

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 2. Halbjahr 2021

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

Dieser Beitrag fasst die im zweiten Halbjahr 2021 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 2022 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

a) „Vertragsdokumentengenerator“ (§ 2 f. RDG)

Der Anbieter „smartlaw“ wurde in der Rechtssache „Vertragsdokumentengenerator“³ von der klagenden Rechtsanwaltskammer auf Unterlassung in Anspruch genommen, weil die elektronische Bereitstellung von auf Kundenwünsche zugeschnittenen Vertragsdokumenten und das vorgeschaltete Frage-Antwort-System gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz verstoßen. Nach erstinstanzlicher Klageabweisung hatte das Berufungsgericht angenommen, dass die Klägerin von smartlaw keine Unterlassung der Erstellung von Vertragsentwürfen mit Hilfe ihres digitalen Rechtsdokumentengenerators verlangen kann. Dem ist der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Ergebnis gefolgt. Ein Verstoß gegen § 3 RDG, wonach die selbstständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem durch dieses Gesetz oder aufgrund anderer Gesetze erlaubten Umfang zulässig ist, kann einen Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1, §§ 3 Abs. 1 und 3a UWG begründen. Die Bestimmung des § 3 RDG ist eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG.⁴ Eine Rechtsdienstleistung ist nach § 2 Abs. 1 RDG jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Anders als vom Berufungsgericht angenommen, setze eine Tätigkeit

³ Urteil vom 09. September 2021 – [I ZR 113/20](#) – juris.

⁴ a.a.O. – juris, Rn. 15 f.

in diesem Sinne keine menschliche oder zumindest mitdenkende Aktivität voraus⁵. Durch die Erstellung eines Vertragsdokuments mit Hilfe des Generators „smartlaw“ werde die Beklagte aber nicht i.S.v. § 2 Abs. 1 RDG in konkreten fremden Angelegenheiten tätig. Zwar handele es sich – auch insoweit abweichend von der Beurteilung des Berufungsgerichts – bei der Erstellung des vom Nutzer gewünschten Vertragsdokuments um eine fremde Angelegenheit. Die Anfertigung des Rechtsdokuments diene in erster Linie dem wirtschaftlichen Interesse des Nutzers, auch wenn die Beklagte mit Blick auf die dafür anfallende Vergütung mittelbar ein eigenes finanzielles Interesse verfolgt.⁶

Durch die Erzeugung des vom Anwender gewünschten Dokuments werde die Beklagte jedoch nicht in einer konkreten Angelegenheit i.S.v. § 2 Abs. 1 RDG tätig. Das Angebot von standardisierten Rechtsdokumenten oder von fertigen Textbausteinen, etwa in einem Formularhandbuch, ist nicht auf einen konkreten Sachverhalt gerichtet. Auch die Unterstützung beim Ausfüllen eines dem Kunden überlassenen, alle wesentlichen rechtlichen Gesichtspunkte vorgegebenen Formulars in Form der Abfrage und Einfügung von tatsächlichen Sachverhaltsangaben stelle, so der Bundesgerichtshof, keine Rechtsdienstleistung in einem konkreten Fall dar.⁷ Das für „smartlaw“ verwendete Computerprogramm sei nicht auf einen individuellen realen Fall zugeschnitten, sondern erfasse allgemeine Sachverhalte mit üblicherweise auftretenden Fragen. Eine solche abstrakte Angelegenheit werde nicht dadurch zu einer konkreten Angelegenheit, dass der Nutzer des Rechtsdokumentengenerators durch die Beantwortung der vorgegebenen Fragen Angaben zu einem realen Sachverhalt mache. Auf der Grundlage der rechtsfehlerfreien tatgerichtlichen Feststellungen gehe der Nutzer davon aus, anhand seiner Angaben werde ein standardisiertes Vertragsformular erzeugt, ohne dass sein konkreter Fall geprüft und einer auf seine individuellen Verhältnisse zugeschnittenen rechtlichen Lösung zugeführt werde. Für den Nutzer sei danach erkennbar, dass die Beklagte

⁵ a.a.O. – juris, Rn. 23 f.

⁶ a.a.O. – juris, Rn. 27 f.

⁷ a.a.O. – juris, Rn. 32.

keine Rechtsdienstleistung erbringe, die eine entsprechende Fachkunde erfordere.⁸

b) „Kurventreppenlift“ (§ 3a UWG i.V.m. §§ 312d Abs. 1, 312g Abs. 1 BGB)

In der Sache „Kurventreppenlift“⁹ hat die klagende Verbraucherzentrale den beklagten Anbieter von Treppenliftsystemen vor dem Bundesgerichtshof erfolgreich auf Unterlassung wegen Verletzung des Widerrufsrechts bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen in Anspruch genommen. Der beklagte Anbieter von Treppenliftsystemen hatte auf seiner Internetseite damit geworben, bei Kurventreppenliften würden in der Regel die Schienen für eine Treppenliftanlage individuell geformt und exakt an die Gegebenheiten vor Ort angepasst; der Gesetzgeber habe für individuell gefertigte Kurventreppenlifte ein Widerrufsrecht ausgeschlossen; bei dem werbenden Anbieter bleibe aber das gesetzlich vorgesehene 14-tägige Widerrufsrecht dagegen bestehen.

Die in § 312d BGB und in Art. 246a § 1 EGBGB enthaltenen Regelungen über die Information über das Widerrufsrecht der Verbraucher bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen nach § 312g Abs. 1 BGB stellen dem Schutz der Verbraucher dienende Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 3a UWG dar.¹⁰ Streitig war hier, ob die Ausnahmebestimmung des § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB erfüllt ist, wonach das Widerrufsrecht – vorbehaltlich einer abweichenden Parteivereinbarung – nicht bei Verträgen zur Lieferung von Waren besteht, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist oder die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind. Insofern war das Berufungsgericht noch zutreffend davon ausgegangen, dass zu den Verträgen zur Lieferung von Waren i.S.v. § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB

⁸ a.a.O. – juris, Rn. 34 f. und insbesondere Rn. 40.

⁹ Urteil vom 20. Oktober 2021 – [I ZR 96/20](#) – juris.

¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 14.

Kaufverträge i.S.v. § 433 BGB und Werklieferungsverträge i.S.v. § 650 BGB, aber weder Dienstverträge i.S.v. § 611 BGB noch – jedenfalls im Regelfall – Werkverträge i.S.v. § 631 BGB zählen. Der I. Zivilsenat hebt insoweit die gebotene richtlinienkonforme Auslegung von § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB am Maßstab von Art. 16 Buchst. c) der Richtlinie 2011/83/EU über Fernabsatzverträge hervor. Danach zählen zu den Kaufverträgen i.S.d. Richtlinie nicht ausschließlich Kaufverträge im engeren Sinne, sondern auch bestimmte Arten von Verträgen, die eine Dienstleistung umfassen, nämlich Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter und Verträge, die die Montage solcher Güter im Verbund mit einem Kaufabschluss vorsehen.¹¹ Für die Abgrenzung von Kauf- und Werklieferungsverträgen einerseits und Werkverträgen andererseits komme es darauf an, auf welcher der Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liege; bestehe der Schwerpunkt in der Montage- und Bauleistung bei der Herstellung eines funktionstauglichen Werks, etwa auf Einbau und Einpassung der Sache in die Räumlichkeit, und dem damit verbundenen individuellen Erfolg, liege ein Werkvertrag vor.¹²

Nach diesen Grundsätzen halte die Beurteilung des Berufungsgerichts, im Streitfalle handele es sich um einen Werklieferungsvertrag, der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts sei bei der Abgrenzung zwischen Werklieferungsvertrag und Werkvertrag auch der Aufwand für die individuelle Erstellung der Laufschiene zu berücksichtigen; ein verhältnismäßig geringer Montageaufwand stehe der Einordnung als Werkvertrag nicht entgegen, wenn der Vertragsgegenstand eine Anpassung typisierter Einzelteile an die individuellen Wünsche des Bestellers erfordere.¹³ Wegen der Einordnung der in Rede stehenden Verträge als Werkverträge, findet die Ausnahmebestimmung auf die Lieferung individuell hergestellter Waren gemäß § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB keine

¹¹ a.a.O. – juris, Rn. 18 f. unter Verweis u.a. auf EuGH, Urteil vom 07. September 2017 – C-247/16 – juris, Rn. 37 – Schottelius.

¹² a.a.O. – juris, Rn. 22.

¹³ a.a.O. – juris, Rn. 24 f.

Anwendung. Der beklagte Anbieter ist daher im Fall des außerhalb von Geschäftsräumen vorgenommenen Abschlusses von Verträgen über die Lieferung und Montage eines Kurventreppenlifts mit individuell erstellter Laufschiene verpflichtet, den Verbraucher über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts zu informieren.

c) „Kabel-TV-Anschluss“

Im Urteil „Kabel-TV-Anschluss“ vom 18. November 2021¹⁴ beschäftigt sich der Bundesgerichtshof mit der Anwendung der telekommunikationsrechtlichen Verbraucherschutzbestimmungen auf kommerzielle Wohnungsanbieter, welche die vermieteten Wohnungen mit einem Kabel-TV-Anschluss ausstatten. Gemäß § 43b Satz 1 TKG in der bis 30. November 2021 geltenden Fassung (a.F.) durfte die anfängliche Laufzeit eines Vertrages zwischen einem Verbraucher und einem Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten 24 Monate nicht überschreiten; solche Anbieter waren zudem verpflichtet, einem Verbraucher zu ermöglichen, einen Vertrag mit einer Höchstlaufzeit von 12 Monaten abzuschließen. Die klagende Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs hatte die beklagte Wohnungsanbieterin in Anspruch genommen, es zu unterlassen, Wohnraummietverträge mit Verbrauchern mit einem Kabel-TV-Anschluss abzuschließen, wenn dieser Anschluss nicht wenigstens zum Ablauf von 24 Monaten Laufzeit kündbar ist (Antrag 1), sowie es zu unterlassen, Verbrauchern solche Wohnraummietverträge anzubieten, ohne alternativ die Möglichkeit einer auf höchstens 12 Monate Laufzeit begrenzten Bereitstellung des Kabel-TV-Anschlusses anzubieten. Die Vorinstanzen hatten bereits die Anwendbarkeit von § 43b TKG a.F. auf die Beklagte verneint. Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt, sondern hat die Anträge wegen der konkreten Ausgestaltung der Mietverträge als unbegründet angesehen.

¹⁴ Urteil vom 18. November 2021 – [I ZR 106/20](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Im Ausgangspunkt ordnet der Bundesgerichtshof § 43b TKG a.F. als Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG ein. Wie sich aus der Vorschrift von Art. 30 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG ergebe, habe diese Bestimmung das Ziel, den Anbieterwechsel durch die Endnutzer zu erleichtern; sie solle die potentielle Wechselbereitschaft durch das Angebot von Verträgen mit kürzerer Laufzeit stärken und einen wettbewerbsfördernden Impuls setzen.¹⁵ Die von den Mietern der Beklagten über den zur Ausstattung ihrer Mietwohnung gehörenden Kabel-TV-Anschluss bezogenen Dienste seien auch Telekommunikationsdienste i.S.v. § 43b TKG a.F. Die Bereitstellung eines Kabel-TV-Anschlusses sei ein Telekommunikationsdienst i.S.v. § 3 Nr. 24 TKG a.F. Der mit der Bereitstellung eines Kabel-TV-Anschlusses durch die Beklagte erbrachte Dienst bestehe im Sinne dieser Legaldefinition „ganz oder überwiegend“ in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts komme es nicht darauf an, ob alle in den von der Beklagten abgeschlossenen Wohnraummietverträgen vorgesehenen Leistungen der Beklagten „ganz oder überwiegend“ in der Übertragung von Signalen bestehen. Maßgeblich sei vielmehr die Frage, ob über den bereitgestellten Kabel-TV-Anschluss ganz oder überwiegend Signale übertragen werden, was hier der Fall sei.¹⁶ Die von der Beklagten angebotenen Telekommunikationsdienste seien auch öffentlich zugänglich. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts sei der mit der Bereitstellung von Kabel-TV-Anschlüssen erbrachte Dienst der Beklagten bei der Versorgung vermieteter Wohnungen mit Fernseh- und Hörfunksignalen öffentlich zugänglich. Das Wohnungsangebot der Beklagten und das damit verbundene Angebot zur Nutzung eines Kabel-TV-Anschlusses richte sich an jedermann; nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vermiete die Beklagte in rund 100 Kommunen in Nordrhein-Westfalen mehr als 120.000 Mietwohnungen.¹⁷

¹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 26 f.

¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 38 f.

¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 51 f.

