

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 2. Halbjahr 2020

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

Dieser Beitrag fasst die im zweiten 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. Januar 2021 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: „GRAZIA Style Nights“ (§ 3 Abs. 3 UWG, Anh. Nr. 11 UWG)

In seinem Beschluss „GRAZIA Style Nights“ vom 25. Juni 2020³ legt der Bundesgerichtshof dem EuGH Fragen zur Auslegung der Verkaufsförderung i.S.v. Nr. 11 Satz 1 des Anhangs I der UGP-Richtlinie vor. Zu den stets unzulässigen geschäftlichen Handlungen gemäß § 3 Abs. 3 UWG zählt nach Nr. 11 des Anhangs der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt. Im Streitfall hatte die Modezeitschrift „GRAZIA“ eine bundesweite Werbemaßnahme der Beklagten veröffentlicht, in der die Leserinnen zur „GRAZIA Style Night by Peek & Cloppenburg“ eingeladen wurden. Der Bundesgerichtshof legt dem EuGH hierzu die Frage vor, ob die „Bezahlung“ einer Verkaufsförderung i.S.v.

³ Beschluss vom 25. Juni 2020 – [I ZR 74/19](#) – juris.

Nr. 11 des Anhangs I der UGP-Richtlinie nur dann gegeben ist, wenn für den Einsatz redaktioneller Inhalte in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung eine Gegenleistung in Geld erbracht wird.⁴

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

a) „Verfügbare Telefonnummer“ (§ 312d BGB; Art. 246a EGBGB)

In seinem Urteil „Verfügbare Telefonnummer“ vom 24. September 2020⁵ entscheidet der I. Zivilsenat nach Klärung durch den EuGH im Urteil vom 14. Mai 2020⁶ über die Frage, ob in der Widerrufsinformation bei Fernabsatzgeschäften eine beim Unternehmer verfügbare, von diesem aber nicht für Fernabsatzgeschäfte genutzte Telefonnummer angegeben werden muss. Der EuGH hatte auf Vorlage Senats Art. 6 Buchst. c) der Richtlinie 2011/83/EU dahin ausgelegt, dass die nach dieser Bestimmung „gegebenenfalls“ anzugebende Telefonnummer eines Unternehmens in einer Situation, in der die Telefonnummer auf seiner Webseite zu finden ist, als verfügbar anzusehen ist; in einem solchen Fall sei Art. 6 Abs. 1 Buchst. c) und Buchst. h) und Abs. 4 der Richtlinie in Verbindung mit deren Anhang I. Teil A dahin anzugeben, dass der Unternehmer die betreffende Telefonnummer bei der Widerrufsinformation für den Fernabsatzvertrag angeben müsse. Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung des EuGH legt der I. Zivilsenat die Formulierung in der Muster-Widerrufsbelehrung zu Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB i.V.m. §§ 312g Abs. 1, 355 Abs. 1 BGB dahin aus, dass die Formulierung „Fügen Sie Ihren Namen ... und, soweit verfügbar, Ihre Telefonnummer ein“ dahin zu verstehen ist, dass eine im Impressum des Unternehmers genannte Telefonnummer vom Unternehmer auch dann anzugeben ist, wenn dieser keine Verträge am Telefon abschließt. Denn durch die Nennung der Telefonnummer im Impressum und auf der Startseite des Internetauftritts werde einem Durchschnittsverbraucher suggeriert, dass die im Wege der Widerklage ver-

⁴ a.a.O., juris, Rn. 26.

⁵ Urteil vom 24. September 2020 – [I ZR 169/17](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁶ Urteil vom 14. Mai 2020 – C-266/19 – EIS – juris.

klagte Klägerin des Rechtsstreits diese Telefonnummer für ihre Kontakte mit Verbrauchern nutze.⁷ Das Berufungsgericht habe jedenfalls im Ergebnis richtig auch die Spürbarkeit des von der Klägerin begangenen Verstoßes bejaht. Für das Erfordernis der Spürbarkeit i.S.v. § 3 Abs. 1 UWG könne nichts anderes gelten als für den Unlauterkeitstatbestand in § 5a Abs. 2 UWG⁸. Die Klägerin sei nicht ihrer sekundären Darlegungslast nachgekommen, dass der Verbraucher eine ihm vorenthaltene wesentliche Information für eine Kaufentscheidung nicht benötige und dass das Vorenthalten dieser Information den Verbraucher nicht zu einer anderen Kaufentscheidung veranlassen könne.

b) Apothekenautomat (§ 73 Abs. 1 AMG; Art. 34 AEUV)

Mit seinen Beschlüssen vom 30. April 2020⁹ weist der Bundesgerichtshof die Nichtzulassungsbeschwerden zum sog. Apothekenautomat von DocMorris zurück. In Streit stand der Vertrieb von Arzneimitteln aus den Niederlanden mittels eines in einer baden-württembergischen Gemeinde von DocMorris aufgestellten und betriebenen Arzneimittelabgabeautomaten. Die Vorinstanz hatte in dem Automaten einen Verstoß gegen die Beschränkungen bei der Abgabe von Arzneimitteln, insbesondere gegen die Apothekenpflicht in § 43 Abs. 1 Satz 1 AMG und die Modalitäten des Versands nach § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG, die eine Versendung unmittelbar von der Apotheke an den Kunden verlangen, gesehen; darüber hinaus hatte die Vorinstanz unter verschiedenen Gesichtspunkten einen Verstoß gegen die Apothekenbetriebsordnung (stichweise Überprüfung von Fertigarzneimitteln vor deren Abgabe, Prüfung der Verschreibung, Dokumentationspflichten vor oder bei Abgabe des Arzneimittels) festgestellt. Die hiergegen von DocMorris unter dem Gesichtspunkt einer Vorlagepflicht an den EuGH erhobene Nichtzulassungsbeschwerde sah der I. Zi-

⁷ BGH, a.a.O., juris, Rn. 31.

⁸ a.a.O., juris Rn. 34 unter Verweis auf Urteil vom 31. Oktober 2018 – [I ZR 73/17](#) – Jogginghosen, juris, Rn. 30.

⁹ Beschluss vom 30. April 2020 – [I ZR 122/19](#) – juris; gleichlautend Beschlüsse vom 30. April 2020 – [I ZR 123/19](#) und [I ZR 155/19](#) –; der Entscheidungsname „Apothekenautomat“ stammt nicht vom BGH, sondern von der Vorinstanz in einem Parallelverfahren: OLG Karlsruhe, Urteil vom 29. Mai 2019 – 6 U 36/18 – juris.

vilsenat als unbegründet an. Ein – vom Berufungsgericht verneinter – Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) durch die Anforderungen an einen nach § 73 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a AMG zulässigen Versandhandel wäre, so der Senat, jedenfalls nach Art. 36 AEUV zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen gerechtfertigt.¹⁰ Die Beschwerde wende ohne Erfolg ein, das streitgegenständliche Vertriebsmodell ermögliche es, die Warenverkehrsfreiheit weniger zu beschränken als der regelhafte Ausschluss von Nicht-Apothekern.

Der Senat verweist insoweit auf die Entscheidung des EuGH zum Fremdbesitzverbot; danach sei innerhalb des den Mitgliedstaaten eröffneten Wertungsspielraums die Einschätzung zulässig, dass der Betrieb einer Apotheke durch einen Nicht-Apotheker im Unterschied zu einer von einem Apotheker betriebenen Apotheke eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung darstellen könne. Nichts Abweichendes gelte für den Versandhandel, bei dem nach der Intention des nationalen Gesetzgebers das Arzneimittel dem Verbraucher – ebenso wie bei der persönlichen Aushändigung – von einer staatlich zugelassenen und überwachten Apotheke nach den entsprechenden Rechtsvorschriften zugänglich gemacht werde.¹¹ Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts genüge das – gemeinsam mit der Beklagten betriebene – Vertriebsmodell einer in den Niederlanden ansässigen Versandapotheke der Arzneisicherheit nicht in gleicher Weise wie die nationalen, unmittelbar dem Gesundheitsschutz dienenden Vorschriften. Das streitgegenständliche Vertriebsmodell mit einem einer Bestellung durch den Kunden vorausgehenden „antizipierten“ Transport von Arzneimitteln zu einem inländischen Lager außerhalb von Apothekenräumen und anschließender Zwischenlagerung dieser Arzneimittel bis zum Zeitpunkt der eigentlichen – aber ungewissen – Kundenanforderungen unterlaufe, wie das Berufungsgericht fehlerfrei festgestellt habe, die angestrebte staatliche Über-

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 2.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 6 mit Verweis auf das Urteil des EuGH zum Fremdbesitzverbot vom 19. Mai 2009 – C- 171/07 u.a. – Apothekerkammer des Saarlandes u.a. – juris.

wachung. Hiergegen mache die Beschwerde auch keinen übergangenen Sachvortrag der Beklagten geltend.¹²

Seite 6 von 37

c) „Sinupret“ (§ 3 Satz 1 HWG)

In der Entscheidung „Sinupret“¹³ beschäftigt sich der I. Zivilsenat mit dem heilmittelrechtlichen Irreführungsverbot nach § 3 Satz 1 HWG. Gemäß § 3 Satz 2 Nr. 1 HWG liegt eine Irreführung u.a. dann vor, wenn Arzneimitteln eine therapeutische Wirksamkeit oder Wirkungen beigelegt werden, die sie nicht haben. In dieser Sache hatte der klagende Wettbewerbsverein dem Hersteller von „Sinupret“ auf Unterlassung der Behauptung in Anspruch genommen, das Arzneimittel wirke entzündungshemmend und antiviral. Die zweitinstanzliche Verurteilung auf Unterlassung hat der Bundesgerichtshof bestätigt.

