Maßstab einer Lizenzanalogie ergebe. Der Verletzer könne dem Schadensersatzanspruch des Patentinhabers nur einen eigenen Schadensersatzanspruch entgegenhalten, der auf die Erfüllung seines Anspruchs auf Abschluss eines Lizenzvertrags zu FRAND-Bedingungen gestützt ist und kraft dessen er verlangen kann, so gestellt zu werden, wie er stünde, hätte der Patentinhaber diesen Anspruch unverzüglich erfolgt. Dieser Gegenanspruch des Patentverletzers könne daher nur bestehen, wenn der Patentinhaber trotz der Lizenzbereit-

¹²¹ a.a.O., juris, Rn. 81 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 19. April 2018 – C-525/16 – MEO – juris, Rn. 24.

¹²² a.a.O., juris, Rn. 102.

¹²³ a.a.O., juris, Rn. 83 und Rn. 91 f.

schaft des Patentverletzers kein Angebot zu FRAND-Bedingungen abgebe.¹²⁴ Hieran habe es vorliegend gefehlt.

f) „Eventim“ (§ 1 GWB; Artt. 102 und 101 AEUV)

Die Entscheidung „Eventim“ des Kartellsenats vom 03. Juni 2020¹²⁵ betrifft die Rechtsbeschwerde gegen die Beschwerdeentscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf¹²⁶ zur Untersagungs- und Verpflichtungsentscheidung des Bundeskartellamts vom 04. Dezember 2017. Dieses hatte den Betreiber der Datenbank Eventim verpflichtet, die Durchführung von Vereinbarungen mit Veranstaltern abzustellen, die eine Laufzeit von mindestens zwei Jahren haben; der Veranstalter wurde verpflichtet, Vereinbarungen mit einer Laufzeit von mehr als zwei Jahren nur abzuschließen, wenn die Veranstalter mindestens 20 % ihres für Ticketsysteme verfügbaren jährlichen Ticketvolumens selbst oder in anderer Weise außerhalb des Ticket-systems Eventim absetzen können. Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss des Kartellamts bestätigende Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf blieb ohne Erfolg. Eine Abweichung der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom Urteil des EuGH in der Rechtssache „Intel“¹²⁷ verneint der Bundesgerichtshof. Soweit der EuGH in dieser Entscheidung Prüfpflichten der Kommission und die dabei mögliche Bedeutung des „As-Efficient Competitor-Test“ (AEC-Test) erörterte, bezögen sich diese Überlegungen ausschließlich auf Rabatte und nicht – wie hier in Streit stehend – auf vertragliche Ausschließlichkeitsbindungen.¹²⁸

Es sei auch nicht klärungsbedürftig, dass – wie das Beschwerdegericht angenommen hat – der AEC-Test ungeeignet ist, um eine Verdrängungswirkung von Ausschließlichkeitsbindungen marktbeherrschender Unternehmen zu widerlegen. Dabei komme es nicht darauf an, ob die den Abneh-

¹²⁴ a.a.O., juris, Rn. 111.

¹²⁵ Beschluss vom 03. Juni 2020 – [KVZ 44/19](#) – juris.

¹²⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03. April 2019 – VI-Kart 2/18 (V) –.

¹²⁷ EuGH, Urteil vom 06. September 2017 – C-413/14 P –.

¹²⁸ Beschluss vom 03. Juni 2020 – a.a.O. – juris, Rn.6 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 06. September 2017 – a.a.O. – juris, Rn. 139 f.

mern berechneten Preise rabattiert sind oder nicht. Die Abschottungswirkung von Exklusivitätsklauseln entstehe unabhängig von der Höhe der vom marktbeherrschenden Unternehmen berechneten Preise und der darauf ggf. gewährten Rabatte. Die durch einen AEC-Test zu beantwortende Frage, ob ein gleich leistungsfähiger Wettbewerber bei Gewährung entsprechend rabattierter Preise vom Markt verdrängt oder jedenfalls seine Expansion verhindert würde, könne sich damit bei einer solchen Ausschließlichkeitsbindung von vornherein nicht stellen.¹²⁹

Gründe für die Zulassung der Rechtsbeschwerde bestünden auch nicht für die auf Art. 101 Abs. 1 AEUV gestützte Hilfsbegründung des Beschwerdegerichts. Die Beschwerdeentscheidung stehe insoweit im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats in der Entscheidung „Gaslieferverträge“.¹³⁰ Die marktabschottende Wirkung von Alleinbezugsbindungen könne sich schon ergeben, wenn sie nur von einem marktbeherrschenden Unternehmen mit seinen Abnehmern vereinbart werden. Die gebotene Gesamtschau aller im Einzelfall relevanten Umstände setze nicht zwingend eine Prüfung aller auf dem relevanten Markt bestehenden gleichartigen Vereinbarungen voraus.¹³¹

3. Zusammenschlusskontrolle
(entfällt)

4. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung
(entfällt)

5. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales
(entfällt)

¹²⁹ a.a.O., juris, Rn. 8.

¹³⁰ a.a.O., juris, Rn. 13 unter Verweis auf Beschluss vom 10. Februar 2009 – [KVR 67/07](#) – juris, Rn. 35.

¹³¹ a.a.O., juris, Rn. 13.

6. Sonstiges
(entfällt)

Karlsruhe, den 10. September 2020

Dr. Peter Rädler