Der Unterlassungsantrag der Klägerin sei jedoch nicht begründet, da die Beklagte keine 24 Monate überschreitende anfängliche Mindestlaufzeit i.S.v. § 43b Satz 1 TKG a.F. vereinbare. Nach dem Mustermietvertrag der Beklagten könne der Mieter den Mietvertrag entsprechend der gesetzlichen Regelung bis zum dritten Werktag eines Kalendermonats zum Abschluss des übernächsten Kalendermonats kündigen.¹⁸ Eine analoge Anwendung von § 43b Satz 1 TKG a.F. in dem Sinne, dass die Mieter der Beklagten berechtigt sein müssten, die Inanspruchnahme des Kabel-TV-Anschlusses unabhängig vom Wohnraummietvertrag zu kündigen, scheidet mangels planwidriger Regelungslücke aus.¹⁹ Mit der Einführung von § 43b TKG a.F. durch das TKG-Änderungsgesetz von 2012 habe der Gesetzgeber auch das miet- und betriebskostenrechtliche Umlageverhältnis geregelt, ohne im Mietrecht Sondervorschriften einzuführen, die inhaltlich dem Regelungsgehalt des § 43b TKG entsprächen. Erst nach § 71 Abs. 2 TKG Satz 3 in der ab 01. Dezember 2021 geltenden Fassung könnten Verbraucher entsprechend § 56 Abs. 3 TKG n.F. gegenüber ihrem Vermieter die Beendigung der Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten im Rahmen eines Miet- oder Pachtverhältnisses erklären. Auch ein Verstoß der Beklagten gegen § 43b Satz 2 TKG a.F. liege nicht vor; die Beklagte vereinbare mit ihren Mietern ausweislich des vorgelegten Mustermietvertrages keine anfängliche Mindestvertragslaufzeit.²⁰

d) „Rundfunkhaftung“ (§ 3a UWG; § 5 GlüStV 2012/2021)

In dem Urteil „Rundfunkhaftung“ vom 22. Juli 2021²¹ bekräftigt der Bundesgerichtshof die Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrages als Marktverhaltensregelungen zum Schutz der Spielteilnehmer i.S.v. § 3a UWG. Tochterunternehmen der Beklagten strahlten in den Jahren 2018 und 2019 Fernsehspots aus, in denen für Casino- und Automaten Spiele auf Internetseiten geworben wurde, deren Betreiber nicht über Lizenzen

¹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 62 f.

¹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 65 f.

²⁰ a.a.O. – juris, Rn. 81 f.

²¹ Urteil vom 22. Juli 2021 – [I ZR 194/20](#) – juris; dazu auch unten I. 9.

zur Veranstaltung von Glücksspielen in Deutschland verfügten. Der Bundesgerichtshof hebt hervor, dass das Veranstalten öffentlicher Glücksspiele ohne Erlaubnis der zuständigen Landesbehörde nach § 4 Abs. 1 GlüStV 2012, § 4 Abs. 1 GlüStV 2021 verboten gewesen sei; bis zum 30. Juli 2021 sei das Veranstalten von Online-Casinospielen und virtuellen Automaten spielen im Internet verboten und auch nicht erlaubnisfähig gewesen. Damit habe es sich um Werbung für unerlaubte Glücksspiele i.S.v. § 5 Abs. 5 GlüStV 2012 und § 5 Abs. 7 GlüStV 2021 gehandelt.²² Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung sei ohne Belang, dass sich die Länder im Beschluss vom 08. September 2020 darauf verständigt hätten, auch noch nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages 2021 bis zum Übergang der Aufgabenwahrnehmung auf die gemeinsame Glücksspielbehörde der Länder den Vollzug gegen unerlaubte Glücksspielangebote auf diejenigen Anbieter zu konzentrieren, die sich absehbar auch der neuen Regelung entziehen wollten. Durch diesen Beschluss seien die unerlaubten Online-Angebote von Casino- und Automaten spielen nicht im Wege eines Verwaltungsakts legalisiert worden. Es bleibe daher dabei, dass der zivilrechtliche Schutz für Mitbewerber und die verwaltungsbehördliche Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Verhaltenspflichten unabhängig nebeneinander stünden.²³

e) Vorlagebeschluss: „Flaschenpfand III“ (§ 3a UWG; § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV; Art. 2 Buchst. a) Richtlinie 98/6/EG)

Im Beschluss vom 29. Juli 2021²⁴ legt der I. Zivilsenat dem EuGH die Frage vor, ob der Begriff des Verkaufspreises i.S.v. Art. 2 Buchst. a) der Preisangabenrichtlinie 98/6/EG dahin auszulegen ist, dass er den Pfandbetrag enthalten muss, den der Verbraucher beim Kauf von Waren in Pfandflaschen oder Pfandgläsern zu zahlen hat, sowie für den Fall, dass diese Frage bejaht wird, ob die Mitgliedsstaaten durch den Grundsatz der Vollharmonisierung gehindert sind, eine von Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 2

²² a.a.O. – juris, Rn. 46 f.

²³ a.a.O.- juris, Rn. 51 f.

²⁴ Beschluss vom 29. Juli 2021 – [I ZR 135/20](#) – juris.

Buchst. a) der Richtlinie 98/6/EG abweichende Regelung wie die in § 1 Abs. 4 PAngV beizubehalten, wonach für den Fall, dass außer dem Entgelt für eine Ware eine rückerstattbare Sicherheit gefordert wird, deren Höhe neben dem Preis für die Ware anzugeben und kein Gesamtbetrag zu bilden ist.²⁵ Der Senat neigt selbst der Auffassung zu, dass ein Pfandbetrag Teil des Verkaufspreises gemäß Art. 2 Buchst. a) der Richtlinie 98/6/EG ist. Diese Fragen seien entscheidungserheblich, da § 1 Abs. 4 PAngV entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht dahingehend richtlinienkonform ausgelegt werden könne, dass die Bestimmung die Verpflichtung zur Angabe eines Gesamtpreises inklusive eines Pfandbetrags zulasse. Wäre die Richtlinie 98/6/EG mit Blick auf den Begriff des Verkaufspreises im Sinne der Auslegung durch den Senat auszulegen, würde § 1 Abs. 4 PAngV gegen § 5a Abs. 2 und Abs. 4 UWG verstoßen und wäre damit nichtig²⁶. Die in Art. 3 Abs.1 und Abs. 4 der Richtlinie 98/6/EG geregelten Informationspflichten sind nach Auffassung des Senats wesentliche Informationspflichten gemäß Art. 7 Abs. 5 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG und damit auch gemäß § 5a Abs. 4 UWG.

4. Mitbewerberschutz/Aggressive geschäftliche Handlungen

a) „Kaffeebereiter“ (§ 4 Nr. 3 UWG)

In der Entscheidung „Kaffeebereiter“²⁷ führt der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung zur Darlegungs- und Beweislast beim wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz weiter. In dieser Sache hatte die Herstellerin eines Kaffeebereiters die Beklagte wegen Verletzung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren Täuschung über die betriebliche Herkunft nach § 4 Nr. 3 Buchst. a) UWG wegen der von dieser vertriebenen Kaffeebereiter in Anspruch genommen. Die in der Schweiz ansässige Klägerin hatte nicht nur seit Jahrzeh-

²⁵ a.a.O. – juris, Rn. 7 f.

²⁶ a.a.O. – juris, Rn. 39 f.

²⁷ Urteil vom 01. Juli 2021 – [I ZR 137/20](#) – juris.

ten Kaffeebereiter unter der Marke „Bodum“ vermarktet, sondern in den Jahren 2005 und 2009 identisch gestaltete Kaffeebereiter auch unter ihrer Zweitmarke „Melior“ vertrieben. Die in den Vorinstanzen erfolgreiche Klage hat der Bundesgerichtshof an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung zurückverwiesen.

Das Berufungsgericht habe im Ausgangspunkt mit Recht angenommen, dass der Kaffeebereiter der Klägerin aufgrund seiner Gestaltung über wettbewerbliche Eigenart verfüge, die unter Berücksichtigung der Dauer und des Umfangs des Vertriebs als wenigstens durchschnittlich einzustufen sei. Seiner Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen des § 4 Nr. 3 UWG genüge der Kläger mit Blick auf die wettbewerbliche Eigenart eines Produkts dadurch, dass er zu dem Produkt und dessen Merkmale, die seine wettbewerbliche Eigenart begründen, konkret vortrage. Hat der Kläger seiner Darlegungs- und Beweislast genügt, treffe die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die das Entstehen der an sich gegebenen wettbewerblichen Eigenart hindern oder eine an sich bestehende wettbewerbliche Eigenart schwächen oder entfallen lassen. Daher sei es nicht Sache des Klägers, sondern der Beklagten, zum wettbewerblichen Umfeld des in Rede stehenden Produkts vorzutragen und die Marktbedeutung von Produkten darzulegen, mit denen sie die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts infrage stellen wollen.²⁸ Danach habe das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft angenommen, einer wettbewerblichen Eigenart des Kaffeebereiters der Klägerin stehe sein Vertrieb unter dem Zweitkennzeichen „Melior“ nicht entgegen. Für den Umstand, dass ein Produkt umfangreich unter Fremdkennzeichnungen in Verkehr gelangt ist, trage zwar die beklagte Partei nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast, weil es sich hierbei um einen Umstand handele, der die an sich gegebene wettbewerbliche Eigenart entfallen lasse. Soweit die beklagte Partei zum Umfang der Fremd- oder Zweitkennzeichnung nicht in vollem Umfang aus eigener Anschauung vortragen kann, trage die kla-

²⁸ a.a.O. – juris, Rn. 22 f.

gende Partei allerdings eine sekundäre Darlegungslast.²⁹ Insoweit habe das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft zu geringe Anforderungen an die sekundäre Darlegungslast der Klägerin gestellt. Nach der Rechtsprechung des Senats ist bei der Prüfung, ob durch eine Nachahmung eine vermeidbare Herkunftstäuschung hervorgerufen wird, auf den Zeitpunkt der Markteinführung der Nachahmung abzustellen. Daraus ergebe sich, dass dieser Zeitpunkt auch für die Prüfung der Frage maßgeblich sei, ob die an sich gegebene wettbewerbliche Eigenart durch einen Vertrieb des in Rede stehenden Produkts unter einem Zweitkennzeichen entfallen sei.³⁰

Das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft eine vermeidbare Täuschung über die betriebliche Herkunft i.S.v. § 4 Nr. 3 Buchst. a) UWG angenommen. Da bei der Frage, ob eine Herkunftstäuschung vorliegt, auf die Erwerbssituation abzustellen sei und im Streitfall ein Erwerb über das Internet in Rede stehe, habe die Beurteilung anhand der Gestaltung des Internetangebots für den beanstandeten Kaffeebereiter zu erfolgen. Insoweit habe das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung die konkrete Kartonverpackung des von der Beklagten vertriebenen Kaffeebereiters nicht hinreichend berücksichtigt.

b) „Flying V“ (§§ 4 Nr. 3 und Nr. 4 UWG)

In seiner Entscheidung „Flying V“³¹ vom 22. September 2021 konkretisiert der Bundesgerichtshof den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz bei nahezu identisch nachgeahmten Luxusprodukten. Streitgegenstand waren die von der in den USA ansässigen Klägerin vertriebenen, in den 60er-Jahren bekannt gewordenen E-Gitarren des Modells „Flying V“ mit v-förmigem Korpus und entsprechend gestalteter Kopfplatte; seit Mai 2014 bot die in Deutschland ansässige Beklagte unter der Marke des von ihr in den 90er-Jahren übernommenen deutschen Gitarrenherstellers ver-

²⁹ a.a.O. – juris, Rn. 36 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 16. November 2017 – [I ZR 91/16](#) – juris, Rn. 22 – Handfugerpistole.

³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 48.

³¹ Urteil vom 22. September 2021 – [I ZR 192/20](#) – juris.

schiedene E-Gitarren im selben Preissegment ebenfalls mit der Bezeichnung „Flying V“ an. Nach antragsgemäßer Verurteilung der Beklagten in erster Instanz war die Klage vor dem Berufungsgericht vollständig erfolglos geblieben. Diese Klageabweisung hat der Bundesgerichtshof bestätigt. Das Berufungsgericht habe mit Recht angenommen, dass der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht unter dem Gesichtspunkt einer unlauteren Nachahmung nach § 4 Nr. 3 UWG begründet sei. Das Berufungsgericht habe es nicht versäumt, für die Ermittlung der wettbewerblichen Eigenart, die Bestimmung des Grads einer Nachahmung sowie die Prüfung der Unlauterkeitsmomente für den maßgeblichen Verkehrskreis festzustellen. Es sei davon ausgegangen, dass die Beklagte mit ihrem Angebot die Nutzergruppe der Hobby- und Profigitarristen der Musikgattung Rock und Heavy Metal anspreche, die sich für E-Gitarren in einem hochpreisigen Bereich interessieren. Eine gespaltene Verkehrsauffassung scheide grundsätzlich und auch im Streitfall aus. Selbst wenn die Mitglieder des Tatgerichts nicht zu dem durch das beanstandete Angebot angesprochenen Verkehrskreis gehören würden, habe es die Auffassung dieses Verkehrskreises aufgrund eigener Sachkunde beurteilen können. Gerichte, die ständig mit Wettbewerbs- und Marken-sachen befasst sind, können nach der Rechtsprechung des I. Zivilsenats aufgrund ihrer eigenen Erfahrung die erforderliche Sachkunde erworben haben, um eigenständig beurteilen zu können, wie Fachkreise oder Verkehrskreise, denen sie nicht angehören, eine bestimmte Aussage verstehen; die Revision mache nicht geltend, dass dazu nach dem Vortrag der Klägerin besondere Kenntnisse oder Erfahrungen erforderlich seien.³² Das Berufungsgericht sei zutreffend von einer originären wettbewerblichen Eigenart ausgegangen, die zum Kollisionszeitpunkt im Mai 2014 noch einen durchschnittlichen Grad aufgewiesen habe.