Das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft festgestellt, die angegriffenen Werbebehauptungen erweckten bei den angesprochenen Fachkreisen bereits ihrem Wortlaut nach den Eindruck, als bestehe ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Wirkstoffgemisch und der behaupteten entzündungshemmenden und antiviralen Wirkung des Arzneimittels. Das Berufungsgericht sei nicht gehalten gewesen, das Verkehrsverständnis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu ermitteln. Die Mitglieder des erkennenden Gerichts seien nicht an der Feststellung der Verkehrsauffassung aus eigener Sachkunde gehindert, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich das Verständnis der angesprochenen speziellen Verkehrskreise (hier: Apotheker und pharmazeutisch-technische Assistenten) von dem des Verkehrskreises unterscheiden könnte, dem die Tatrichter angehören.¹⁴ Das Berufungsgericht habe die beanstandeten Werbeaussagen rechtsfehlerfrei als irreführend gemäß § 3 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 HWG angesehen, weil sie nicht gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entsprächen. Ohne Erfolg mache die Revision geltend, das Beru-

¹² a.a.O., juris, Rn. 7 f.

¹³ Urteil vom 05. November 2020 – [I ZR 204/19](#) – juris.

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 14.

fungsgericht habe die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast verkannt. Der Nachweis, dass eine gesundheitsbezogene Angabe nicht gesicherter wissenschaftlicher Kenntnis entspricht, obliege grundsätzlich dem Kläger als Unterlassungsgläubiger; eine Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast komme allerdings u.a. dann in Betracht, wenn der Kläger darlegt und nachweist, dass der wissenschaftlichen Diskussion die Grundlagen, auf die der Werbende sich stützt, seine Aussage nicht rechtfertigen oder gar jegliche tragfähige wissenschaftliche Grundlage für die Behauptung fehlt.¹⁵ Da nach der Fachinformation für das streitgegenständliche Arzneimittel zur klinischen Relevanz der in Bezug auf eine entzündungshemmende und antivirale Wirkung berichteten Ergebnisse bisher keine human-pharmakologischen Untersuchungen vorlägen, habe das Berufungsgericht es zutreffend für sachgerecht gehalten, der Beklagten die Darlegungs- und Beweislast dafür aufzuerlegen, ob dem Arzneimittel die beworbenen Wirkungsweisen zukämen oder nicht.¹⁶

d) „B-Vitamine II“ (Art. 10 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1924/2006)

Nach einem Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH¹⁷ entscheidet der I. Zivilsenat in seinem Urteil „B-Vitamine II“ vom 25. Juni 2020¹⁸ über den Begriff des „Beifügen“ von zugelassenen gesundheitsbezogenen Angaben i.S.v. Art. 10 Abs. 3 HCVO. Der I. Zivilsenat konkretisiert zunächst seine bisherige Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen speziellen und nicht-spezifischen gesundheitsbezogenen Angaben i.S.v. Art. 10 Abs. 1 und Abs. 3 HCVO. Danach müssen nunmehr für allgemeine gesundheitsbezogene Angaben – anders als für spezielle gesundheitsbezogene Angaben – keine unmittelbaren wissenschaftlichen Nachweise erbracht werden. Vielmehr genügt es, dass für allgemeine gesundheitsbezogene Angaben dadurch mittelbare wissenschaftliche Nachweise erbracht werden, dass

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 18 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 06. Februar 2013 – [I ZR 62/11](#) – Basisinsulin mit Gewichtsvorteil – juris, Rn. 32.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 31.

¹⁷ EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 – C-524/18 – Dr. Willmar Schwabe.

¹⁸ Urteil vom 25. Juni 2020 – [I ZR 162/16](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

ihnen spezielle gesundheitsbezogene Angaben beigefügt werden, die durch wissenschaftliche Nachweise belegt sind.¹⁹ Zum Begriff des „Beifügen“ i.S.v. Art. 10 Abs. 3 HCVO führt der Senat im Anschluss an die Entscheidung des EuGH²⁰ aus, die visuelle Dimension des Erfordernisses des „Beifügen“ beziehe sich auf die sofortige Wahrnehmung eines unmittelbaren visuellen Zusammenhangs zwischen dem Verweis auf die allgemeinen Vorteile für die Gesundheit und der speziellen gesundheitsbezogenen Angaben. Dies erfordere grundsätzlich eine räumliche Nähe oder unmittelbare Nachbarschaft zwischen dem Verweis und der Angabe; jedenfalls sei ein ausdrücklicher Hinweis wie etwa ein Sternchenhinweis erforderlich, falls die speziellen gesundheitsbezogenen Angaben wegen ihrer großen Zahl oder Länge nicht vollständig auf der Verpackung erscheinen können, auf der sich die ausgelobte allgemeine gesundheitsbezogene Angabe befindet.²¹

e) EuGH-Vorlage „Zigarettenausgabeautomat“ (Art. 8 Richtlinie 2014/40/EU)

Mit Beschluss vom 25. Juni 2020 „Zigarettenausgabeautomat“²² legt der I. Zivilsenat dem EuGH Fragen zur Auslegung der Richtlinie 2014/14/EU über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen vor. Nach § 6 Abs. 1 TabakErzG dürfen Tabakerzeugnisse nur in den Verkehr gebracht werden, wenn die Packungen und Außenverpackungen mit den gesundheitsbezogenen Warnhinweisen versehen sind, die die Tabakerzeugnisverordnung für das jeweilige Erzeugnis vorschreibt. Hierzu bestimmt § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TabakErzV, dass gesundheitsbezogene Warnhinweise auf Packungen und Außenverpackungen zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens nicht teilweise oder vollständig verdeckt oder getrennt werden dürfen. Diese Vorschrift setzt Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40/EG um. Zur Auslegung dieser Bestimmung legt der Bundesgerichtshof dem EuGH die Frage vor, ob ein Inverkehrbringen be-

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 24 unter Verweis auf EuGH, a.a.O., juris, Rn. 58.

²⁰ EuGH, a.a.O., juris, Rn. 47.

²¹ BGH, a.a.O., juris, Rn. 27.

²² Beschluss vom 25. Juni 2020 – [I ZR 176/19](#) – juris.

reits dann erfolgt, wenn die Zigarettenpackungen zunächst für den Verbraucher nicht sichtbar im Automaten vorrätig gehalten werden und die darauf befindlichen Warnhinweise erst dann sichtbar werden, sobald der zuvor vom Kassenspersonal freigegebene Automat vom Kunden bestätigt und die Zigarettenpackung dadurch noch vor dem Bezahlvorgang auf das Kassenband ausgegeben wird.²³ Wird ein Inverkehrbringen angenommen, stelle sich die weitere Frage, ob das Verbot, die Warnhinweise „durch sonstige Gegenstände zu verdecken“, auch den Fall umfasst, dass im Rahmen der Warenpräsentation durch einen Automaten die ganze Tabakverpackung verdeckt wird.²⁴ Der von der Klägerseite geltend gemachte Verstoß gegen das Verbot der Irreführung durch Unterlassen durch Vorhalten wesentlicher Informationen i.S.v. § 5a Abs. 2 UWG wäre aus Sicht des Senats abzulehnen, wenn der streitige Zigarettenausgabeautomat in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/40/EG fällt, aber nach den Regelungen dieser Richtlinie zulässig ist.²⁵ Der hilfsweise geltend gemachte wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs könnte bei einem Verstoß gegen § 11 Abs. 2 TabkErzV vorliegen. Danach müssen Abbildungen von Packungen und Außenverpackungen den Anforderungen des Unterabschnitts 3 dieser Verordnung genügen. Hierzu wirft der Bundesgerichtshof die Frage auf, ob das Tatbestandsmerkmal „Bilder von Verpackungen“ i.S.v. Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie auch dann erfüllt ist, wenn es sich bei einer Abbildung zwar nicht um ein naturgetreues Abbild der Originalverpackung handelt, der Verbraucher das Bild aber aufgrund seiner Gestaltung assoziiert.²⁶

f) EuGH-Vorlage „Knuspermüsli“ (Art. 31 f. LMIV)

Mit Beschluss vom 23. Juni 2020²⁷ legt der I. Zivilsenat dem EuGH Fragen zur Auslegung von Art. 31 und Art. 33 der Lebensmittelinformationsverordnung Nr. 1169/2011 vor. Für Lebensmittel, bei denen eine Zubereitung

²³ a.a.O., juris, Rn. 19 f.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 35.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 47.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 52 f.

²⁷ Beschluss vom 23. Juli 2020 – [I ZR 143/19](#) – juris.

erforderlich und die Zubereitungsweise vorgegeben ist, stelle sich die Frage, ob es verboten ist, mit Nährwertinformationen pro Portion des zubereiteten Lebensmittels zu werben, ohne zusätzlich den Brennwert je 100 g des Lebensmittels zum Zeitpunkt des Verkaufs anzugeben. Sollte diese Frage zu verneinen sein, stelle sich die weitere Frage, ob die Wortfolge „je 100 g“ allein 100 g des Produkts zum Zeitpunkt des Verkaufs oder aber – zumindest auch – 100 g des verbrauchsfertigen Lebensmittels meine.

4. Mitbewerberschutz/Aggressive geschäftliche Handlungen: „Zweitmarkt für Lebensversicherungen“ (§ 4 Nr. 4 UWG)

In seiner Entscheidung „Zweitmarkt für Lebensversicherungen“ vom 05. November 2020²⁸ stellt der I. Zivilsenat klar, eine gezielte Behinderung i.S.v. § 4 Nr. 4 UWG in der Form des Ausnutzens eines fremden Vertragsbruchs könne nur vorliegen, wenn der Anspruchsteller selbst Partei dieses Vertrags ist; in den Fällen des unlauteren Ausspannens von Kunden müssen diese Kunden also einen Vertrag mit dem Anspruchsteller brechen.²⁹ Im Streitfall hatte ein Anbieter von Kapitallebensversicherungsverträgen die Beklagte, eine Inkassodienstleisterin, auf Unterlassung in Anspruch genommen. Die Beklagte kündigte die an sie abgetretenen Versicherungsverträge von Verbrauchern und zahlte dem Versicherungsnehmer den Rückkaufswert im Wesentlichen aus. Nach dem Vortrag der Klägerin arbeitete die Beklagte mit Finanzanlagenvermittler zusammen, welche die Verbraucher an sie vermittelten. Die Finanzanlagenvermittler berieten die Kunden in Richtung einer Liquidation eines Rückkaufswerts über die Beklagte und einer Neuanlage des Kaufpreises über den „grauen Kapitalmarkt“. Bei dieser Beratung verletzen die Finanzanlagenvermittler nach Auffassung der Klägerin ihre Verpflichtung aus § 241 Abs. 2 BGB gegenüber den Versicherungsnehmern. Wenn allerdings – so der Bundesgerichtshof – nach dem Vortrag der Klägerin der Vertragsbruch durch die Finanzanlagenvermittler gegenüber den Versicherungsnehmern durch Verletzung der Pflichten aus dem zwischen den Finanzanlagenvermittlern

²⁸ Urteil vom 05. November 2020 – [I ZR 234/19](#) – juris.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 53.

und den Versicherungsnehmern bestehenden Schuldverhältnis erfolgt sein solle, fehle es an einer gezielten Behinderung gegenüber der Klägerin, weil damit nicht in ein schuldrechtliches Verhältnis zwischen ihr und einem ihrer Vertragspartner eingegriffen worden wäre.³⁰

Zu den Mitbewerber schützenden Unlauterkeitsbeständen des § 4 UWG führt der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung aus, die enge Auslegung des Mitbewerberbegriffs in der Auslegung des EuGH zur Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung sei nicht auf die Tatbestände des § 4 UWG zu übertragen, da diese keine Grundlage im Unionsrecht hätten.³¹ Während die vorgenannte Rechtsprechung des EuGH nur auf Mitbewerber bezogen sei, die in einem Substitutionswettbewerb stünden, sei für § 4 UWG von dem weiten Mitbewerberbegriff gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG auszugehen.³²

5. Irreführung (§§ 5, 5a UWG)

a) „LTE-Geschwindigkeit“ (§§ 5 Abs. 1; 5a Abs. 2 UWG)

In der Entscheidung „LTE-Geschwindigkeit“³³ behandelt der I. Zivilsenat die Frage, ob die werbliche Aussage „LTE-Geschwindigkeit“ und „LTE-Highspeed“ irreführend i.S.v. §§ 5, 5a UWG ist, wenn für den Mobilfunkanschluss in den Produktbedingungen eine tatsächliche Übertragungsgeschwindigkeit von maximal 21,6 Mbit/s im Download vereinbart ist, die LTE-Geschwindigkeit allerdings eine maximale Übertragungsgeschwindigkeit von 300 Mbit/s erlaubt. Das Berufungsgericht hatte eine irreführende geschäftliche Handlung i.S.v. § 5 Abs. 1 UWG verneint. Unter diesem Gesichtspunkt hatte die Revision der Verbraucherzentrale keinen Erfolg. Eine Irreführung liegt vor, wenn das Verständnis, das eine Angabe bei den Verkehrskreisen erweckt, an die sie sich richtet, mit den tatsächlichen Ver-

³⁰ a.a.O., juris, ebd.

³¹ a.a.O., juris, Rn. 42.

³² Zum „gespaltenen“ Mitbewerberbegriff des UWG auch unten Abschnitt I. 9.

³³ Urteil vom 25. Juni 2020 – [I ZR 96/19](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

hältnissen nicht übereinstimmt. Die Annahme einer Irreführung kommt allerdings auch dann in Betracht, wenn der angesprochene Verkehr mit der werblichen Angabe keine klare Vorstellung verbindet, sofern dem beworbenen Produkt gerade diejenigen Merkmale fehlen, in denen der Verkehr aufgrund der werblichen Angabe den Vorteil des Produkts erblickt. In diesen Fällen verändert die Unklarheit des verwendeten Begriffs nichts daran, dass der Verkehr ihm eine Aussage über Eigenschaften des beworbenen Produkts entnimmt, die es nicht aufweist.³⁴ Im Streitfall habe das Berufungsgericht jedoch das Vorliegen einer Irreführung nicht allein unter Hinweis darauf verneint, dass der durchschnittliche Verbraucher keine konkrete Vorstellung von bestimmten Datenübertragungsraten habe. Vielmehr habe das Berufungsgericht weiter angenommen, die durch die „LTE-Geschwindigkeit“ oder „LTE-Highspeed“ ausgelöste Verbrauchervorstellung, die angebotenen LTE-Tarife seien gegenüber früheren Technikstandards tatsächlich vorteilhaft, werde nicht enttäuscht.³⁵

Erfolg hatte die Revision allerdings mit ihrem Angriff, das Berufungsgericht habe fehlerhaft einen Verstoß gegen § 5a Abs. 2 UWG wegen des Vorenthaltes von wesentlichen Informationen in Gestalt der bei den beworbenen Telekommunikationsangeboten bereitgestellten Übertragungsgeschwindigkeit verneint. Unter Verkennung des weiteren Streitgegenstands seit der Entscheidung „Bio-Mineralwasser“ – so der Bundesgerichtshof – habe das Berufungsgericht gemeint, die klagende Verbraucherzentrale knüpfe an einen nicht mit ihren Anträgen geltend gemachten anderen Streitgegenstand an, soweit sie den Vorwurf erhebe, die Beklagte habe dem Verbraucher angesichts der tatsächlich erfolgten Drosselung auf eine Übertragungsgeschwindigkeit von 21,6 Mbit/s wesentliche Informationen vorenthalten.³⁶ Im Rahmen des von der Klägerin dem Gericht unterbreiteten Rechtsschutzbegehrens sei zu prüfen, ob die Datenübertragungsgeschwindigkeit ein Merkmal der beworbenen Dienstleistung darstellt, über

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 16.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 17.

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 20 unter Verweis auf Urteil vom 13. September 2012 – [I ZR 230/11](#) – Bio-mineralwasser – juris, Rn. 24.

das gemäß § 5a Abs. 2, Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 5 UWG in den in Bezug genommenen Werbeanzeigen selbst informiert werden muss. Der Vorwurf der Informationspflichtverletzung gemäß § 5a Abs. 2 UWG knüpfe damit an dieselben konkreten Verletzungsformen und damit identische Streitgegenstände an, wie der Vorwurf der Irreführung gemäß § 5 Abs. 1 UWG. Der Bundesgerichtshof wies die Sache an das Berufungsgericht zurück, weil dieses bisher keine tatsächlichen Feststellungen zum Vorliegen einer Informationspflichtverletzung getroffen hatte. Der Bundesgerichtshof weist insoweit darauf hin, die Annahme einer Informationspflichtverletzung scheide nicht deshalb aus, weil das Berufungsgericht angenommen habe, der Verbraucher habe keine konkrete zahlenmäßige Vorstellung über die bei LTE-Mobilfunkanschlüssen durchschnittlich erreichte Übertragungsgeschwindigkeit. Die Abwesenheit einer für die Irreführung nach § 5 Abs. 1 UWG erforderlichen Fehlvorstellung über einen tatsächlichen Umstand stehe nicht der Annahme entgegen, dass dieser Umstand eine für den Vertragsschluss wesentliche Information darstelle. Selbst wenn daher eine irreführende geschäftliche Handlung i.S.v. § 5 Abs. 1 UWG mit Blick auf die bei den beworbenen Angeboten erreichte Übertragungsgeschwindigkeit nicht vorliege, weil es an entsprechenden konkreten Vorstellungen des Verbrauchers fehle, komme es im Rahmen der Überprüfung einer Informationspflichtverletzung gemäß § 5a Abs. 2 und Abs. 3 UWG durchaus in Betracht, die Datenübertragungsgeschwindigkeit als wesentliche Information anzusehen, die der Verbraucher benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen und deren Vorenthalten geeignet ist, ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte.³⁷

b) „Vorwerk“ (§ 14 MarkenG; § 5 Abs. 1 UWG)

In seiner Entscheidung „Vorwerk“³⁸ behandelt der I. Zivilsenat die marken- und wettbewerbsrechtliche Einordnung von Adwords-Werbungen, die

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 36 f.

³⁸ Urteil vom 15. Oktober 2020 – [I ZR 210/18](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Amazon auf Suchmaschinen schalten lässt. Der Staubsaugerhersteller Vorwerk hatte einen auf die Verletzung von Marken- und Wettbewerbsrecht gestützten Unterlassungsanspruch gegen Amazon geltend gemacht, weil die fraglichen Treffer der Suchmaschine „bing“ zu konkreten Warenangeboten auf dem Amazon-Marktplatz führten, wobei zum Teil gebrauchte Originalprodukte der Klägerin, zum Teil Produkte anderer Hersteller angeboten wurden. Zu markenrechtlichen Ansprüchen (§§ 14 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2, Abs. 5 MarkenG) führt der I. Zivilsenat aus, die Frage, ob die herkunftshinweisende Funktion einer Marke beeinträchtigt wird, wenn Internetnutzern anhand eines mit der Marke identischen Schlüsselworts die Werbeanzeige eines Dritten angezeigt wird, hänge nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere davon ab, wie diese Anzeige gestaltet ist; die herkunftshinweisende Funktion der Marke sei beeinträchtigt, wenn aus der Marke für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen.³⁹ Der Umstand allerdings, dass die angegriffenen Anzeigen nach Auffassung des Berufungsgerichts den Verkehr darüber täuschen, dass der Markeninhaber selbst auf dem Marktplatz von Amazon Waren anbietet, berühre die Herkunftsfunktion der Marke nicht. Sie sei nur verletzt, wenn über die betriebliche Herkunft der mit der Marke beworbenen Produkte getäuscht werde. Dagegen liege die Täuschung über die Identität des Anbieters, die keine unzutreffende Vorstellung über die Herkunft eines mit der Marke beworbenen Produkts aus dem Betrieb des Markeninhabers verursacht, außerhalb des Schutzbereichs des Markenrechts.⁴⁰

Mit Blick auf den hilfsweise geltend gemachten wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch gemäß §§ 3, 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 UWG wies der Bundesgerichtshof die Sache an das Berufungsgericht zu-

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 46 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 25. Juli 2019 – [I ZR 29/18](#) – Ortlieb II – juris, Rn. 28.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 49.

rück. Im Streitfall habe Amazon den Verkehr nach den Feststellungen des Berufungsgerichts darüber getäuscht, dass der Markeninhaber als Anbieter auf dem Marktplatz von Amazon vertreten ist. Insoweit komme eine Irreführung gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG in Betracht, da der Zusammensetzung des Anbieterkreises auf einem Internet-Marktplatz aus Sicht des Verkehrs erhebliche Bedeutung zukommen könne.⁴¹ Zwar dürfe dem Markeninhaber über das Lauterkeitsrecht keine Schutzposition eingeräumt werden, die ihm nach dem Kennzeichenrecht nicht zukomme. Die Gefahr eines Wertungswiderspruchs zum Markenrecht bestehe aber dann nicht, wenn – wie im Streitfall – die Täuschung über die Anwesenheit des Markeninhabers auf dem Marktplatz von Amazon außerhalb des Schutzzwecks des Markenrechts liege.⁴² Das Berufungsgericht werde daher Feststellungen dazu nachzuholen haben, ob eine Täuschung über die Anwesenheit der Klägerin auf dem Internet-Marktplatz i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG geeignet ist, den angesprochenen Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte.