Der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch sei nicht unter dem Gesichtspunkt einer vermeidbaren Täuschung über die betriebliche Herkunft nach § 4 Nr. 3 Buchst. a) UWG begründet. Das Berufungs-

³² a.a.O. – juris, Rn. 13 f.

gericht habe insoweit rechtsfehlerfrei sowohl eine unmittelbare als auch eine mittelbare Herkunftstäuschung verneint. Beide Parteien wendeten sich mit ihren hochpreisigen Erzeugnissen an einen spezifischen Verbraucherkreis, bei dem nicht ohne Weiteres davon auszugehen sei, dass er sich bei der Zuordnung zu einem bestimmten Hersteller allein an der äußeren Gestaltung einer Gitarre orientiere. Aufgrund der Besonderheiten des Marktes für E-Gitarren werde der Verkehr auch nicht bei der von der Beklagten verwendeten deutschen Marke von einer Zweitmarke der Klägerin ausgehen.³³

Auch bestehe keine unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung nach § 4 Nr. 3 Buchst. b) UWG. Das Berufungsgericht habe im Ausgangspunkt nicht verkannt, dass die Gitarre der Beklagten beim angesprochenen Verkehr eine Herkunftstäuschung verursache und damit zugleich eine Rufausbeutung einhergehe. Rechtsfehlerfrei habe das Berufungsgericht aber einen unangemessenen Imagetransfer im Streitfall verneint. Die Revision könne nicht damit durchdringen, das Berufungsgericht habe auch unabhängig von einer gegenüber dem potenziellen Erwerber vorliegenden Herkunftstäuschung eine Rufausbeutung annehmen müssen, weil im Streitfall jedenfalls Dritte die Nachahmung der Beklagten mit dem Original der Klägerin verwechselten. Der Senat lässt insoweit offen, ob im Anwendungsbereich von § 4 Nr. 3 Buchst. b) UWG weiterhin die zu § 1 UWG a.F. ergangene Rechtsprechung „Tchibo/Rolex“ Gültigkeit habe. Jedenfalls lägen die Voraussetzungen dieser Fallgruppe im Streitfall nicht vor. Es fehle schon an einer nahezu identischen Nachahmung und damit an der Grundvoraussetzung, die eine Täuschung Dritter über die Echtheit der Nachahmung nahelegen könnte. Zudem fehle es an dem vom Senat für maßgeblich erachteten Moment der Übertragung des Prestigewertes eines Luxusprodukts auf eine billige Nachahmung. Sowohl das Original der Klägerin als auch die Nachahmung der Beklagten seien technisch ebenbürtig und bewegten sich im gleichen Preissegment.³⁴ Rechtsfehler-

³³ a.a.O. – juris, Rn. 45 f.

³⁴ a.a.O. – juris, Rn. 56 f. unter Verweis auf BGH, Urteil vom 08. November 1984 – I ZR 128/82

frei habe das Berufungsgericht auch eine Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung nach den vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung „Les-Paul-Gitarren“ entwickelten Grundsätzen verneint. Insoweit fehle es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bereits an einer nahezu vollständigen Übernahme der äußeren Gestaltung der Gitarre der Klägerin; außerdem sei die Gitarre der Beklagten weder qualitativ minderwertiger als die „Flying V“ der Klägerin noch werde sie zu einem erheblich geringeren Preis angeboten.³⁵ Der Senat lässt daher offen, ob die zum Tatbestand des Sittenverstoßes gemäß § 1 UWG a.F. ergangenen Grundsätze des Senats in der Entscheidung „Les-Paul-Gitarren“ in der Sache nunmehr einen Fall der Mitbewerberbehinderung i.S.v. § 4 Nr. 4 UWG betreffen. Eine gezielte Mitbewerberbehinderung habe das Berufungsgericht ebenfalls rechtsfehlerfrei verneint.³⁶ Nach der von der Revision nicht angegriffenen Beurteilung des Berufungsgerichts seien vorliegend keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Beklagte systematisch eine Vielzahl von Produkten der Klägerin nachgeahmt habe; die Gitarren der Beklagten seien zudem ebenso teuer und hochwertig wie die Originalprodukte der Klägerin und stellten sich in der Gestaltung nicht als nahezu identische Kopien dar.

5. Irreführung (§§ 5, 5a UWG)

a) „Kieferorthopädie“ (§§ 5, 5a UWG)

In der Sache „Kieferorthopädie“³⁷ hatte die klagende Zahnärztekammer den Beklagten, der über die Zusatzqualifikation „Master of Science Kieferorthopädie (MSc)“ verfügte, auf Unterlassung der im Internetauftritt verwendeten Angaben „Kieferorthopädie in der ...-Straße“ sowie „Zahnarzt-

– juris, Rn. 17 f. – Tchibo/Rolox.

³⁵ a.a.O. – juris, Rn. 66 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 05. März 1998 – I ZR 13/96 – juris, Rn. 36 – Les-Paul-Gitarren.

³⁶ a.a.O. – juris, Rn. 71 f.

³⁷ Urteil vom 29. Juli 2021 – [I ZR 114/20](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

praxis für Kieferorthopädie“ in Anspruch genommen. Die rechtliche Beurteilung des Oberlandesgerichts, wonach diese Angaben keine Irreführungsgefahr i.S.v. §§ 3, 5 Abs. 1 UWG begründen sollen, hielt der Überprüfung durch den Bundesgerichtshof nicht stand. Das Berufungsgericht habe im Ausgangspunkt ohne Verfahrensfehler die aus der Berufsordnung und der Weiterbildungsordnung folgende Dreiteilung in „einfache“ approbierte Zahnärzte, Zahnärzte mit ausgewiesenem Tätigkeitsschwerpunkt und Fachzahnärzte für Kieferorthopädie bei der Ermittlung der Verkehrsauffassung zugrunde gelegt. Erfahrungswidrig habe das Berufungsgericht allerdings angenommen, einem Durchschnittsverbraucher sei bekannt, dass das für Ärzte grundsätzlich bestehende Verbot, außerhalb ihres Fachgebiets tätig zu werden, für Zahnärzte nicht gilt und kieferorthopädische Leistungen daher auch durch approbierte Zahnärzte erbracht werden dürfen, die nicht dazu berechtigt sind, die Bezeichnung „Fachzahnarzt für Kieferorthopädie“ oder „Kieferorthopäde“ zu führen.³⁸ Die vom Beklagten verwendeten Angaben „Kieferorthopädie“ und „(Zahnarzt-) Praxis für Kieferorthopädie“ seien wegen der berufsrechtlich fehlenden Beschränkung auf ein Fachgebiet zwar objektiv zutreffend.³⁹ Der Beklagte dürfe diese Angaben aber nur dann in seinem Internetauftritt verwenden, wenn er der Fehlvorstellung eines erheblichen Teils der angesprochenen Verkehrskreise, er sei Fachzahnarzt für Kieferorthopädie, durch zumutbare Aufklärung entgegenwirkt.⁴⁰ Anders als von der Klägerin geltend gemacht, könne der Beklagte dabei aber nicht darauf verwiesen werden, den Begriff „Kieferorthopädie“ generell nur unter Voranstellung des Wortes „Tätigkeitsschwerpunkt“ zu verwenden. Einem Zahnarzt müsse es grundsätzlich möglich sein, für die Erbringung von kieferorthopädischen Leistungen zu werben, die ihm auch dann erlaubt ist, wenn er kein Fachzahnarzt für Kieferorthopädie ist und die Voraussetzungen für den Ausweis eines diesbezüglichen Tätigkeitsschwerpunkts nicht erfüllt.⁴¹ Ein Zahnarzt, der in seiner Werbung den Begriff „Kieferorthopädie“ verwendet, ohne Fachzahnarzt für

³⁸ a.a.O. – juris, Rn. 28.

³⁹ a.a.O. – juris, Rn. 34.

⁴⁰ a.a.O. – juris, Rn. 38.

⁴¹ a.a.O. – juris, Rn. 41.

Kieferorthopädie zu sein, sei allerdings gehalten, der aufgrund der Verwendung des Begriffs zu erwartenden Fehlvorstellung der angesprochenen Verkehrskreise durch zumutbare Aufklärung, insbesondere durch einen deutlichen Hinweis auf die Art der von ihm erworbenen Zusatzqualifikation und den Umfang seiner praktischen Erfahrung, entgegenzuwirken.⁴²

b) „Identitätsdiebstahl II“ (§ 5 UWG; § 3 Abs. 3 Anlage Nr. 29 UWG)

In seiner Entscheidung „Identitätsdiebstahl II“ vom 20. Oktober 2021⁴³ setzt der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zu Vertragsbestätigungen fort, die unter missbräuchlicher Verwendung von Kundendaten zu Stande kommen. Der klagende Verbraucherschutzverband hatte in dieser Sache ein Inkassounternehmen auf Unterlassung in Anspruch genommen, nachdem dieses im Auftrag eines Mobilfunkunternehmens eine Zahlungsaufforderung an die Zeugin Z. wegen „Mobilfunkvertrag vom 01.11.2017 (Tel.-Nr. +49...)“ verschickt hatte. Unstreitig war der zu Grunde liegende Vertrag unter Verwendung des Namens und der früheren Anschrift der Zeugin Z. mit dem Mobilfunkunternehmen geschlossen worden, ein Vertragsschluss zwischen der Zeugin Z. selbst und dem Unternehmen war aber nicht erfolgt. Nach der vom Bundesgerichtshof geteilten Würdigung des Berufungsgerichts stellte die an die Zeugin Z. übersandte Zahlungsaufforderung eine geschäftliche Handlung dar; die konkludente Behauptung, es sei zu einem entsprechenden Vertragsschluss zwischen der Zeugin und dem Mobilfunkunternehmen gekommen, sei hier eine unwahre Angabe i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 UWG. Die in der Übersendung der Zahlungsaufforderung liegende unwahre Behauptung einer Bestellung der in Rechnung gestellten Dienstleistung sei auch zur Täuschung der Verbraucherin geeignet gewesen.⁴⁴ Der Umstand, dass im Streitfall ein sogenannter „Identitätsdiebstahl“ vorgelegen habe, sei ohne Bedeutung. Die Annahme einer irreführenden Handlung i.S.v. § 5 UWG, der auf die Um-

⁴² a.a.O. – juris, Rn. 45.

⁴³ Urteil vom 20. Oktober 2021 – [I ZR 17/21](#) – juris.

⁴⁴ a.a.O. – juris, Rn. 13 f.

setzung von Art. 6 der Richtlinie 2005/29/EG abziele, setze grundsätzlich nicht voraus, dass der Gewerbetreibende vorsätzlich eine objektiv falsche Angabe mache; bei einer irreführenden Geschäftspraxis müsse auch nicht mehr geprüft werden, ob eine solche Praxis den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspreche.⁴⁵ Der Gesichtspunkt der Vermeidung von Wertungswidersprüchen zwischen dem Irreführungstatbestand nach § 5 Abs. 1 UWG und den besonderen Unlauterkeitstatbeständen des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG zwingt ebenfalls nicht zu einer abweichenden Beurteilung des angegriffenen Verhaltens.

Nach Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG stellt die gegenüber Verbrauchern erfolgte Aufforderung zur Bezahlung nicht bestellter, aber gelieferter Waren oder erbrachter Dienstleistungen oder einer Aufforderung zur Rücksendung oder Aufbewahrung nicht bestellter Sachen eine Handlung dar, die stets unzulässig ist. Bereits nach dem Wortlaut der in Rede stehenden Regelungen ergebe sich, so der Senat, dass für eine Erfüllung des jeweiligen Unlauterkeitstatbestands eine nicht bestellte Ware tatsächlich geliefert oder eine nicht bestellte Dienstleistung tatsächlich erbracht worden sein muss. Dies setze voraus, dass die Waren bzw. Dienstleistungen den zur Zahlung aufgeforderten Verbraucher tatsächlich erreicht haben.⁴⁶ Soweit die Senatsentscheidung „Identitätsdiebstahl I“ entsprechend der Ausführungen des Berufungsgerichts dahin zu verstehen sein könnte, dass die bloße Einrichtung eines E-Mail-Kontos, von dem der zur Zahlung aufgeforderte Verbraucher nichts weiß und auf das er auch keinen Zugriff hat, für die Erfüllung des Tatbestands von Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG genügt, halte der Senat hieran nicht fest.⁴⁷ Die Nichterfüllung von Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG stehe allerdings im Streitfall der Annahme einer unlauteren geschäftlichen Handlung i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG nicht entgegen. Werde ein Verhalten von den Tatbeständen des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG nicht erfasst, folge daraus nicht, dass es

⁴⁵ a.a.O. – juris, Rn. 20 f. unter Verweis auf BGH, Urteil vom 06. Juni 2019 – [I ZR 216/17](#) – juris, Rn. 26 – Identitätsdiebstahl I.

⁴⁶ a.a.O. – juris, Rn. 30 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 13. September 2018 – C-54/17 u.a. – juris, Wind Tre und Vodafone Italia.

⁴⁷ a.a.O. – juris, Rn. 33.

hinzunehmen ist; vielmehr greife dann die Prüfung nach den allgemeinen Bestimmungen über unlautere Geschäftspraktiken ein. Diese Prüfung dürfe aber nicht zu einem Wertungswiderspruch zu den speziellen Tatbeständen des Anhangs führen.⁴⁸ Ein solcher Wertungswiderspruch sei im Streitfall auch nicht anzunehmen. Während Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG die durch die Lieferung einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung begründete besondere Drucksituation vermeiden soll, schütze das Irreführungsverbot die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers dahingehend, dass er seine Entscheidung auf Grundlage zutreffender und vollständiger Informationen treffen kann. Der Schutz der Verbraucher vor Irreführung würde in nicht gerechtfertigter Weise eingeschränkt, wenn der Geltungsbereich des § 5 Abs. 1 UWG eine unwahre Angabe zeitlich vor dem tatsächlichen Erhalt des berechneten Produkts ausnehmen würde.

c) „Influencer I“ und „Influencer II“ (§ 5a Abs. 6 UWG; Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG; § 6 TMG)

In insgesamt drei Entscheidungen vom 09. September 2021 beschäftigt sich der Bundesgerichtshof mit der lauterkeitsrechtlichen Verpflichtung, Instagram-Beiträge als Werbung zu kennzeichnen.⁴⁹

aa) „Influencer I“

Die Beklagte des Verfahrens „Influencer I“⁵⁰ ist als Influencerin auf der Instagram-Plattform aktiv und veröffentlicht dort regelmäßig Bilder und kurze Videosequenzen insbesondere von Sportübungen sowie Fitness- und Ernährungstipps; darüber hinaus unterhält sie eine Website, auf der sie Fitnesskurse und Personaltrainings gegen Entgelt anbietet und einen Online-Shop betreibt. Die Instagram-Beiträge der Beklagten enthalten zum Teil „Tap Tags“, bei deren Anklicken auf den zugehörigen Bildern die Fir-

⁴⁸ a.a.O. – juris, Rn. 34 f.

⁴⁹ Urteile vom 09. September 2021 – [I ZR 90/20](#), [I ZR 125/20](#), [I ZR 126/20](#) – jeweils juris.

⁵⁰ a.a.O. – [I ZR 90/20](#) – juris.

men bzw. Marken der Hersteller von auf dem jeweiligen Bild zu sehenden Produkten erscheinen. Durch einen weiteren Klick auf diese Firmen bzw. Marken wird der Internetnutzer sodann auf das Instagram-Profil des jeweiligen Unternehmens weitergeleitet. Der klagende Wettbewerbsverband beanstandete mehrere Instagram-Beiträge der Beklagten, darunter auch einen Beitrag zu einer Himbeer-Marmelade, für den die Beklagte von dem Hersteller eine Gegenleistung erhalten hatte. Die Revision gegen die in den Vorinstanzen erfolgreiche Unterlassungsklage des Wettbewerbsverbands blieb beim Bundesgerichtshof ohne Erfolg.

Der Bundesgerichtshof bejaht eine geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG der Influencerin. Diese sei nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unternehmerisch tätig, da sie zum einen Fitnesskurse und Personaltrainings gegen Entgelt anbiete und einen Online-Shop betreibe und zum anderen Werbung für fremde Unternehmen gegen Entgelt veröffentliche.⁵¹ Die angegriffene Werbung für die Marmelade stelle schon deshalb eine geschäftliche Handlung dar, weil sie zum Zwecke der Durchführung eines Vertrages zu Gunsten des eigenen Unternehmens der Beklagten erfolgte. Der Betrieb des Instagram-Profiles, in dessen Rahmen der streitgegenständliche Beitrag veröffentlicht wurde, sei auch objektiv dazu geeignet, das Unternehmen der Beklagten zu fördern. Dass im Rahmen des Instagram-Profiles auch vordergründig private Beiträge veröffentlicht werden, ändere nichts am geschäftlichen Charakter der Veröffentlichung. Gerade die Öffnung des privaten Lebensbereichs mache es für das Publikum attraktiv, Influencern zu folgen, da diese so glaubwürdiger, nahbarer und sympathischer wirken.⁵²

Mit Recht habe das Berufungsgericht zudem angenommen, dass die Veröffentlichung des Beitrags zu der Himbeer-Marmelade, der einen „Tap Tag“ enthielt, der zu dem Instagram-Profil des Herstellers führte, eine ge-

⁵¹ a.a.O. – juris, Rn. 37.

⁵² a.a.O. – juris, Rn. 39 f.

geschäftliche Handlung zu Gunsten dieses Unternehmens darstelle.⁵³ Soweit das Berufungsgericht allerdings eine geschäftliche Handlung zu Gunsten fremder Unternehmen auch für die übrigen Instagram-Beiträge angenommen habe, für welche die Beklagte zwar ebenfalls „Tap Tags“ gesetzt habe, von den Herstellern aber keine Gegenleistung erhalte, ist der I. Zivilsenat dem nicht gefolgt.⁵⁴ Die naheliegende Erwartung der Beklagten, das Interesse von Drittunternehmen an einem künftigen Influencer-Marketing in Kooperation mit ihr zu wecken und auf diese Weise Umsätze zu generieren, genüge für die Annahme einer geschäftlichen Handlung zu Gunsten dieser Unternehmen nicht; die insoweit von der Beklagten gesetzten „Tap Tags“ seien allein für die Frage relevant, ob die Beklagte geschäftliche Handlungen zu Gunsten ihres eigenen Unternehmens vorgenommen habe. Eine geschäftliche Handlung ergebe sich entgegen der Würdigung des Berufungsgerichts insoweit auch nicht daraus, dass den Beiträgen der Beklagten weitgehend jeglicher redaktionelle Anlass für die darin vorgenommene Produktwerbung fehle.⁵⁵ Bei der Beurteilung der Beiträge von Influencern in sozialen Medien könne auf die Kriterien zurückgegriffen werden, die für die Einordnung scheinbar redaktioneller Presseartikel als werblich entwickelt worden sind. Auch wenn ein klassisches Medienunternehmen für eine scheinbar redaktionelle Veröffentlichung keine Gegenleistung von einem fremden Unternehmen erhält, kann es sich danach dennoch um eine geschäftliche Handlung zu Gunsten dieses Unternehmens handeln, wenn der Beitrag nach seinem Gesamteindruck übertrieben werblich ist, also einen werblichen Überschuss enthält, sodass die Förderung fremden Wettbewerbs eine größere als nur eine notwendigerweise begleitende Rolle spielt. Der Umstand, dass die Beklagte Bilder mit „Tap Tags“ versehen hat, um insbesondere die Hersteller der von ihr getragenen Kleidungsstücke zu bezeichnen, genüge danach als solcher nicht, um einen werblichen Überschuss der Instagram-Beiträge anzunehmen. Erst die Verlinkung auf eine Internetseite des Herstellers des abgebildeten Produkts beinhalte regelmäßig einen werblichen Überschuss.

⁵³ a.a.O. – juris, Rn. 50.

⁵⁴ a.a.O. – juris, Rn. 51 f.

⁵⁵ a.a.O. – juris, Rn. 56 f.

Insoweit bedarf es einer umfassenden tatrichterlichen Würdigung, ob es sich bei Beiträgen von Influencern in sozialen Medien nach diesen Maßstäben um geschäftliche Handlungen zu Gunsten der fremden Unternehmen handelt.

Soweit die Beklagte demnach geschäftliche Handlungen zu Gunsten ihres eigenen Unternehmens sowie eine geschäftliche Handlung (nur) zu Gunsten des Herstellers der beworbenen Himbeer-Marmelade vorgenommen habe, seien diese Handlungen wegen fehlender Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks als unlauter gemäß § 5a Abs. 6 UWG zu beurteilen.⁵⁶ Der Senat lässt offen, ob der Begriff der geschäftlichen Handlung bereits definitionsgemäß einen kommerziellen Zweck voraussetzt oder ob der „kommerzielle Zweck“ ein zusätzliches subjektives Tatbestandsmerkmal darstellt. Auch wenn der kommerzielle Zweck im Ansatz auf die subjektive Motivation des Unternehmers abstellen würde, könne dies in der Praxis gleichwohl regelmäßig nur anhand objektiver Indizien bestimmt werden. Vorliegend sei daher für die Feststellung des kommerziellen Zwecks der Förderung des Herstellers der Himbeer-Marmelade im Ergebnis auf dieselben objektiven Umstände abzustellen, aufgrund derer das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zu bejahen ist.

Die Beklagte habe den kommerziellen Zweck ihrer geschäftlichen Handlung zu Gunsten des Herstellers auch in der konkreten redaktionellen Gestaltung des Beitrags und der konkreten Platzierung des „Tap Tags“ nicht kenntlich gemacht.⁵⁷ Die Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks der Förderung des Herstellers sei auch nicht deshalb entbehrlich gewesen, weil das äußere Erscheinungsbild der geschäftlichen Handlung so gestaltet war, dass die Verbraucher den kommerziellen Zweck klar und eindeutig auf den ersten Blick erkennen konnten. Insoweit komme es nicht darauf an, ob der durchschnittliche Nutzer erst nach einem analysierenden Studium des Beitrags dessen wettbewerbliche Wirkung erkennt. Er muss viel-

⁵⁶ a.a.O. – juris, Rn. 69 f.

⁵⁷ a.a.O. – juris, Rn. 74 f.

mehr sofort und zweifelsfrei erkennen, dass die fragliche Beschreibung der Bewerbung eines Produkts dient. Nicht ausreichend sei es daher, wenn sich der werbliche Charakter eines Beitrags dem Verbraucher erst erschließt, wenn er ihn bereits zur Kenntnis genommen hat, denn dann ist er der Anlockwirkung bereits erlegen, die das Kennzeichnungsgebot gerade unterbinden soll, und war der Werbebotschaft unvorbereitet ausgesetzt.⁵⁸ Das Profil der Beklagten halte deutliche auf den kommerziellen Zweck hinweisende Umstände nicht bereit. Es werde nicht als Business-Account, sondern als privates, wenn auch öffentliches Profil der Beklagten geführt; tatsächlich eindeutige, im Rechtsverkehr geläufige Begriffe wie „Werbung“ oder „Anzeige“ fehlten. Die Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks sei auch geeignet gewesen, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte. Der Begriff „geschäftliche Entscheidung“ i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG erfasse außer der Entscheidung über den Erwerb oder Nichterwerb auch damit unmittelbar zusammenhängende Entscheidungen wie insbesondere das Betreten eines Geschäfts oder den Aufruf der Internetseite eines Unternehmens, um sich näher mit dessen Angebot und Produkten zu befassen. Eine geschäftliche Entscheidung in diesem Sinne liege demnach dann noch nicht vor, wenn der Verbraucher sich den „Tap Tag“ anzeigen lässt, wohl aber mit dem zweiten Klick auf den „Tap Tag“, durch den dem Verbraucher das Instagram-Profil des verlinkten Unternehmens angezeigt wird.⁵⁹ Die Annahme, dass geschäftliche Handlungen zu Gunsten des Herstellers der fraglichen Marmelade nach § 5a Abs. 6 UWG unlauter sind, stehe mit den Regelungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG sowie des § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und des § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV im Einklang, da die Handlung auch gegen diese Bestimmungen verstoße.⁶⁰ Das auf einen Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG gestützte Verbot verletze keine Grundrechte der Beklagten aus Art. 5 Abs. 1 GG. Ist der lauterkeitsrechtliche Schutzzweck der Funktionsfähigkeit des Leistungswettbewerbs betroffen und zugleich festzustellen, dass die Pflicht zur Kennzeichnung

⁵⁸ a.a.O. – juris, Rn. 86 f.