c) EuGH-Vorlage: „Gruppenversicherung“ (Art. 2 Richtlinie 2016/97)

Mit Beschluss vom 15. Oktober 2020⁴³ legt der Bundesgerichtshof in dem Verfahren „Gruppenversicherung“ dem EuGH die Frage zur Klärung vor, wie der Begriff des Versicherungsvermittlers gemäß Art. 2 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 8 der Richtlinie 2016/97 über den Versicherungsvertrieb (sowie die entsprechenden Bestimmungen in der Vorgänger-Richtlinie 2002/92) aufzufassen sind. Die klagende Wettbewerbszentrale hatte die Beklagte auf Unterlassung einer nach § 34d GewO erlaubnispflichtigen Versicherungsvermittlung in Anspruch genommen. Zwar stellt § 34d GewO nach der Rechtsprechung des I. Zivilsenats eine Marktverhaltensregelung dar. Nach dem Wortlaut des § 34d Abs. 1 Satz 1 GewO müsse die Tätigkeit des Versicherungsvermittlers allerdings auf den Abschluss von Versiche-

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 56.

⁴² a.a.O., juris, Rn. 58.

⁴³ Beschluss vom 15. Oktober 2020 – [I ZR 8/19](#) – juris.

rungsverträgen abzielen; Versicherungsvermittler sei danach nicht ein Versicherungsnehmer, der – wie im Streitfall – einem Dritten Versicherungsschutz durch eine Mitgliedschaft in einer Gruppenversicherung verschaffe.⁴⁴ Zweifelhaft sei daher, ob und – wenn ja – unter welchen Voraussetzungen der Versicherungsnehmer einer Gruppenversicherung Versicherungsvermittler im Sinne der EU-Richtlinien sein könne.⁴⁵

6. Vergleichende Werbung
(entfällt)

7. Unzumutbare Belästigung
(entfällt)

8. Rechtsfolgen
(entfällt)

**9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales:
„Zweitmarkt für Lebensversicherungen“ (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG)**

In seiner Entscheidung „Zweitmarkt für Lebensversicherungen“ vom 05. November 2020⁴⁶ führt der Bundesgerichtshof aus, der Begriff des Mitbewerbers sei nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG grundsätzlich im gesamten UWG einheitlich auszulegen, so dass an die Mitbewerbereignschaft im Sinne der Mitbewerber schützenden Normen grundsätzlich keine anderen Anforderungen zu stellen sind als an die im Sinne der Verbraucher schützenden Normen. Gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG seien die Mitbewerber grundsätzlich umfassend zur Verfolgung von Abwehr- und Folgeansprüchen aktivlegitimiert. Die Vorschrift unterscheide nicht danach, ob der vom Mitbewerber begangene Wettbewerbsverstoß alleine die Interessen der Mitbewerber, deren Interessen und zugleich die Interessen der Verbraucher oder aber allein die Interessen der Verbraucher beeinträchtige.⁴⁷ Weder Sinn und Zweck des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG noch die UGP-Richt-

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 25.

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 36.

⁴⁶ Urteil vom 05. November 2020 – [I ZR 234/19](#) – juris, siehe dazu bereits oben I. 4. „Mitbewerberschutz/aggressive geschäftliche Handlungen“.

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 32.

linie 2005/29/EG erfordere eine einschränkende Auslegung. Eine Ausnahme vom Grundsatz der einheitlichen Auslegung des Mitbewerberbegriffs im UWG gelte nur, soweit eine richtlinienkonforme Auslegung dies erfordere. Dies sei bei § 6 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3 bis Nr. 5 UWG und möglicherweise auch bei § 5 Abs. 2 UWG der Fall, nicht aber bei den übrigen Tatbeständen des UWG.⁴⁸ Insoweit sei der Mitbewerberbegriff des UWG „gespalten“.⁴⁹ Der enge Begriff der Mitbewerber gemäß der Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung, wonach nur solche Parteien Mitbewerber sind, die Waren und Dienstleistungen anbieten, die substituierbar sind, sei auf die allgemeine Begriffsbestimmung nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG nicht zu übertragen.⁵⁰ Der I. Zivilsenat hält an seiner Rechtsprechung fest, dass für die Eigenschaft als Mitbewerber ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ausreicht und dieses anzunehmen ist, wenn zwischen den von einer Seite erstrebten Vorteilen einerseits und den von der anderen Partei erlittenen Nachteilen andererseits eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann und die von den Parteien angebotenen Waren oder Dienstleistungen einen wettbewerblichen Bezug zueinander aufweisen.⁵¹ Die Entscheidung des Berufungsgerichts, welche hinsichtlich der Aktivlegitimation der Klägerin zwischen mitbewerber- und Verbraucherschützenden Unlauterkeitstatbeständen differenziert hatte, hob der Bundesgerichtshof daher zur erneuten Entscheidung auf.

10. Sonstiges: Unterlassungsvertrag (§§ 137, 157 BGB)

Im Hinweisbeschluss vom 10. September 2020⁵² führt der I. Zivilsenat zur Auslegung von Unterlassungsverträgen aus, die Auslegung habe sämtliche Gesamtumstände zu umfassen und auch eine vorangegangene Abmahnung zu berücksichtigen. Der Wortlaut der streitigen Unterlassungs-

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 40.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 42.

⁵⁰ a.a.O., juris, Rn. 41.

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁵² Beschluss vom 10. September 2020 – [I ZR 237/19](#) – juris; die Revision vor dem BGH ist nach dem Hinweisbeschluss zurückgenommen worden.

verpflichtung verbot dem Beklagten, „eine Webseite zu betreiben“, während Anlass für die Abmahnung des Klägers Angebote des Beklagten auf der Handelsplattform eBay gewesen waren. Ein klarer und eindeutiger Wortlaut, so der Senat, bilde für die Auslegung anhand der Gesamtumstände keine Grenze; vielmehr könne für die Auslegung der Unterlassungsverpflichtungserklärung maßgebliche Bedeutung zukommen, was der Gläubiger im Abmahnschreiben beanstandet hat.⁵³ Auf die vom Berufungsgericht für klärungsbedürftig angesehene Rechtsfrage nach dem Begriff „Website“ in der Verordnung (EU) Nr. 524/2013 komme es daher nicht an.

II. Kartellrecht

1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen/Kartellverbot (§ 1 bis § 3 GWB; Art. 101 AEUV)

a) „Schienenkartell III“; „Schienenkartell IV“ und „Schienenkartell V“ (§§ 1 GWB 1999, § 33 GWB 2005, §§ 830, 840 BGB, §§ 286, 287 ZPO)

In seinen Urteilen „Schienenkartell III“⁵⁴ und „Schienenkartell IV“⁵⁵ vom 19. Mai 2020 sowie im Urteil „Schienenkartell V“ vom 23. September 2020⁵⁶ setzt der Kartellsenat seine Rechtsprechung zum Kartellschadenersatz bei Kartellabsprachen fort.

Die Vorinstanzen hatten nach der Würdigung des Bundesgerichtshofs zwar zutreffend einen Verstoß gegen § 1 GWB 1999 auf der Grundlage der gemäß § 33 Abs. 4 GWB 2005 bindenden Feststellungen des Bundeskartellamts zum sog. „Schienenkartell“ festgestellt, dabei allerdings entgegen der Rechtsprechung des Senats seit der Entscheidung vom

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 12 f.

⁵⁴ Urteil vom 19. Mai 2020 – [KZR 70/17](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁵⁵ Urteil vom 19. Mai 2020 – [KZR 8/18](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁵⁶ Urteil vom 23. September 2020 – [KZR 4/19](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

11. Dezember 2018⁵⁷ für die Schadensentstehung einen Anscheinsbeweis zugrunde gelegt. Daher unterlagen die Berufungsurteile in allen drei Verfahren der Aufhebung. In seinen Hinweisen für die wiedereröffneten Berufungsverfahren führt der Kartellsenat nunmehr erstmals zu den Voraussetzungen einer gesamtschuldnerischen Haftung wegen Mittäterschaft sowie zum Preisschirmeffekt und zum Einwand der Vorteilsausgleichung beim Kartellschadenersatz aus.

aa) Mittäterschaft

In der Entscheidung „Schienenkartell III“ setzt der Senat seine Rechtsprechung seit der Entscheidung „ORWI“⁵⁸ fort, wonach alle Kartellteilnehmer grundsätzlich nach §§ 830 Abs. 1 Satz 1, 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner haften.⁵⁹ Die Beurteilung, ob sich jemand als Mittäter oder Gehilfe im Sinne der genannten Bestimmungen an einer die zivilrechtliche Haftung begründende deliktischen Verhaltensweise beteiligt hat, richte sich nach den für das Strafrecht entwickelten Rechtsgrundsätzen. Danach begründeten Einzelabsprachen, die lediglich eine kartellrechtswidrige Grundabsprache konkretisieren, regelmäßig keine selbständigen Taten. Wer sich an einer solchen Grundabsprache beteilige, hafte nach § 830 BGB für alle Folgen, die sich aus diesem Verstoß ergeben; für die Haftung des Teilnehmers sei es daher unerheblich, ob der den Schaden eigenhändig (mit-) verursacht oder wieviel er selbst zu ihm beigetragen habe. Aus diesem Grund sei es auch im Streitfall unerheblich, wenn in Bezug auf einzelne Beschaffungsvorgänge nicht festgestellt werden konnte, ob und inwieweit ein Unternehmen, welches an der Grundabsprache beteiligt war, sich auch an einer Einzelabsprache beteiligt habe, mit der die Grundabsprache umgesetzt wird.⁶⁰ Mit Blick auf das subjektive Element der Teilnahme müsse für jeden einzelnen Teilnehmer ein Verhalten festgestellt werden, das den rechtswidrigen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut zumin-

⁵⁷ Urteil vom 11. Dezember 2018 – [KZR 26/17](#) – Schienenkartell – juris, Rn. 57.

⁵⁸ Urteil vom 28. Juni 2011 – [KZR 75/10](#) – ORWI – juris, Rn. 80.

⁵⁹ [KZR 70/17](#) – juris, Rn. 31.

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 32 f.

dest unterstützt hat und von der Kenntnis der Tatumstände und dem auf Rechtsgutverletzung gerichteten Willen getragen war.⁶¹

Seite 20 von 37

Nach der Rechtsprechung des EuGH in der Sache „Kone“⁶² könne ein an einem Kartell beteiligtes Unternehmen zivilrechtlich bereits dann für mittelbar verursachte Schäden haften, wenn dies den Kartellbeteiligten nicht verborgen bleiben konnte. Nach diesen Maßstäben werde das Berufungsgericht, sollte es erneut einen kartellbedingten Schaden der Klägerin bejahen, eine gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten anzunehmen haben.⁶³

bb) Preisschirmeffekt

In der Entscheidung „Schienenkartell IV“ legt der Kartellsenat jetzt dar, auch ein Preisschirmeffekt auf Bietermärkten stelle einen kartellbedingten Schaden dar, der auch dann nicht ausgeschlossen ist, wenn der Kartellaußenseiter die von ihm gehandelten Produkte von einem Hersteller bezieht, der nicht am Kartell beteiligt ist.⁶⁴ Dies entspreche den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln für die Haftung von Folgeschäden und stehe gemäß der Entscheidung „Kone“ des EuGH auch im Einklang mit dem Unionsrecht.⁶⁵ Ob und in welcher Höhe ein Preisschirmeffekt auf einem von einer Kartellabsprache beeinflussten Markt zu verzeichnen ist, hänge angesichts der wettbewerblichen Reaktionsverbundenheit der Marktakteure von einer Vielzahl von Faktoren ab. Die Wahrscheinlichkeit sei um so größer, je größer die Marktabdeckung des Kartells ist und je länger der Kartellverstoß andauert. Der Umfang eines solchen Schadens hänge von weiteren Faktoren ab. Ein Preisschirmeffekt werde um so höher sein, je geringer die Angebotselastizität der Kartellaußenseiter, je größer die Markttransparenz und je höher der Grad der Austauschbarkeit ist und je geringer sich die Wettbewerbsintensität zwischen den Kartellaußenseitern und

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 35 f.

⁶² EuGH, Urteil vom 05. Juni 2014 – C-557/12 – Kone – juris, Rn. 34.

⁶³ a.a.O., [KZR 70/17](#), juris, Rn. 37 f.

⁶⁴ [KZR 8/18](#), juris, Rn. 38 f.

⁶⁵ ebd. unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 05. Juni 2014 – C-557/12 – juris, Rn. 29 f.

der Wettbewerbsdruck durch die Nachfrageseite darstellen. Für die Beurteilung von durch Preisschirmeffekte verursachten Preishöhenschäden gelte der Maßstab des § 287 Abs. 1 ZPO.⁶⁶

cc) Vorteilsausgleichung (Passing-on)

Zu der von den Beklagten geltend gemachten Anrechnung von öffentlich-rechtlichen Zuwendungen des Freistaats Bayern an die Klägerin im Wege des Vorteilsausgleichs entscheidet der Senat im Urteil „Schienenkartell IV“, die Grundsätze der Vorteilsausgleichung seien auch für den kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch bedeutsam. Stehe die Preiserhöhung, die der Geschädigte gegenüber seinen Abnehmern durchsetzen kann, in adäquatem Kausalzusammenhang mit einem kartellbedingten Preisaufschlag, könne der Mehrerlös des weiterliefernden Geschädigten als Schaden seiner Kunden und damit zugleich als ausgleichspflichtiger Vorteil auf Seiten dieses Geschädigten angesehen werden.⁶⁷ Der Einwand der Vorteilsausgleichung komme grundsätzlich auch dann in Betracht, wenn dem Geschädigten Zuwendungen eines öffentlich-rechtlichen Aufgabenträgers zufließen und diese Zuwendungen in einem ursächlichen Zusammenhang mit dem Schadensereignis stehen. Diese Vorteilsausgleichung scheidet allerdings aus, wenn der Dritte, auf den der Kläger seinen Schaden abgewälzt haben soll, dem Kläger etwaige gegen den beklagten Kartellbeteiligten bestehende diesbezügliche Ansprüche abgetreten hat und er u.a. dem Kartellbeteiligten eine solche Abtretung i.S.v. § 409 BGB angezeigt habe. In diesem Fall brauche das Gericht, wenn es eine kartellbedingte Schadensentstehung bejaht, der Frage, ob und in welchem Umfang eine Schadensweiterwälzung stattgefunden hat, nicht nachzugehen; etwas anderes gelte nur dann, wenn der Kläger ausdrücklich eine gerichtliche Feststellung der genauen Verteilung des Schadens auf die unterschiedlichen Ansprüche innerhalb der Schadenskette wünsche.⁶⁸

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 39 f.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 46 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 28. Juni 2011 – [KZR 75/10](#) – ORWI – juris, Rn. 58.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 47 f.

Zur streitigen Frage des Einwands der Weitergabe eines etwaigen kartellbedingten Preishöhenschadens an die Fahrgäste des geschädigten Unternehmens führt der Kartellsenat zunächst im Urteil „Schienenkartell IV“ aus, dieser Einwand stehe den Beklagten grundsätzlich offen.⁶⁹ Das Angebot von Dienstleistungen des Personennahverkehrs bilde einen Anschlussmarkt, dessen Angebotspreise von Kartellabsprachen auf vorgelagerten Beschaffungsmärkten beeinflusst sein könne. Allerdings sei zu berücksichtigen, dass die Wahrscheinlichkeit für einen Einfluss gesteigerter Fixkostenanteile auf die Preise – wie hier die Investitionen in die Infrastruktur – geringer sei als bei solchen Kostenfaktoren, die den variablen Kosten zuzuordnen seien. Im Streitfall werde eine hinreichend verlässliche Feststellung einer – theoretisch nicht ausgeschlossenen – Weitergabe von höheren Investitionskosten aufgrund einer kartellbedingten Preiserhöhung bei Gleisoberbaumaterialien kaum zu erwarten sein. Angesichts dieser Umstände werde sich die Frage einer Schadensweiterwälzung auf die Fahrgastpreise nur mit Hilfe komplexer und aufwendiger ökonomischer Berechnungen beantworten lassen. Zudem liege es nahe, dass eine Abwälzung eines kartellbedingten Preisaufschlags – wenn überhaupt messbar – im Streitfall allenfalls einen marginalen Einfluss auf die einzelnen, von Gästen entrichteten Entgelte im öffentlichen Personennahverkehr haben werde. Der Senat lässt bei dieser Entscheidung offen, ob angesichts dieser Umstände der Einwand der Weitergabe kartellbedingter Schäden von vornherein ausgeschlossen ist. Jedenfalls komme in derartigen Sachverhaltsgestaltungen eine sekundäre Darlegungslast des Geschädigten im Hinblick auf die näheren Umstände seiner Preiskalkulation grundsätzlich nicht in Betracht. Es werde entscheidend ins Gewicht fallen, dass der Kartelltäter in aller Regel nicht mit einer mehrfachen Inanspruchnahme für denselben Schaden zu rechnen braucht, so dass die Versagung der Vorteilsausgleichung ihn auch nicht unbillig belaste. Der präventiven Funktion der kartellschadensersatzrechtlichen Ansprüche sei dann im Zweifel Vor-

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 58 f.

rang vor dem Verbot der Überkompensation des Geschädigten einzuräumen.⁷⁰

Seite 23 von 37

Diese Grundsätze zur Schadensweiterwälzung hat der Kartellsenat in der wenig später getroffenen Entscheidung „Schienenkartell V“ vom 23. September 2020 weiterentwickelt. Der Senat erteilt für das auch dort wiedereröffnete Berufungsverfahren den Hinweis, bei festgesetzter Schadensentstehung würden die Beklagten nicht mit Erfolg den Einwand erheben können, der Klägerin sei ein Vorteil aus Fahrpreiserhöhungen anzurechnen.⁷¹ Anders als das Oberlandesgericht Düsseldorf gemeint hat, werde der Einwand der Vorteilsausgleichung im Streitfall allerdings nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil die Beklagten die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung nicht dargelegt und nicht hinreichend substantiiert vorgebracht hätten. Auch wenn strenge Anforderungen an die Darlegung einer Schadensabwälzung zu stellen seien, dürften diese Grundsätze nicht in einer Weise angewandt werden, die es dem Kartellbeteiligten von vornherein unmöglich mache, eine solche hinreichend darzutun. Allerdings werde der Einwand der Schadensweitergabe aus Rechtsgründen nicht in Betracht kommen. Eine effektive Durchsetzung der kartellrechtlichen Verbotstatbestände schließe es aus, dass der Kartellbeteiligte – ungeachtet der bußgeldrechtlichen Folgen des Verstoßes – die Früchte des rechtswidrigen Verhaltens vollständig oder teilweise behalten könnte und dem Primärgeschädigten ein Anreiz zur Geltendmachung und Aufklärung des Primärschadens fehlen würde. Das aber könne der Fall sein, wenn den Primärgeschädigten ein Schadenersatzanspruch wegen Schadensweiterwälzung versagt werde und die mittelbaren Abnehmer auf nachgelagerten Vertriebs- oder Wertschöpfungsstufen den ihnen aus der Weiterwälzung entstehenden Schaden nur schwer erfassen können und voraussichtlich gegenüber den Kartellbeteiligten nicht geltend machen. Insbesondere bei Streuschäden müsse sorgfältig erwogen werden, ob die Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung zu einer unbilligen Entlastung der

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 62.

⁷¹ Urteil vom 23. September 2020 – [KZR 4/19](#) – juris, Rn. 32 f.