⁵⁹ a.a.O. – juris, Rn. 95 f.

⁶⁰ a.a.O. – juris, Rn. 101.

nicht den Inhalt der Meinungsäußerung reguliert, sondern nur die Art ihrer Präsentation betrifft, erweise sich der im Verbot liegende Grundrechtseingriff als verhältnismäßig und daher gerechtfertigt.

Ob auch für die im angegriffenen Instagram-Auftritt weiter enthaltenen geschäftlichen Handlungen der Beklagten zu Gunsten des eigenen Unternehmens ein Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG angenommen werden kann, hat der Bundesgerichtshof mangels hinreichender Feststellungen des Berufungsgerichts unter diesem Aspekt offengelassen.

bb) „Influencer II“

In seiner Entscheidung „Influencer II“ vom gleichen Tag⁶¹ befasst sich der I. Zivilsenat näher mit dem Verhältnis des lauterkeitsrechtlichen Kennzeichnungsgebots zu den medienrechtlichen Werbeverboten. Die Beklagte dieses Verfahrens war auf Instagram mit einem verifizierten Account tätig, der von 1,7 Mio. Nutzern der Plattform abonniert war; die Beklagte veröffentlichte regelmäßig Bilder von sich selbst mit kurzen Begleittexten zu den Themen Beauty, Mode, Lifestyle und Reisen. Wie in dem Verfahren „Influencer I“ verlinkte die Beklagte durch die Platzierung von „Tap Tags“ ihr veröffentlichtes Bild mit Nutzerprofilen von Unternehmen oder Marken; auch hier erschien beim Anklicken auf das Bild zunächst der Herstellername an dem abgebildeten Produkt; bei einem weiteren Klick gelangte der Nutzer auf die Internetseite des Herstellers. Die Beklagte erhielt nach den Feststellungen der Vorinstanzen für diese „Tap Tags“ keine Gegenleistung von Dritten.

Die von demselben Wettbewerbsverband erhobene Klage war in den Vorinstanzen erfolglos geblieben; die hiergegen gerichtete Revision hat der Bundesgerichtshof zurückgewiesen. Der Bundesgerichtshof teilt die Auffassung des Berufungsgerichts, dass es sich bei den streitgegenständli-

⁶¹ Urteil vom 09. September 2021 – [I ZR 125/20](#) – juris; im Wesentlichen gleichlautend Urteil vom gleichen Tag – [I ZR 126/20](#) – juris.

chen Beiträgen und den darin enthaltenen „Tap Tags“ um geschäftliche Handlungen handele, da die Beklagte sowohl den Absatz von Waren oder Dienstleistungen der beworbenen Unternehmen als auch ihr eigenes Unternehmen gefördert habe. In diesem Fall sei die Verneinung eines Verstoßes gegen § 5a Abs. 6 UWG durch die Veröffentlichung der Beiträge im Rahmen einer geschäftlichen Handlung zur Förderung des eigenen Unternehmens revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.⁶² Die fragliche geschäftliche Handlung habe zwar den kommerziellen Zweck gehabt, das eigene Unternehmen der Beklagten zu fördern. Die Beklagte habe einen kommerziellen Zweck der Instagram-Beiträge auch nicht kenntlich gemacht. Revisionsrechtlich hat der I. Zivilsenat aber nicht die Feststellung des Berufungsgerichts beanstandet, dass in dieser Sache die Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks der Förderung des eigenen Unternehmens entbehrlich gewesen sei. Das Berufungsgericht hatte ausgeführt, da es sich um einen verifizierten Account mit 1,7 Mio. Followern gehandelt habe, sei für jeden Nutzer deutlich gewesen, dass die Beklagte die Beiträge nicht schalte, um ihre Freunde über ihre Aktivitäten zu informieren und sich mit ihnen auszutauschen, sondern dass kommerzielle Zwecke der Grund hierfür seien. Einen etwaigen Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG durch die geschäftliche Handlung zur Förderung der fremden Unternehmen hat der Bundesgerichtshof offengelassen, da eine Unlauterkeit der geschäftlichen Handlungen im Streitfall jedenfalls deshalb ausscheide, weil das beanstandete Verhalten den vorrangigen Spezialvorschriften des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG für kommerzielle Kommunikation in Telemedien sowie des § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV und des § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV für Werbung in Telemedien genüge.⁶³ Die Instagram-Beiträge der Beklagten seien als Bestandteile ihres Instagram-Profiles ein elektronischer Informations- und Kommunikationsdienst i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 TMG; auch handele es sich bei der Beklagten um eine Diensteanbieterin i.S.v. § 2 Satz 1 Nr. 1 TMG. Ihre Instagram-Beiträge stellten allerdings keine kommerzielle Kommunikation i.S.v. § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG dar. Sowohl nach der alten als

⁶² a.a.O. – juris, Rn. 24 f.

⁶³ a.a.O. – juris, Rn. 46 f.

auch nach der neuen Fassung des § 2 Satz 1 Nr. 5 Buchst. b) TMG liege kommerzielle Kommunikation zu Gunsten fremder Unternehmen nur vor, wenn für sie eine Gegenleistung erbracht werde; dies sei vorliegend nicht der Fall. Die Vorschrift des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG gehe § 5a Abs. 6 UWG als Spezialvorschrift vor, sodass die Annahme eines Verstoßes gegen § 5a Abs. 6 UWG im Streitfall ausscheide. Der Normvorrang folge aus dem Charakter des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG als spezifische Vorschrift über die Anforderungen an die Erkennbarkeit kommerzieller Kommunikation im Bereich der Telemedien.⁶⁴ Das beanstandete Verhalten genüge auch den Erfordernissen, die § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV bzw. § 22 Abs. 1 Satz 1 MStV an Werbung in Telemedien stelle. Auch insoweit handele es sich allerdings um bereichsspezifische Spezialvorschriften, sodass die Annahme eines Verstoßes gegen § 5a Abs. 6 UWG im Streitfall ausscheide.⁶⁵ Schließlich seien die angegriffenen Instagram-Beiträge der Beklagten auch nicht wegen eines Verstoßes gegen Nr. 11 der Anlage zu § 3 Abs. 3 UWG zu untersagen, weil es an einer Finanzierung der beanstandeten Instagram-Beiträge durch Dritte fehle.⁶⁶

d) „Vorstandsabteilung“ (§ 5 Abs. 1 UWG)

In der Sache „Vorstandsabteilung“⁶⁷ im Klageverfahren einer Rechtsanwaltskanzlei gegen eine frühere Kollegin führt der Bundesgerichtshof aus, die unzutreffende Behauptung des derzeitigen Bestehens einer Mitgliedschaft in der Vorstandsabteilung einer Rechtsanwaltskammer sei eine irreführende geschäftliche Handlung, die auch dann geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Handlung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte, wenn in der Vergangenheit eine solche Mitgliedschaft bestanden hat.⁶⁸ Das Berufungsgericht hatte noch angenommen, die beworbene Mitgliedschaft in

⁶⁴ a.a.O. – juris, Rn. 55 f.

⁶⁵ a.a.O. – juris, Rn. 62 f.

⁶⁶ a.a.O. – juris, Rn. 80 f.

⁶⁷ Urteil vom 22. Juli 2021 – [I ZR 123/20](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁶⁸ a.a.O. – juris, Rn. 39.

der Vorstandsabteilung der Rechtsanwaltskammer berühre eine Tätigkeit, die für einen Rechtssuchenden in der Regel nicht von Interesse sei, weil es dabei um Vermittlung in Streitigkeiten nicht zwischen Mandanten und deren Gegnern, sondern zwischen Rechtsanwälten und ihren eigenen Mandanten gehe; die Beklagte habe durch Vorlage der Mitteilungen der Rechtsanwaltskammer substantiiert und detailreich vorgetragen, dass sie Mitglied in der genannten Vorstandsabteilung gewesen sei, was durch die Klägerin nur substanzlos und daher unbeachtlich bestritten worden sei. Diese Würdigung teilt der Bundesgerichtshof in doppelter Hinsicht nicht. Die Klägerin habe die Behauptung der früheren Kollegin wirksam mit Nichtwissen bestritten. Die frühere Mitgliedschaft der Beklagten in der genannten Vorstandsabteilung stelle nicht nur keine eigene Handlung der Klägerin oder ihrer Mitglieder dar, sondern sei auch nicht Gegenstand deren eigener Wahrnehmung gewesen. Darf sich eine Partei gemäß § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen erklären, so komme die Annahme einer Verpflichtung zum substantiierten Bestreiten nicht in Betracht.⁶⁹ Die Würdigung des Berufungsgerichts könne aber auch dann keinen Bestand haben, wenn die Behauptung der Beklagten zu ihrer früheren Mitgliedschaft in der Vorstandsabteilung als richtig unterstellt werde. Eine Angabe der streitgegenständlichen Art in der anwaltlichen Werbung mache durchaus Eindruck auf den rechtsratsuchenden Verbraucher, weil mit ihr nicht nur die Botschaft transportiert werde, dass die werbende Rechtsanwältin für würdig befunden worden sei, in der Vorstandsabteilung mitzuwirken, sondern sie auch über Erfahrungen in der Streitschlichtung im Umgang mit Rechtsanwälten verfügt.⁷⁰

e) „Öko-Test III“ (§ 5 Abs. 1 UWG)

In der Sache „Öko-Test III“⁷¹ hat die Klägerin als Herausgeberin des Magazins „Öko-Test“ und Inhaberin der eingetragenen Unionsbildmarke „Öko-Test“ eine Herstellerin von Zahncremes wegen unberechtigter Ver-

⁶⁹ a.a.O. – juris, Rn. 25 f.

⁷⁰ a.a.O.- juris, Rn. 35.

⁷¹ Urteil vom 16. Dezember 2021 – [I ZR 201/20](#) – juris.

wendung ihrer Marke in Anspruch genommen. Im Rahmen der geltend gemachten markenrechtlichen Ansprüche hat die Beklagte mit der Anschlussrevision eingewendet, die Werbung mit einem älteren Testergebnis sei nicht nach § 5 Abs. 1 UWG irreführend und daher nicht unlauter, wenn – wie die Zahncreme der Beklagten – das seinerzeit getestete Produkt nicht Gegenstand eines neueren Tests ist und das seinerzeitige Testergebnis nicht durch zwischenzeitliche technische Entwicklungen, wissenschaftliche Erkenntnisse oder wesentlich geänderte Testkriterien überholt ist. Der I. Zivilsenat hat die in der obergerichtlichen Rechtsprechung und dem Schrifttum kontroverse Frage offengelassen, unter welchen Voraussetzungen die Werbung mit einem älteren Testergebnis wettbewerbsrechtlich unlauter ist. Vorliegend sei die Anknüpfung an die Wertschätzung der Unionsbildmarke der Klägerin durch den Vertrieb eines Zahncremeprodukts der Beklagten, auf dem das „Öko-Test“-Zeichen mit dem im Jahr 2005 erzielten Testergebnis angebracht war, jedenfalls mit Blick auf den späteren Test von Zahncremes i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c) GMV (Art. 9 Abs. 2 Buchst. c) UMV) unlauter. Die Klägerin habe auf die Produktgruppe der Zahncremes im Jahr 2008 andere Testparameter und Bewertungsmaßstäbe als im Jahr 2005 angewendet. Mangels Prüfung der Zahncreme der Beklagten anhand der neueren Testkriterien habe sie für die fortdauernde Aussagekraft des früheren Testergebnisses keine Gewähr übernommen. Ihr müsse deshalb die Entscheidung darüber vorbehalten bleiben, ob bei einem neueren Test der Produktgruppe mit veränderten Testkriterien das einem früheren Test unterzogene Produkt durch die Verwendung ihrer Marke weiter als von ihr getestet dargestellt werden darf.⁷²

6. Vergleichende Werbung (entfällt)

⁷² a.a.O. – juris, Rn. 49 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 12. Dezember 2019 – [I ZR 173/16](#) – juris, Rn. 40 – Öko-Test I.

7. Unzumutbare Belästigung
(entfällt)

8. Rechtsfolgen
(entfällt)

9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales

a) „Kurventreppenlift“ (Erstbegehungsgefahr)

In der o.g. Sache „Kurventreppenlift“⁷³ konkretisiert der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung zu einer durch Werbung begründeten Erstbegehungsgefahr. In dieser Sache hatte der beklagte Anbieter von Treppenliftsystemen damit geworben, trotz des gesetzlichen Ausschlusses des Widerrufsrechts für individuell gefertigte Kurventreppenlifte ein freiwilliges 14-tägiges Widerrufsrecht anzubieten.⁷⁴ Diese Werbung des Beklagten mit der Angabe, im Falle eines Kurventreppenlifts mit individuell geformten und an die Gegebenheiten vor Ort angepassten Laufschiene bestehe kein Widerrufsrecht des Verbrauchers, stelle einen ernsthaften und greifbaren Anhaltspunkt für die Annahme dar, dass die Beklagte Verbraucher bei dem außerhalb von Geschäftsräumen vorgenommenen Abschluss eines Vertrages über einen Kurventreppenlift mit individuell erstellter Laufschiene nicht in der nach § 312d Abs. 1 BGB und Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB rechtlich gebotenen Weise über das Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB informieren werde.⁷⁵

⁷³ Urteil vom 20. Oktober 2021 – [I ZR 96/20](#) – juris.