Kartellbeteiligten führe⁷², was der Senat für den vorliegenden Fall in seinen weiteren Hinweisen bereits bejahte.⁷³

b) „Lkw-Kartell“ (Art. 101 AEUV; § 33 GWB 2005)

Unter Fortführung seiner Rechtsprechung zum sog. „Schienenkartell“ hat der Kartellsenat mit Urteil vom 23. September 2020 erstmals zum sog. „Lkw-Kartell“ entschieden.⁷⁴ In der gegen die Daimler AG gerichteten Schadensersatzklage machte die Klägerin für insgesamt elf Belieferungsvorgänge von Lastkraftwagen an ihre Tochtergesellschaften Schadensersatz geltend. Der Kartellsenat legt seiner Entscheidung die Bindungswirkung gemäß § 33 Abs. 4 GWB 2005 an die Feststellungen in der Bußgeldentscheidung der Kommission vom 19. Juli 2016 zugrunde. Diese Bindungswirkung sei nicht deshalb ausgeschlossen oder beschränkt, weil der Kommissionsbeschluss im Rahmen eines Vergleichsverfahrens nach Art. 10a der VO (EG) 703/2004 ergangen sei. Das nationale Recht differenziere insoweit nicht nach der Art des dem Bußgeldbescheid zugrundeliegenden Verfahrens.⁷⁵ Gestützt auf seine Rechtsprechung seit der Entscheidung „Schienenkartell II“⁷⁶ sei auch davon auszugehen, dass die Klägerin von der Kartellabsprache betroffen sei. Insoweit genüge, dass die erworbenen Fahrzeuge auf den Grundmodellen aufbauten, deren Listenpreise Gegenstand der Absprachen waren.⁷⁷ Zutreffend sei auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin könne sich auf eine tatsächliche Vermutung für eine kartellbedingte Preiserhöhung stützen. Dem stehe nicht entgegen, dass das Berufungsgericht möglicherweise davon ausgegangen sei, dass von der Beklagten und den Streithelferinnen praktizierte Kartell habe lediglich einem Informationsaustausch über Listenpreise gedient. Die vom Berufungsgericht vollständig in Bezug genommene Kommissionsentscheidung versteht der Kartellsenat dahin, die Kartellbeteilig-

⁷² a.a.O., juris, Rn. 50 f.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 54 f.

⁷⁴ Urteil vom 23. September 2020 – [KZR 35/19](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 23 f.

⁷⁶ Urteil vom 28. Januar 2020 – [KZR 24/17](#) – juris, Rn. 25.

⁷⁷ a.a.O. – [KZR 35/19](#) – juris, Rn. 32 f.

ten hätten ihre künftigen Listenpreise sowie deren Erhöhungen miteinander besprochen und ihre zukünftige Preissetzung sowohl durch Vereinbarungen als auch durch abgestimmte Verhaltensweisen koordiniert. In einem solchen Fall bestehe die tatsächliche Vermutung einer Schadensentstehung jedenfalls dann, wenn es eine intensive und häufige Koordinierung der Listen-Preissetzung über mehrere Jahre hinweg gegeben habe.⁷⁸ Der Umstand, dass sich die Kartellbeteiligten im Wesentlichen über (Brutto-) Listenpreise verständigt hätten, hindere die Annahme einer tatsächlichen Vermutung für einen Preiseffekt nicht. Listenpreiserhöhungen spiegelten Kostensteigerungen bei der Fahrzeugproduktion wider oder vor und seien schon deshalb – jedenfalls potentiell und in gewissem Umfang – geeignet, auf die einzelnen Transaktionspreise durchzuschlagen.⁷⁹

Nicht frei von Rechtsfehlern sei jedoch die vom Berufungsgericht zur Feststellung eines Schadenseintritts bei der Klägerin vorgenommene Würdigung der Umstände des Einzelfalls. Das Berufungsgericht habe sich zwar auf die im Rahmen von § 287 ZPO gebotene Gesamtwürdigung aller Umstände gestützt, den Erfahrungssatz für einen Preiseffekt jedoch nicht hinreichend in diese eingebettet. Vielmehr habe das Berufungsgericht den Eintritt eines Schadens der Klägerin fehlerhaft allein aus einem abstrakt und unabhängig von den konkreten Umständen begründeten „starken“ Gewicht der tatsächlichen Vermutung abgeleitet.⁸⁰ Vor diesem Hintergrund könne nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht von einer unzutreffenden Verteilung der Beweislast ausgegangen sei. Der Kartellsenat gibt dem Berufungsgericht auf, im wiedereröffneten Berufungsverfahren eine Gesamtwürdigung aller Umstände vor dem Hintergrund des vom Kartellsenat selbst zugrundegelegten Verständnisses der Kommissionsentscheidung unter Einbeziehung auch der von den Kartellbeteiligten vorgebrachten Gegenindizien vorzunehmen.⁸¹ Die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe eine Weitergabe des

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn. 41 f.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 48.

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 66.

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 87 f.

entstandenen Schadens an die Kunden der klägerischen Tochtergesellschaften nicht dargetan, sei nicht zu beanstanden. Die Beklagte sei den Anforderungen für ihre Darlegungs- und Beweislast zu den Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung nicht gerecht geworden.⁸²

c) „Bierkartell“ (§§ 1, 81 GWB 2005)

In dem Kartellbußgeldverfahren „Bierkartell“ befasst sich der Kartellsenat im Urteil vom 13. Juli 2020⁸³ mit der Reichweite der Kausalitätsvermutung bei einem Informationsaustausch. In Streit stand ein abgestimmtes Verhalten zwischen Bierherstellern im Jahr 2007. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte ein Treffen zwischen Vertretern konkurrierender Bierbrauereien am 12. März 2007 mit dem Thema der Anhebung von Bierpreisen nicht als abgestimmtes Verhalten in Form der Bierpreiserhöhung gewertet und ein abgestimmtes Verhalten in Form eines ausgeführten Informationsaustauschs als der absoluten Verjährungsfrist unterfallend angesehen. Diese Würdigung hatte beim Bundesgerichtshof keinen Bestand.

Der Fristbeginn für die absolute Verjährungsfrist für die Verfolgung von Kartellordnungswidrigkeiten nach § 81 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB 2005 knüpft an die materielle Beendigung der jeweiligen Ordnungswidrigkeit an. Typisches Mittel einer verbotenen Verhaltensabstimmung ist der Austausch von Informationen über wettbewerbsrelevante Parameter mit dem Ziel, die Ungewissheit über das zukünftige Marktverhalten des Konkurrenten auszuräumen; erforderlich ist allerdings zudem, dass die Abstimmung ursächlich für ein entsprechendes Marktverhalten ist.⁸⁴ Die Bußgeldtatbestände in § 81 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB 2005 stellen nicht schon die Mitwirkung an Abstimmungen unter Geldbuße, sondern erst die Vornahmen der darauf beruhenden Verhaltensweisen.⁸⁵ Entgegen der Würdigung des Oberlandesgerichts Düsseldorf hält der Bundesgerichtshof für

⁸² a.a.O., juris, Rn. 93 f.

⁸³ Urteil vom 13. Juli 2020 – [KRB 99/19](#) – juris.

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 20 f.

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 22.

nicht ausgeschlossen, dass für die infrage stehende Kartellordnungswidrigkeit die Tatbeendigung erst nach dem 03. April 2009 eingetreten und damit die Verjährungsfrist bei Urteilsverkündung noch nicht abgelaufen gewesen ist. Die beiden Tatbestandselemente des abgestimmten Verhaltens werden vom Senat zu einer Bewertungseinheit als Unterfall einer tatbestandlichen Handlungseinheit zusammengefasst. Bei koordinierten Preiserhöhungen könne Tatbeendigung daher erst eintreten, wenn die hiervon betroffenen Waren nicht mehr zu dem erhöhten Preis auf dem Markt sind.⁸⁶

Auch die Bewertung des Oberlandesgerichts zu dem fraglichen Treffen am 12. März 2007 mit Blick auf den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise hielt der Überprüfung durch den Bundesgerichtshof nicht stand. Soweit das Oberlandesgericht ein abgestimmtes Verhalten in Form der Bierpreiserhöhung verneint hatte, habe es den Begriffen der „Koordinierungserwartung und –eignung“ rechtsirrig eine den Tatbestand einschränkende Bedeutung beigemessen. Das Merkmal der Abstimmung hat nicht zur weiteren Voraussetzung, dass die Fühlungnahme zu einer grundsätzlichen Willensübereinkunft führt. Die Abstimmung bleibt vielmehr im Vorfeld eines solchen Konsenses.⁸⁷ Soweit das Berufungsgericht ein durch die Abstimmung kausal herbeigeführtes konkretes Marktverhalten verneint hat, sieht der Kartellsenat die Beweiswürdigung als fehlerhaft an. Das Berufungsgericht habe insoweit nicht den Erfahrungssatz berücksichtigt, dass es sich regelmäßig auf das Marktverhalten konkurrierender Unternehmen auswirkt, wenn sie wettbewerbsrelevante Informationen zum Zweck der Koordinierung ausgetauscht haben. Nach der Rechtsprechung des EuGH bestehe eine widerlegbare Vermutung dafür, dass die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigt haben. Mit Blick auf diese Rechtsprechung gelte für das nationale Kartellzivilrecht, dass bei Anwen-

⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 79.

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 33 f.

derung des unionsrechtlichen Kartellverbotstatbestands von einer tatsächlichen Vermutung eines durch die Abstimmung beeinflussten Marktverhaltens der beteiligten Unternehmen auszugehen ist. Es zähle zum ökonomischen Erfahrungswissen, dass ein Unternehmen Kenntnisse über beabsichtigtes oder erwogenes Marktverhalten eines Wettbewerbers i.d.R. bei der Bestimmung des eigenen Marktverhaltens berücksichtigt.⁸⁸ Auch im Bußgeldverfahren sei mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben der Unschuldsvermutung vereinbar, dass für den Tatrichter die Verpflichtung besteht, diesen Erfahrungssatz im Rahmen der Beweiswürdigung zu beachten.⁸⁹ Zu diesem Erfahrungssatz verhalte sich die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts nicht. Das Urteil beruhe auch auf diesem Rechtsfehler: Es liege auf der Hand, dass im Fall der Koordinierung durch die angekündigte und ausgeführte Anhebung der Bierpreise eine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt worden wäre; ein solches Vorgehen hätte das Potenzial gehabt, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten.⁹⁰

Soweit das Oberlandesgericht angenommen habe, bereits der auf eine kartellrechtswidrige Vereinbarung gerichtete Koordinierungsversuch bei dem Treffen am 12. März 2007 erfülle für sich gesehen die Tatbestandsmerkmale der abgestimmten Verhaltensweise, unterliege allerdings der Verjährung, weist das Urteil nach Würdigung des Bundesgerichtshofs einen Rechtsfehler auf. Eine abgestimmte Verhaltensweise liege nur vor, wenn sich die Abstimmung von Wettbewerbern auf deren Marktverhalten auswirkt. Hierunter sei ein dem Abstimmungsvorgang nachgelagertes Verhalten auf dem relevanten kartellbefangenen Markt zu verstehen, was die bloße Kommunikation zwischen Unternehmen nicht erfasse.⁹¹

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 38 f.