⁷⁴ a.a.O. – juris, Rn. 2.

⁷⁵ a.a.O. – juris, Rn. 36.

b) „Rundfunkhaftung“ (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG)

In der ebenfalls bereits o.g. geschilderten Sache „Rundfunkhaftung“⁷⁶ beschäftigt sich der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auch mit der Aktivlegitimation eines Mischverbands und der Passivlegitimation einer Holdinggesellschaft für Werbung ihrer Tochtergesellschaften.

Der klagende Bundesverband Lotto-Toto-Verkaufsstellen Deutschland e.V. hatte sich in dieser Sache gegen die Werbung für unerlaubte Glücksspiele gewandt, die von Tochterunternehmen der beklagten Holdinggesellschaft einer Mediengruppe ausgestrahlt worden war. Die Aktivlegitimation des Verbands scheiterte nicht an dessen Charakter als Mischverband. Einem Verband ist die Klagebefugnis abzusprechen, wenn er gleichrangig sowohl der Förderung gewerblicher Interessen als auch der Wahrnehmung von Verbraucherinteressen dient und beide Gruppen gleichgewichtig in einer Weise vertritt, dass er weder als Verband zur Förderung gewerblicher Interessen noch als Verbraucherverband angesehen werden kann. Das Berufungsgericht hatte hier nach der Würdigung des Bundesgerichtshofs die Gefahr einer Interessenkollision zutreffend bereits deswegen verneint, weil dem klagenden Verband ausschließlich Glücksspielunternehmen angehörten; allein die satzungsgemäße Gleichstellung der Verfolgung von Gewerbe- und Verbraucherinteressen biete keine ausreichende Grundlage für die Annahme eines Mischverbands, wenn sie den tatsächlichen Gegebenheiten nicht entspreche.⁷⁷

Die Revision hat sich in dieser Sache aber mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts gerichtet, die Beklagte hafte wegen der Verletzung von wettbewerbsrechtlichen Verhaltenspflichten für die unlautere Werbung ihrer Tochtergesellschaften. Für die Verbreitung einer wettbewerbswidrigen Werbung in Medien kann neben dem Werbenden selbst auch ein an der Verbreitung beteiligtes Presse- oder Sendeunternehmen haften.

⁷⁶ Urteil vom 22. Juli 2021 – [I ZR 194/20](#) – juris.

⁷⁷ a.a.O. – juris, Rn. 31.

Diese Grundsätze sind nach der Würdigung des I. Zivilsenats auf die Ausstrahlung von Werbung durch einen den Schutz von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG genießenden Rundfunkveranstalter (wie hier die Tochterunternehmen der Beklagten) übertragbar.⁷⁸ Rechtsfehlerfrei sei auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe für die Überprüfung der Fernsehspots auf unerlaubte Glücksspielwerbung einzustehen. Die Tochterunternehmen hätten die ihnen als wettbewerbsrechtliche Verhaltenspflichten obliegenden Prüfungspflichten aufgrund der konzerninternen Aufgabenverteilung auf die Beklagte ausgelagert. Die von der Beklagten durch die Kooperationsvereinbarungen übernommene Rechtsberatung habe die Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der Rundfunkangebote erfasst und ihr die Erteilung von Weisungen ermöglicht.⁷⁹ Das Berufungsgericht habe allerdings zu hohe Anforderungen an die der Beklagten abzuverlangende Prüfung gestellt. Anhand der vom Berufungsgericht angeführten vorgerichtlichen Hinweise des Klägers sei der Beklagten keine eingehende Prüfung der Sach- und Rechtslage dahingehend zumutbar gewesen, dass die ausgestrahlten Fernsehspots eine Werbung für die dort nicht genannten Internetseiten beinhalteten. Die Verantwortlichkeit eines Presseunternehmens oder eines Rundfunkveranstalters für Rechtsverstöße setze voraus, dass sich ihm die Wettbewerbswidrigkeit einer Werbeanzeige oder eines Werbespots aufgrund der in der Abmahnung mitgeteilten oder sonst bekannt gewordenen Umstände unschwer erschließt.⁸⁰

10. Sonstiges (entfällt)

⁷⁸ a.a.O. – juris, Rn. 69.

⁷⁹ a.a.O. – juris, Rn. 72.

⁸⁰ a.a.O. – juris, Rn. 83 f.

II. Kartellrecht

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

a) „LKW-Kartell II“ (§ 33 GWB 2005, Art. 101 AEUV)

In seiner Entscheidung „LKW-Kartell II“⁸¹ vom 13. April 2021 setzt der Kartellsenat seine Rechtsprechung zum Kartellschadensersatz wegen der gegen verschiedene LKW-Hersteller erlassenen Bußgeldentscheidung der Europäischen Kommission vom 19. Juli 2016 fort. Der Kartellsenat bekräftigt seine Sichtweise, dass mit dem bebußten Verhalten kein kartellrechtsneutraler Informationsaustausch über Bruttolistenpreise erfolgt sei, sondern nach den Feststellungen im Kommissionsbeschluss ein kollusives Verhalten bei der Preissetzung und Anhebung von Bruttolistenpreisen für LKW bestanden habe⁸². Die Feststellungen im Kommissionsbeschluss vom 19. Juli 2016 würden auch an der Bindungswirkung gemäß § 33 Abs. 4 GWB 2005 teilnehmen. Da die Klägerin die in Streit stehenden LKW unmittelbar oder mittelbar von kartellbeteiligten Unternehmen erworben habe und die Waren Gegenstand des fraglichen Austauschs gewesen seien, seien die Lieferungen auch kartellbefangen⁸³.

Der Kartellsenat hat das angefochtene Berufungsurteil allerdings aufgehoben, da mit der vom Oberlandesgericht Schleswig gegebenen Begründung die Feststellung eines kartellbedingten Schadens rechtsfehlerhaft sei⁸⁴. Im Ausgangspunkt hält der Senat wiederum an seiner Beurteilung fest, dass der Erfahrungssatz einer kartellbedingten Schadensentstehung auch bei der hier aus Sicht des Senats in Rede stehenden Koordinierung zukünftiger Listenpreise und deren Erhöhung Anwendung finde. Diese Abstimmung sei jedenfalls potentiell und in gewissem Umfang geeignet,

⁸¹ Urteil vom 13. April 2021 – [KZR 19/20](#) – juris; vgl. auch das weitgehend gleichlautende Urteil vom gleichen Tag – [KZR 20/20](#) – juris. An beiden Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁸² a.a.O. – juris, Rn. 14 f.

⁸³ a.a.O. – juris, Rn. 17 f.

⁸⁴ a.a.O. – juris, Rn. 24 f.

auf die einzelnen Transaktionspreise durchzuschlagen, auch wenn insoweit kein systematischer Zusammenhang zwischen Listen- und Marktpreisen bestehe⁸⁵. Ergänzend zu seinem ersten Urteil vom 23. September 2020 führt der Senat aus, der eigene Vortrag der Beklagten und einer Streithelferin bestätige, dass Listenpreiserhöhungen eines LKW-Herstellers erwartete Kostensteigerungen bei der Fahrzeugproduktion abgebildet hätten und schon wegen des bei funktionierendem Wettbewerb im Grundsatz zwingenden Zusammenhangs zwischen Kosten und Preis auf die Transaktionspreise durchzuschlagen geeignet waren. Weder die Großhandelsebene noch nachfolgende Handels- und Vertriebsstufen hätten über Kenntnisse verfügt, zwischen Preiserhöhungen in Folge von inflatorischen oder technischen Bruttolistenpreisänderungen einerseits und „suprakompetitiven Erhöhungen“ andererseits zu unterscheiden, also solchen, die sich aus der Koordinierung von Bruttolistenpreisänderungen ergeben hätten. Auswirkungen von Bruttolistenpreiserhöhungen auf die Transaktionspreise wären nur dann unwahrscheinlich gewesen, wenn für die Großhandelsebene oder für die Händler der Zusammenhang zwischen Kosten und Preis fraglich gewesen wäre; hierfür sei jedoch weder etwas festgestellt noch als vorgetragen aufgezeigt⁸⁶. Aufgrund dieser eigenständigen Erwägungen weist der Kartellsenat auch den Einwand der Beklagtenseite und die hierfür in Anspruch genommenen zahlreichen ökonomischen Gutachten zurück, wonach bei einer Koordinierung von Bruttolistenpreisen keine erfolgreiche Koordinierung von Transaktionspreisen zu erwarten sei. Eine neue Begutachtung in einem wiedereröffneten Berufungsverfahren zieht der Kartellsenat nicht in Betracht, sondern bekräftigt vielmehr die Geltung des Erfahrungssatzes kartellbedingter Preiserhöhungen auch für das hier bebußte Verhalten. Der Erfahrungssatz finde zudem auch Anwendung, wenn die Lieferung durch rechtlich selbständige Händler erfolgt sei⁸⁷. Auch wenn es im Einzelfall sinnvoll gewesen sein könne,

⁸⁵ a.a.O. – juris, Rn. 36 f.

⁸⁶ a.a.O. – juris, Rn. 40 und Rn. 45.

⁸⁷ a.a.O. – juris, Rn. 46 f.

eine Erhöhung von Einstandskosten teilweise auf die eigene Marge zu nehmen, sei dies als regelmäßige Strategie nicht naheliegend⁸⁸

Der Kartellsenat beanstandet die vom Berufungsgericht vorgenommene Gesamtwürdigung zur Schadensentstehung. Im Grundsatz sei das Berufungsgericht zu Recht vom Erfordernis einer Gesamtwürdigung ausgegangen und habe dabei dem Erfahrungssatz einer kartellbedingten Preiserhöhung auch kein unzutreffend hohes Gewicht beigemessen.⁸⁹ Das Berufungsgericht sei auch befugt gewesen, einzelne von der Beklagten vorgebrachte Indizien zunächst auf ihre Substanz und Tragfähigkeit zu prüfen, dann aber für die erforderliche Gesamtwürdigung als nicht beachtlich anzusehen⁹⁰. Als rechtsfehlerhaft erweise sich die vom Berufungsgericht vorgenommene Gesamtwürdigung allerdings deshalb, weil es die von der Beklagten und einer Streithelferin vorgelegten Regressionsanalysen übergangen habe. Diese Regressionsanalysen beschränkten sich entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht auf einen – aus Sicht des Senats nicht vorliegenden – bloßen Informationsaustausch zwischen den Kartellanten; Gegenstand der beiden Privatgutachten sei vielmehr auch eine Vergleichsmarktbetrachtung gewesen, die eine empirische Betrachtung der Preise innerhalb und außerhalb des Kartellzeitraums enthalte und damit im Grundsatz unabhängig von der Wirkungsweise der konkreten Absprachen sei.⁹¹ Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Geeignetheit von Vergleichsmarktbetrachtungen für die Ermittlung eines kartellbedingten Mehrerlöses habe das Berufungsgericht diese Regressionsanalysen nicht ohne nähere Auseinandersetzung mit Datengrundlage, Methodik und Ergebnis unberücksichtigt lassen dürfen⁹². In seinen Hinweisen für das wiedereröffnete Berufungsverfahren führt der Kartellsenat hierzu aus, das Berufungsgericht werde vor einer etwaigen erneuten Abwägung die Belastbarkeit

⁸⁸ a.a.O. – juris, Rn. 44.

⁸⁹ a.a.O. – juris, Rn. 54 f.

⁹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 56 f.

⁹¹ a.a.O. – juris, Rn. 62.