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 48 f.

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 78.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 85.

d) „Bezirksschornsteinfeger“ (§§ 1; 21 Abs. 2 Nr. 1 GWB)

Im Beschluss „Bezirksschornsteinfeger“ vom 13. Juli 2020⁹² hebt der Kartellsenat die Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main auf, das den dortigen Betroffenen vom Vorwurf der Kartellordnungswidrigkeit der Anwendung von Druck- oder Lockmitteln zur Veranlassung von Wettbewerbsbeschränkungen nach § 81 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 21 Abs. 2 Nr. 1, § 1 GWB freigesprochen hatte. Der Bußgeldbescheid der Hessischen Landeskartellbehörde hatte dem Betroffenen vorgeworfen, er habe als bevollmächtigter Bezirksschornsteinfegermeister vor dem beabsichtigten Wechsel seines Kehrbezirks seinem avisierten Nachfolger im bisherigen Kehrbezirk einen Nachteil angedroht und einen Vorteil versprochen, um ihn zum Abschluss einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung zu veranlassen. Der Kartellsenat führt aus, die Vorschriften der § 21 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB erfassten ein dem Mitbewerber unter Anwendung von Druck- oder Lockmitteln unterbreitetes Angebot, auf eigenes wettbewerbles Verhalten gegen Entgelt zu verzichten. Es genüge die Absicht des Anwenders, den Adressaten zu einer Zahlung als Gegenleistung für einen Wettbewerbsverzicht zu veranlassen.⁹³ Dagegen verlangten die Bestimmungen nicht weitergehend, dass der Anwender der Druck- oder Lockmittel ein bestimmtes Verhalten des Adressaten auf dem Markt beabsichtige.⁹⁴

e) Bestpreis-Klausel (Art. 101 Abs. 1 AEUV; § 1 GWB)

Mit Beschluss vom 14. Juli 2020⁹⁵ hat der Bundesgerichtshof die Rechtsbeschwerde zur Klärung der Frage zugelassen, ob und inwieweit die Bestpreisklausel des Hotelbuchungsportals „booking.com“ zulässig ist.

⁹² Beschluss vom 13. Juli 2020 – [KRB 21/20](#) – juris.

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 10.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁹⁵ Beschluss vom 14. Juli 2020 – [KVZ 56/19](#) – juris.

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

In seinem Beschluss „Facebook“ vom 23. Juni 2020⁹⁶ nimmt der Kartellsenat die Gelegenheit zu grundsätzlichen Ausführungen zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung bei zweiseitigen Plattformmärkten wahr und trifft eine Grundsatzentscheidung zum Konditionenmissbrauch bei Verletzung datenschutzrechtlicher Vorgaben.

Mit Beschluss vom 06. Februar 2019 hatte das Bundeskartellamt Facebook untersagt, Nutzungsbedingungen zu verwenden, nach denen die Nutzung des sozialen Netzwerks durch in Deutschland ansässige private Nutzer davon abhängig ist, dass die Betreibergesellschaft nutzer- und gerätebezogene Daten, die bei der Nutzung der Dienste sowie beim Aufruf von Internetseiten Dritter („Off-Facebook-Daten“) über eingebundene Schnittstellen erhoben und gespeichert werden, ohne Einwilligung der Nutzer mit den bei der Nutzung von Facebook erhobenen und gespeicherten Daten dieser Nutzer verknüpfen und verwenden kann. Das Bundeskartellamt hatte insoweit die Nutzungsbedingungen von Facebook beanstandet, die u.a. vorsahen, dass Facebook jedem Nutzer ein „personalisiertes Erlebnis“ bereitstellt, für das seine Facebook zur Verfügung stehenden personenbezogenen Daten – einschließlich der Off-Facebook-Daten – verwendet werden. Auf die Beschwerde von Facebook hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 26. August 2020⁹⁷ die aufschiebende Wirkung dieser Beschwerde gemäß § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB angeordnet. Aus Sicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf lag ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. § 19 Abs. 1 GWB nicht vor; der Datenbezug aus Drittquellen stelle keine wettbewerbsschädliche Ausbeutung der Nutzer dar. Ob die von Facebook verwendeten Nutzungsbedingungen und die darauf basierende Datenverarbeitung den Vorgaben der DS-GVO standhielten, könne dahinstehen. Denn der notwendige Kausalzusammenhang zwischen der vom Bundeskartellamt bejahten

⁹⁶ Beschluss vom 23. Juni 2020 – [KVR 69/19](#) – juris.

⁹⁷ Beschluss vom 26. August 2019 – VI-Kart 1/19 (V) – Facebook I – juris.

marktbeherrschenden Marktstellung von Facebook und dem angenommenen Verstoß gegen Datenschutzrecht lasse sich nicht feststellen. Auf die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts hat der Bundesgerichtshof den Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf aufgehoben und den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt.

Der Kartellsenat folgt der Annahme des Bundeskartellamts, dass Facebook auf dem relevanten nationalen Markt für soziale Netzwerke für private Nutzer über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Der von Facebook ermöglichte umfassende, persönliche „virtuelle Raum“⁹⁸ sei nicht austauschbar mit dem Leistungsangebot von Berufsnetzwerken und Jobbörsen und anderen sozialen Medien.⁹⁹ Dass Facebook für die Inanspruchnahme der Leistungen durch die Nutzer keine monetäre Geldleistung verlange, hindere die Annahme eines abgegrenzten Marktes nicht; es handele sich um einen mehrseitigen Markt, bei dem die unentgeltliche Leistung Teil einer auf Erwerbszwecke angelegten Geschäftstätigkeit sei.¹⁰⁰ Die beherrschende Stellung von Facebook auf diesem Markt ergebe sich aus dem vom Bundeskartellamt ermittelten Anteil der Nutzer des Netzwerks von über 90 % in den Verkehrsbefragungen im Zeitraum zwischen 2012 und 2018. Dem stehe nicht – was der Kartellsenat als richtig unterstellt – entgegen, dass auf dem Werbemarkt als anderer Marktseite funktionierender Wettbewerb herrsche. Derartige indirekte Netzwerkeffekte würden Facebook motivieren, auf der Nutzerseite vorhandene Verhaltensspielräume zugunsten der Werbemarktseite auszunutzen. Zudem würden direkte Netzwerkeffekte zu einem hohen Bindungseffekt (lock-in-Effekt) führen und letztlich dazu, dass die Nutzer eher bereit sind, mit der Nutzung des sozialen Netzwerks verbundene Nachteile in Kauf zu nehmen.¹⁰¹ Das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Facebook i.S.v. § 19 Abs. 1 GWB

⁹⁸ insoweit unter Verweis auf Kommission, Entscheidung vom 03. Oktober 2014 – COMP/M.7217 – Facebook / whatsapp – Rn. 54.

⁹⁹ BGH, a.a.O., juris, Rn. 24 f.

¹⁰⁰ a.a.O., juris, Rn. 27 f.

¹⁰¹ a.a.O., juris, Rn. 42 f.

verneint. Den Nutzern werde durch die Erweiterung des typischen Leistungsangebots einer sozialen Plattform um die „Bereitstellung eines personalisierten Erlebnisses“ auf der Grundlage von Off-Facebook-Daten ein Leistungsinhalt aufgedrängt, den sie möglicherweise nicht wünschen und für den sie jedenfalls nicht den Zugriff von Facebook auf personenbezogene Daten in Kauf nehmen möchten, die sie Facebook nicht zur Verfügung gestellt hätten. Die kartellrechtliche Relevanz dieser Leistungserweiterung ergebe sich daraus, dass die privaten Nachfrager der Leistung des Plattformanbieters eine für sie unverzichtbare Leistung nur zusammen mit einer weiteren unerwünschten Leistung erhalten.¹⁰²

Die Wettbewerbsschädlichkeit der aufgedrängten Leistungserweiterung ergebe sich hier sowohl aus der Ausbeutung der Abnehmer als auch aus ihrer wettbewerbsbehindernden Wirkung. Der Senat beantwortet insoweit die Frage, inwieweit ein Konditionenmissbrauch i.S.v. § 19 GWB eine Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Vertragskonditionen voraussetze, fallbezogen. Die nach § 19 Abs. 1 GWB grundsätzlich geforderte Kausalität sei nach dem Zweck der Missbrauchsaufsicht zu bestimmen.¹⁰³ Bei einem Konditionenmissbrauch setze die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nicht stets einen Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem missbilligten Verhalten voraus; es reiche vielmehr ein Kausalzusammenhang mit der wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung aus, wenn die beanstandeten Nutzungsbedingungen zu einem Marktergebnis führen, das unter den Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs nicht zu erwarten wäre, und diese objektiv geeignet sind, zu schädlichen Auswirkungen auf das Marktgeschehen und den Wettbewerb zu führen.¹⁰⁴ Bei zweiseitigen Plattformmärkten könne ein solcher kausaler Zusammenhang zwischen Marktbeherrschung und Marktergebnis insbesondere dann gegeben sein, wenn die Ausbeutung auf der einen Marktseite durch den Intermediär zugleich geeignet ist, den Wett-

¹⁰² a.a.O., juris, Rn. 58.

¹⁰³ a.a.O., juris, Rn. 64 f.