⁹² a.a.O. – juris, Rn. 71.

der von den Parteien vorgelegten Regressionsanalysen zu überprüfen haben⁹³ und sich dabei auch mit den Einwänden gegen die jeweils herangezogenen Datengrundlagen befassen müssen.⁹⁴

Weiter beanstandet der Kartellsenat in seinen Hinweisen, dass die vollständige Ablehnung des Einwands der Schadensweiterwälzung durch das Oberlandesgericht unter Hinweis auf eine angebliche Unbilligkeit nicht vollständig der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entspreche.⁹⁵ Einen vollständigen Ausschluss der Vorteilsausgleichung habe der Kartellsenat nur für bestimmte Fallkonstellationen anerkannt und nicht auf alle Fälle erstreckt, in denen eine Inanspruchnahme der Kartellanten durch die nachgelagerte Marktstufe im Zeitpunkt der Entscheidung nicht oder nur in unerheblichem Umfang erfolge. Ohne Feststellungen zu der konkreten Verwendung der erworbenen LKW durch die Klägerin und damit dem oder den für sie relevanten Absatzmärkten habe das Berufungsgericht eine Vorteilsausgleichung nicht von vornherein aus normativen Gründen ausschließen dürfen.⁹⁶

Zur Frage der Verjährung stellt der Kartellsenat in seinen Hinweisen schließlich klar, dass die 6-Monats-Frist des § 204 Abs. 2 BGB bei Kartellschadensersatzansprüchen, deren Verjährung bereits wegen der Einleitung eines Verfahrens durch die Kommission gemäß § 33 Abs. 5 GWB gehemmt wurde, nicht mit der Bekanntgabe des Bußgeldbescheids, sondern erst mit dem Ablauf der zweimonatigen Frist für die Erhebung der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV begonnen habe.⁹⁷

⁹³ a.a.O. – juris, Rn. 87.

⁹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 87.

⁹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 89 f unter Verweis auf BGH, Urteil vom 23. September 2020 – [KZR 4/19](#) – Schienenkartell V – juris, Rn. 50 f.

⁹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 102.

⁹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 79.

b) Schienenfreunde (§ 1 GWB; Art. 81 Abs. 1 EGV; § 33 GWB 1999/2005)

In weiteren, insgesamt neun Urteilen vom 13. April 2021 hat der Kartellsenat seine Rechtsprechung zu dem Kartell der sog. „Schienenfreunde“ bestätigt und die Berufungsurteile wegen einer fehlenden Gesamtwürdigung im Rahmen der Schadensentstehung aufgehoben.⁹⁸ Mit Blick auf die Umwandlung eines beklagten Kartellbeteiligten führt der Kartellsenat aus, die Haftung der an einer Spaltung beteiligten Rechtsträger gemäß § 133 Abs. 1 Satz 1 UmwG erstrecke sich auf solche (kartellrechtlichen) Verbindlichkeiten, die vor Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind solche Altverbindlichkeiten bereits dann begründet, wenn der Rechtsgrund für die Entstehung dieses Anspruchs bereits vor Wirksamwerden der Spaltung gelegt wurde und die weiteren Voraussetzungen seines Entstehens erst nach dem Wirksamwerden der Spaltung erfüllt werden. Nach diesen Grundsätzen könne bereits der vor Wirksamwerden der Spaltung begangene Verstoß gegen das Kartellverbot nach § 1 GWB und Art. 101 AEUV genügen, um die aufgrund der nach diesem Zeitpunkt erfolgten Beschaffungen entstandenen Schadenersatzansprüche als Altverbindlichkeiten zu qualifizieren.⁹⁹

c) „Booking.com“ (Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV)

In seinem Beschluss vom 18. Mai 2021 „Booking.com“¹⁰⁰ bestätigt der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs die sogenannte „enge Bestpreisklausel“ in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des betroffenen Hotelportalbetreibers. Nach dieser Klausel durften die an diesem Portal teilnehmenden Hotels ihre Zimmer auf der eigenen Website nicht zu niedrigeren oder besseren Konditionen anbieten als auf der Plattform; die Hotelzimmer konnten hingegen auf anderen Online-Reservierungsportalen

⁹⁸ Urteile vom 13. April 2021 – u.a. [KZR 40/19](#); [KZR 41/19](#); [KZR 42/19](#); [KZR 95/18](#); [KZR 97/18](#); – juris; an diesen Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁹⁹ Urteil vom 13. April 2021 – [KZR 40/19](#) – juris, Rn. 20.

¹⁰⁰ Beschluss vom 18. Mai 2021 – [KVR 54/20](#) – juris.

oder, vorausgesetzt es erfolgte dafür keine Werbung oder Veröffentlichung online, auch „offline“ günstiger angeboten werden. Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus, Bundeskartellamt und das Oberlandesgericht Düsseldorf als Beschwerdegericht hätten zutreffend angenommen, die enge Bestpreisklausel beschränke den Wettbewerb beim Vertrieb von Hotelzimmern.¹⁰¹ Den Hotels werde durch die Klausel insbesondere die naheliegende Möglichkeit genommen, die im Eigenvertrieb nicht anfallende Vermittlungsprovision von durchschnittlich 10 % bis 15 % des Zimmerpreises bei ihrer Preisgestaltung zu berücksichtigen und diese Ersparnis für niedrigere Preisangebote zu nutzen, um Kunden zu werben. Insoweit bestehe eine Beschränkung sowohl des Intra-brand-Wettbewerbs beim Angebot der Zimmer des jeweiligen Hotels als auch des Inter-brand-Preiswettbewerbs mit anderen Hotels. Diese Wettbewerbsbeschränkung beim Vertrieb von Hotelzimmern werde auch nicht dadurch neutralisiert, dass es Hotelunternehmen freistehe, ihre Zimmer auf anderen Buchungsplattformen zu günstigeren Preisen anzubieten.¹⁰² Ein Anreiz für günstigere Preise sei dadurch begrenzt, dass die Hotelunternehmen in diesem Fall negative Auswirkungen auf ihren Online-Eigenvertrieb befürchten müssten. Die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV auf die Bestpreisklausel sei nicht deshalb ausgeschlossen, weil diese als Nebenabrede zu einem kartellrechtsneutralen Austauschvertrag notwendig sei.¹⁰³ Als Nebenabrede zu einer Haupttätigkeit vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen sind nur die für die Durchführung der Haupttätigkeit objektiv notwendigen und unerlässlichen Beschränkungen; es reicht nicht aus, dass die Haupttätigkeit ohne die Nebenabrede nur schwerer durchführbar oder weniger rentabel wäre. Insoweit sieht der Kartellsenat keine in der bisherigen Rechtsprechung anerkannte Fallgruppe für solche zulässigen Nebenabreden als erfüllt an. Namentlich könne sich die Betroffene nicht auf die Rechtsprechung zu Kundenschutzklauseln in Austauschverträgen, insbesondere Subunternehmerverträgen, berufen. Die Bestpreisklausel sei keine Kundenschutzklausel, sondern eine Provisionssicherungsklausel, die

¹⁰¹ a.a.O. – juris, Rn. 10.

¹⁰² a.a.O. – juris, Rn. 15 f.

¹⁰³ a.a.O. – juris, Rn. 23 f.

den Nutzer zu einer Buchung auf der Plattform veranlassen soll, damit der Portalbetreiber die entsprechende Provision von den Hotels erhält.¹⁰⁴

Die enge Bestpreisklausel sei auch weder gruppen- noch einzelfreigestellt. Eine Freistellung gemäß Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO scheidet schon deshalb aus, weil der Marktanteil von Booking.com auf dem relevanten Markt der Hotelbuchungsplattformen in Deutschland mehr als 30 % betrage.¹⁰⁵ Die Anwendung der Gruppenfreistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV scheitere an der ersten Freistellungsvoraussetzung, wonach die Klausel für eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder die Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts erforderlich sein müsse. Zwar führe der Betrieb einer Hotelbuchungsplattform zu erheblichen Effizienzvorteilen sowohl für die Verbraucher als auch für die ihr angeschlossenen Hotels. Das Bundeskartellamt habe jedoch die Kausalität der engen Bestpreisklausel für diese Effizienzvorteile zu Recht in Abrede gestellt, weil sie sich nicht erst aus der Verwendung der Bestpreisklausel ergäben und ein dauerhafter und wirtschaftlich erfolgreicher Plattformbetrieb auch ohne Vereinbarung enger Bestpreisklauseln möglich sei.¹⁰⁶

d) „Porsche-Tuning II“ (§ 33 Abs. 4 Nr. 1 GWB; Vertikal-GVO Nr. 330/2010; Kfz-GVO Nr. 461/2010)

In seiner Entscheidung „Porsche-Tuning II“¹⁰⁷ vom 06. Juli 2021 setzt der Kartellsenat seine Rechtsprechung zu Belieferungsverboten von Markenherstellern gegenüber Tuning-Unternehmen fort. In dieser Sache hatte ein Verband von Automobil-Tunern die Kfz-Herstellerin sowie ihre deutsche Vertriebsgesellschaft auf Unterlassung näher bezeichneter Klauseln in ihrem Händlervertrag in Anspruch genommen. Der Händlervertrag der Vertriebsgesellschaft sah ein Verbot der Belieferung durch Händler vor, wenn Serienfahrzeuge der Herstellerin erworben werden sollen, um sie als

¹⁰⁴ a.a.O. – juris, Rn. 45 f. unter Verweis auf BGH, Urteil vom 10. Dezember 2008 – [KZR 54/08](#) – Subunternehmervertrag II – juris, Rn. 15 f.

¹⁰⁵ a.a.O. – juris, Rn. 50 f.

¹⁰⁶ a.a.O. – juris, Rn. 54 f.

¹⁰⁷ Urteil vom 06. Juli 2021 – [KZR 35/20](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Präsentationsfahrzeuge für Tuning-Produkte zu verwenden; weiter sah der Händlervertrag ein Verbot vor, Teile und Zubehör der Herstellerin an Unternehmen zu verkaufen, wenn diese die Bauteile zur Herstellung oder Instandsetzung von Tuning-Fahrzeugen oder Tuning-Komponenten verwenden wollen. Weiter stellte die Kfz-Herstellerin ihren lizenzierten Händlern Verpflichtungserklärungen zur Verfügung, in denen sich der Kunde vertragsstrafebewehrt verpflichtete, Original-Ersatz- oder Austauschteile – vereinfacht formuliert – nicht zur Herstellung von Tuner-Fahrzeugen oder als Ersatzteile oder Austauschteile zur Reparatur oder Instandsetzung von Tuning-Komponenten oder Tuner-Fahrzeugen zu verwenden. Die antragsgemäße Verurteilung durch das Oberlandesgericht Stuttgart hielt der Überprüfung durch den Kartellsenat in der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision stand.

Zur Klagebefugnis des Verbands i.S.v. § 33 Abs. 4 Nr. 1 GWB führt der Kartellsenat aus, zwar habe das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen, dass im vorliegenden Fall alle Tuning-Unternehmen markenunabhängig betroffen seien. Dieser Rechtsfehler sei jedoch im Ergebnis unschädlich. Der Verband habe unter Hinweis auf die vorgelegte Mitgliederliste und die Mitgliederbefragung ausreichend dargelegt, eine erhebliche Anzahl der aktuell ausschließlich oder jedenfalls auch im Porsche-Tuning tätigen Unternehmen zu repräsentieren. Erheblich i.S.v. § 33 Abs. 4 Nr. 1 Buchst. a) GWB sei eine Anzahl betroffener Unternehmen bereits dann, wenn sie in der Weise repräsentativ sind, dass ein missbräuchliches Verhalten des Verbands ausgeschlossen werden kann.¹⁰⁸

Zu Recht habe das Berufungsgericht die Unterlassungsklagen als begründet erachtet. Ein auf die Kundengruppe der Porsche-Tuner bezogenes und beschränktes Belieferungsverbot für den Zweck der Präsentation von Tuning-Fahrzeugen sei nach seinem Inhalt, dem mit ihm verfolgten Zweck und dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang als eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu Lasten der Porsche-Vertrags-

¹⁰⁸ a.a.O. – juris, Rn. 21 f.

händler aufzufassen. Dies werde auch dadurch unterstrichen, dass die angegriffene Klausel gerade nicht generell den Erwerb von Porsche-Neufahrzeugen zu Repräsentationszwecken unterbinde, sondern eben nur „für Tuning-Produkte“. Hinzukomme, dass die Beklagten in Konkurrenz zu den unabhängigen Tuning-Unternehmen eigene Tuning-Programme für ihre Serienfahrzeuge anböten.¹⁰⁹ Die Beklagten könnten sich auch nicht auf die für den qualitativ selektiven Vertrieb anerkannten Grundsätze berufen. Bei den Porsche-Tunern handele es sich gerade nicht um Wiederverkäufer. Der Begriff des Wiederverkäufers sei objektiv – bezogen auf die von den Beklagten vertriebenen Produkte – zu bestimmen; es stehe einem Händler nicht frei, in seinen Vertriebsverträgen beliebige Abnehmer zu Wiederverkäufern zu erklären.¹¹⁰ Die Anwendung einer möglichen Freistellung gemäß den Regeln der Vertikal-GVO Nr. 330/2010 scheitere bereits daran, dass nicht festgestellt oder dargetan sei, dass die Marktanteilsschwelle des Art. 3 Abs. 1 der Verordnung eingehalten ist. Die Revision habe nicht aufgezeigt, dass die Beklagten die für die Anwendbarkeit der Vertikal-GVO maßgebliche Marktabgrenzung und ihren auf dieser Grundlage ermittelten Marktanteil in den Vorinstanzen dargelegt hätten.¹¹¹ Auch könnten die Beklagten keine Ausnahme gemäß Art. 4 Buchst. b) Vertikal-GVO von der grundsätzlich unzulässigen Kundengruppenbeschränkung in Anspruch nehmen, da es der Vertriebsgesellschaft mit der angegriffenen Klausel nicht um die Kontrolle legitimer Qualitätskriterien, sondern um eine unzulässige Erstreckung ihrer Vertriebsbindung auf Tuning-Unternehmen gehe.¹¹²

Diese Beurteilung gelte im Wesentlichen auch für das den Porsche-Zentren auferlegte Verbot, Porsche-Teile und Porsche-Zubehör an Tuning-Unternehmen zu verkaufen. Auch insoweit handele es sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, die weder nach der Vertikal-GVO noch nach der Kfz-GVO Nr. 461/2010 für den Kraftfahrzeugsektor

¹⁰⁹ a.a.O. – juris, Rn. 31 f.