¹⁰⁴ a.a.O., juris, Rn. 76 f. unter Verweis auf BGH, Urteil vom 04. November 2003 – [KZR 38/02](#) – Strom und Telefon II – juris, Rn. 22 sowie Leitsatz 1.

bewerb auf dem beherrschten Markt sowie auf der anderen Marktseite zu beeinträchtigen.¹⁰⁵ Hieran gemessen bestünden keine ernsthaften Zweifel daran, dass die beanstandeten Nutzungsbedingungen von Facebook zu einem wettbewerbswidrigen Marktergebnis führen, weil diese unter den Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs nicht zu erwarten wären. Die beanstandete Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen sei auch geeignet, den Wettbewerb zu behindern. Wegen der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb um Werbeverträge lasse sich auch eine Beeinträchtigung des Marktes für Onlinewerbung nicht ausschließen; darauf, ob Facebook auf einem ggf. gesondert abzugrenzenden Markt für Onlinewerbung für soziale Medien über eine beherrschende Stellung verfüge, komme es nicht an.¹⁰⁶

Im Rahmen der umfassenden Interessenabwägung bei der Feststellung eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung durch Facebook berücksichtigt der Senat, dass der Zugang von Nutzern zu dem sozialen Netzwerk jedenfalls für Teile der Verbraucher in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheide, sodass diesen nicht zugemutet werden kann, hierauf zu verzichten.¹⁰⁷ Das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung erfordere gerade im Zusammenhang mit der erheblichen politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Kommunikation im Internet im besonderen Maße einen Schutz der Nutzer vor einer Ausbeutung dieser Kommunikationsdaten durch unangemessene Preisgabe zur Verwertung durch den Betreiber eines sozialen Netzwerks. Diese grundrechtliche Gewährleistung sei bei der Auslegung der zivilgerichtlichen Generalklauseln, zu denen auch § 19 GWB gerechnet werden könne, heranzuziehen.¹⁰⁸ Dem Erfordernis einer substantiellen Entscheidungsbefugnis des Betroffenen über die Verwendung seiner personenbezogenen Daten und der

¹⁰⁵ a.a.O., juris, Rn. 79 f. und Leitsatz 2.

¹⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 84 f.

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 102 unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09 – Stadionverbot – juris, Rn. 51.

¹⁰⁸ a.a.O., juris, Rn. 103 f. unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 06. November 2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I – juris, Rn. 87 f.

Anknüpfung an Zweck und Zweckbindungen der Datenverarbeitung in Wechselwirkung mit Einwilligungserfordernissen werde auch durch die DS-GVO, insbesondere der in Art. 6 Abs. 1, Rechnung getragen.¹⁰⁹ Facebook berufe sich ohne Erfolg auf eine Berechtigung zur Verarbeitung der Off-Facebook-Daten unabhängig von einer Nutzereinwilligung gestützt auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. c), d) und f) DS-GVO.

3. Zusammenschlusskontrolle (entfällt)

4. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung: „Stationspreissystem II“ (Art. 102 AEUV)

In seiner Entscheidung „Stationspreissystem II“¹¹⁰ setzt der Kartellsenat seine in der Entscheidung „Trassenentgelte“¹¹¹ begonnene Rechtsprechung zum Verhältnis von sekundärrechtlichem Regulierungsrecht und der Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts fort. Der Senat bestätigt, dass die Vorgaben in der Richtlinie 2001/14/EG zur Regulierung von Eisenbahninfrastrukturunternehmen und den Vorgaben der Richtlinie zur Tätigkeit einer Regulierungsbehörde der Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV nicht entgegenstehen.¹¹² Eine Vorlage an den EuGH sieht der Kartellsenat als nicht veranlasst an: Kompetenz- oder Wertungswidersprüche zwischen dem Regulierungsrecht einerseits und dem Kartellrecht andererseits bestünden nicht; zudem könne die Richtlinie den Schadensersatzanspruch eines Eisenbahnverkehrsunternehmens ohnehin weder ausschließen noch könne sie unmittelbar weitere materiell- oder verfahrensrechtliche Voraussetzungen für seine Geltendmachung und Durchsetzung begründen.¹¹³ Da das Berufungsgericht die Zuerkennung eines Zahlungsanspruchs des Eisenbahnverkehrsunternehmens noch auf die Unbilligkeit der fraglichen Stationspreisentgelte gemäß dem Preissystem 2005 ge-

¹⁰⁹ a.a.O., juris, Rn. 106 f.

¹¹⁰ Urteil vom 01. September 2020 – [KZR 12/15](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

¹¹¹ Urteil vom 29. Oktober 2019 – [KZR 39/19](#) – juris.

¹¹² a.a.O., [KZR 12/15](#) – juris, Rn. 13 f.

¹¹³ a.a.O., juris, Rn. 33 f. und Rn. 38 f.

stützt hatte, hat der Kartellsenat das Berufungsurteil aufgehoben und für das wiedereröffnete Berufungsverfahren auf einen möglichen Preismissbrauch i.S.v. Art. 102 Abs. 1 AEUV hingewiesen.

Für die Beurteilung einer sachlich ungerechtfertigten Gleichbehandlung werde das Berufungsgericht dem Bescheid der Bundesnetzagentur vom 10. Dezember 2009 zum Preissystem 2005 indizielle Bedeutung beimessen können; dies gelte sowohl für die in diesem Bescheid angenommene Ungleichbehandlung gleicher Bahnhofskategorien als auch für die dort angenommene fehlende sachliche Rechtfertigung unterschiedlicher Kategoriepreise. Der indiziellen Bedeutung dieser Regulierungsentscheidung stehe nicht deren fehlende Rechtskraft aufgrund des Widerspruchs des Infrastrukturunternehmens entgegen. Die Beklagte sei nicht gehindert, im wiedereröffneten Berufungsverfahren Einwände gegen die in dem Bescheid angenommene rechtlich relevante Ungleichbehandlung zu erheben.¹¹⁴ Auch werde das Berufungsgericht die erforderliche Eignung zur Behinderung von Handelspartnern auf nachgelagerten Märkten i.S.v. Art. 102 Abs. 2 Buchst. c) AEUV nicht ohne weiteres verneinen können. Da die zugangsberechtigten Schienenverkehrsunternehmen potentiell bundesweit im Wettbewerb um Aufträge für die Erbringung von Verkehrsleistungen stünden, sei das Preissystem 2005 geeignet gewesen, deren Position im Wettbewerb zu benachteiligen.¹¹⁵ Auch komme eine missbräuchliche Überhöhung der Stationspreise in Betracht. Eine sprunghafte Erhöhung von einigem Gewicht könne ein bedeutsames Indiz für die missbräuchliche Ausnutzung von Handlungsspielräumen des marktbeherrschenden Unternehmens darstellen. Insoweit habe das Berufungsgericht – wenn auch unter dem nicht maßgeblichen Gesichtspunkt des § 315 Abs. 3 BGB – mit Recht die Erhöhung gegenüber dem Preissystem 1999 berücksichtigt.¹¹⁶

¹¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 61.

¹¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 63.

¹¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 67 f.

5. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales

a) „Unterlassenes Angebot“ (§§ 81 Abs. 2 Nr. 1, § 1 GWB)

Zur fünfjährigen Verjährungsfrist für die Verfolgung der Ordnungswidrigkeit gemäß § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB führt der Senat in seiner Entscheidung „Unterlassenes Angebot“ vom 25. August 2020¹¹⁷ aus. Der Fristbeginn knüpft danach an die materielle Beendigung der Tat i.S.v. § 31 Abs. 3 OWiG an. Bei der bußgeldbewehrten Submissionsabsprache beginnt die Verjährung nicht schon mit dem sich aus der wettbewerbsbeschränkenden Absprache ergebenden Vertragsschluss, sondern erst mit der vollständigen Vertragsabwicklung; abgewickelt ist der Vertrag jedenfalls nicht vor Erstellung der Schlussrechnung.¹¹⁸ Dieser Zeitpunkt der materiellen Tatbeendigung ist maßgebend für sämtliche Personen, welche die Absprache getroffen haben, auch soweit sie absprachegemäß von einem eigenen Angebot abgesehen haben.¹¹⁹

b) „Facebook II“ (§§ 74, 75 GWB)

Im Beschluss „Facebook II“ vom 15. Dezember 2020¹²⁰ hat der Kartellsenat auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Bundeskartellamts die Rechtsbeschwerde gegen einen sog. „Hängebeschluss“ des Oberlandesgerichts Düsseldorf zugelassen. Nachdem der Bundesgerichtshof mit dem o.g. Beschluss „Facebook“ vom 23. Juni 2020 die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde durch das Beschwerdegericht aufgehoben und den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde abgelehnt hatte, ordnete das Oberlandesgericht Düsseldorf auf erneuten Antrag der Betroffenen mit Beschluss vom 30. November 2020 die aufschiebende Wirkung der Beschwerde vorläufig bis zur endgültigen Entscheidung über den Eilantrag an. Hiergegen ließ der Bundesgerichtshof die Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung der Frage zu, ob „Hängebeschlüsse“ nur bei drohenden schweren und unab-

¹¹⁷ Beschluss vom 25. August 2020 – [KRB 25/20](#) – juris.

¹¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹²⁰ Beschluss vom 15. Dezember 2020 – [KVZ 90/20](#) – juris.

wendbaren Nachteilen, die unmittelbar durch Vollstreckungshandlungen drohen, die vor Erlass der Eilentscheidung ergehen, zulässig sind.¹²¹ Die Nichtzulassungsbeschwerde gegen den „Hängebeschluss“ sei auch statthaft. Derartige Zwischenentscheidungen hätten im GWB zwar keine ausdrückliche gesetzliche Regelung; die Befugnis zu einer solchen Entscheidung könne aber aus der Garantie des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) hergeleitet werden. Der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle habe die Rechtsbeschwerdemöglichkeit auf sämtliche Entscheidungen der Oberlandesgerichte gemäß § 65 GWB einschließlich ihrer Entscheidungen über die Gewährung oder Versagung von vorläufigem Rechtsschutz erstreckt. „Hängebeschlüsse“ unterschieden sich hinsichtlich ihrer Wirkungen nicht von Entscheidungen nach § 65 GWB.¹²²

6. Sonstiges (entfällt)

Karlsruhe, den 22. April 2021

Dr. Peter Rädler

¹²¹ a.a.O., juris, Rn. 14.

¹²² a.a.O., juris, Rn. 9.