¹¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 37 f.

¹¹¹ a.a.O. – juris, Rn. 42 f.

¹¹² a.a.O. – juris, Rn. 51.

freigestellt sei. Die Freistellung scheitere auch hier bereits an der fehlenden Darlegung der Beklagten zu ihrem Marktanteil. In diesem Zusammenhang führt der Senat aus, bei Ersatzteilen sei eine markenspezifische Abgrenzung geboten. Der Senat lässt auch in dieser Entscheidung offen, ob bei einer Verwendung für Tuning-Fahrzeuge der relevante Markt auf OEM-Teile zu verengen sei. Denn auch ohne eine solche Beschränkung des relevanten Ersatzteilmarktes erreichten die Krafffahrzeughersteller im Anschlussmarkt für Ersatzteile in aller Regel einen Marktanteil von mehr als 30 %; Abweichendes hätten die Beklagten nicht dargelegt. Die Ausnahmebestimmung in Art. 4 Buchst. b) Nr. iv Vertikal-GVO bei Beschränkung der Teilelieferung zur Weiterverwendung greife nur für Teile aus dem Porsche-Tuning-Programmen des Herstellers, nicht aber für sonstige Ersatzteile.¹¹³

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

a) „Gasnetz Berlin“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F.; § 46 EnWG a.F.)

Im Urteil vom 09. März 2021 „Gasnetz Berlin“¹¹⁴ entscheidet der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs über die Frage, ob und unter welchen Bedingungen sich aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. i.V.m. § 46 Abs. 2 EnWG a.F. die Verpflichtung der Gemeinde ergeben kann, dem bestplatzierten Bieter die Konzession zuzuteilen. Im Streit stand das Ende 2011 eingeleitete Vergabeverfahren für die Gaskonzession im Land Berlin; neben dem Altkonzessionär hatte im letzten Verfahrensstadium nur noch der für das Verfahren gegründete Landesbetrieb teilgenommen; die Senatsverwaltung beabsichtigte, die Konzession an den im Verfahren bestbewerteten Landesbetrieb zu vergeben. In der hiergegen gerichteten Hauptsacheklage hatte das Berufungsgericht schwerwiegende Mängel im

¹¹³ a.a.O. – juris, Rn. 63 f.

¹¹⁴ Urteil vom 09. März 2021 – [KZR 55/19](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Vergabeverfahren festgestellt, allerdings einen Anspruch des klagenden Altkonzessionärs auf Zuteilung der Konzession an sich verneint. Dem ist der Bundesgerichtshof im Ergebnis nicht gefolgt und hat das beklagte Land zur befristeten Vergabe der Konzession an den Altkonzessionär verurteilt.

Der Bundesgerichtshof führt im Einklang mit dem Berufungsgericht zunächst aus, der Landesbetrieb habe die vom Land festgelegten Verfahrensvorgaben für den Nachweis des notwendigen Eigenkapitals oder ein autorisiertes Finanzkonzept einer Bank für den Nachweis des notwendigen Fremdkapitals nicht innerhalb der gesetzten Frist vorgelegt. Entgegen der Würdigung des Berufungsgerichts sei es nicht unverhältnismäßig, den Landesbetrieb wegen der fehlenden frist- und formgerechten Vorlage des geforderten Finanznachweises auszuschließen. Wo die Gemeinde eine Bindung der Bieter verlange, müsse sie sich zur Beachtung des Diskriminierungsverbots auch selbst gebunden halten. Setzt die Sicherung der Finanzierung einer Übernahme des Netzbetriebs eine entsprechende Beschlussfassung des Vertretungsorgans der Gemeinde voraus, müsse diese daher fristgerecht erfolgen.¹¹⁵ Demgegenüber sei das Angebot der Klägerin auch nach Beurteilung des Landes selbst annahmefähig gewesen. Unter Berücksichtigung der auf den 31. Dezember 2024 befristeten festen Laufzeit des Konzessionsangebots der Klägerin sei das beklagte Land entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts verpflichtet, das laufende Konzessionsverfahren durch Abschluss des Konzessionsvertrags mit der Klägerin zu beenden; das Land könne das Vergabeverfahren nicht stattdessen in ein früheres Stadium zurückversetzen oder vollständig neu beginnen.

Anders als im Vergaberecht sei die Vergabe von Wegennutzungsrechten gemäß § 46 Abs. 2 EnWG a.F. keine Umsetzung eines autonomen Beschaffungsbeschlusses der jeweiligen Gemeinde. Die Absicht, eine Konzession zu vergeben, könne aufgrund der gesetzlichen Pflicht, den

¹¹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 24 f. und Rn. 31.

Wettbewerb um das Netz in der gebotenen Weise jeweils alle 20 Jahre rechtzeitig zu eröffnen, weder schlicht aufgegeben werden noch stehe es der Gemeinde frei, die Konzessionsvergabe auf einen Zeitpunkt hinauszuschieben, der nicht mehr im Einklang mit dieser Verpflichtung stehe. Hat bei der Vergabe der Konzession für ein Strom- oder Gasnetz die Gemeinde die Vergabekriterien materiell und formell rechtmäßig bestimmt und ordnungsgemäß bekanntgegeben, sei demjenigen Bieter, der bei fehlerhafter Anwendung dieser Kriterien durch die Gemeinde das beste Angebot gemacht hat, die Konzession zu erteilen.¹¹⁶ Ist das Verfahren dagegen fehlerhaft verlaufen, könne jedenfalls dann ein Anspruch auf Erteilung der Konzession bestehen, wenn sich die Auswahlmöglichkeiten der Gemeinde unter den besonderen Umständen des Einzelfalls dahin verdichtet hätten, dass trotz des fehlenden Verfahrens eine Vergabeentscheidung und die Erteilung der Konzession nur zu Gunsten des einzig verbliebenen Bewerbers ermessensfehlerfrei ist. Bei einem die Vergabekriterien betreffenden Mangel des Vergabeverfahrens lasse sich regelmäßig nicht feststellen, welchem Bieter bei materiell und formell rechtmäßig bestimmten Vergabekriterien die Konzession zu erteilen gewesen wäre. Genügt ein solcher Mangel ohne Weiteres, um einen Anspruch auf Konzessionserteilung auszuschließen, könnte indessen nicht sichergestellt werden, dass der Wettbewerb um die Konzession tatsächlich regelmäßig und rechtzeitig zu Ende geführt wird. Daher könne eine Aufhebung oder teilweise Rückversetzung des Konzessionsvergabeverfahrens in ein früheres Stadium nur in Betracht kommen, wenn dafür ein gewichtiger Grund vorliegt und die Gemeinde nach pflichtgemäßem Ermessen darüber entschieden hat, ob sie das Vergabeverfahren aufhebt oder es mit dem Ziel der Konzessionsvergabe fortsetzt. Hierbei sei in erster Linie maßgeblich, wie erreicht werden kann, dass das Ziel der regelmäßigen Neuvergabe der Konzession in einem wettbewerblichen Verfahren unter den gegebenen Umständen noch bestmöglich verwirklicht wird.¹¹⁷

¹¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 37 f.

¹¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 39 f.

In der streitigen Rechtssache habe das Berufungsgericht zutreffend angenommen, dass das Vergabeverfahren schon deshalb in gravierender Weise fehlerhaft ist, weil das beklagte Land sowohl die Vergabestelle als auch den Landesbetrieb derselben Senatsverwaltung zugeordnet hatte. Ein solcher Verstoß gegen das Trennungsprinzip verlange grundsätzlich eine vollständige Aufhebung des laufenden Konzessionsvergabeverfahrens, um die Einhaltung der Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit und Transparenz so gut wie möglich zu gewährleisten.¹¹⁸ Im vorliegenden Fall komme indes auch eine vollständige Aufhebung des laufenden Konzessionsvergabeverfahrens mit unverzüglicher Neuausschreibung nicht in Betracht. Es seien keine der Konzessionsvergabe an die Klägerin entgegenstehenden Interessen des Landesbetriebs oder anderer Bewerber zu berücksichtigen, während das Interesse der Klägerin als Bestbieter erheblich und schützenswert sei. Die Klägerin habe eine feste Laufzeit der Gas Konzession lediglich von zehn Jahren bis 31. Dezember 2024 angeboten; zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung des Kartellsenats habe daher die faktische Restlaufzeit der Konzession weniger als vier Jahre betragen. Die mit einer Neuausschreibung verbundene weitere Verzögerung könne hingenommen werden, wenn damit gegenüber einem Vertragsschluss mit der Klägerin deutliche Vorteile für den Wettbewerb um das Netz verbunden wären; hieran fehle es jedoch wegen der vergleichsweisen kurzen Restlaufzeit des Konzessionsangebots. Im Ergebnis hatte daher der auf Abschluss des Konzessionsvertrags gerichtete Hauptantrag der Klägerin in der Revision Erfolg.

b) „Gasnetz Rösrath“ (§ 46 EnWG a.F.; § 47 Abs. 3 EnWG n.F.; § 242 BGB)

In der Entscheidung „Gasnetz Rösrath“ vom 07. September 2021¹¹⁹ befasst sich der Kartellsenat mit der Stufenklage einer Altkonzessionärin auf Einsicht in die ungeschwärzte Angebotsauswertung der Gemeinde sowie

¹¹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 47 f.

¹¹⁹ Urteil vom 07. September 2021 – [EnZR 29/20](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

auf der zweiten Stufe auf Feststellung der Nichtigkeit des zwischen Gemeinde und erfolgreichen Bieter geschlossenen Konzessionsvertrags. Das Berufungsgericht hatte angenommen, einem Auskunftsanspruch der Altkonzessionärin stehe entgegen, dass diese mit ihrem auf Feststellung der Nichtigkeit des neuen Konzessionsvertrags gerichteten Antrag nach Treu und Glauben ausgeschlossen sei, da sie diesen Feststellungsantrag nicht spätestens innerhalb von sechs Monaten geltend gemacht habe. Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt. Aufgrund des bei Konzessionsvergaben grundlegenden Transparenzgebots, das die Prüfung der Einhaltung des bei Auswahl- und Vergabeentscheidungen allgemein bestehenden Diskriminierungsverbots sicherstellen solle und auch im Hinblick auf die Gründe einer Auswahlentscheidung gelte, sei die eine Konzession vergebende Gemeinde verpflichtet, den unterlegenen Bietern Auskunft darüber zu erteilen, aus welchen Gründen sie den Zuschlag einem anderen Bieter erteilen will.¹²⁰ Grundsätzlich sei danach die umfassende Unterrichtung über das Ausschreibungsergebnis durch Überlassung einer ungeschwärzten und vollständigen Kopie des für die Auswahlentscheidung der Gemeinde erstellten Auswertungsvermerks erforderlich, aber auch ausreichend. Soweit die Gemeinde in einer zu übergebenden Kopie des Auswertungsvermerks Schwärzungen vornehmen wolle, habe sie deren Notwendigkeit zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen jeweils für die konkrete Angabe substantiiert darzulegen und die schützenswerten Interessen des betreffenden Bieters zu benennen. Eine vollständige Vorenthaltung der bewertungsrelevanten Erwägungen zum Schutz eines Geschäftsgeheimnisses sei danach aber grundsätzlich nicht zu rechtfertigen.¹²¹

Dem Auskunftsanspruch stehe nicht entgegen, dass die klagende Altkonzessionärin die Nichtigkeit des neuen Konzessionsvertrags nicht mehr geltend machen könne.¹²² Eine Einschränkung der Nichtigkeitsfolge bei fehlerhafter Konzessionsvergabe aufgrund unterlassener Rechtewahrung

¹²⁰ a.a.O. – juris, Rn. 8 f.

¹²¹ a.a.O. – juris, Rn. 11 f.

¹²² a.a.O. – juris, Rn. 18 f.

komme insbesondere dann in Betracht, wenn die Gemeinde alle Bewerber um die Konzession in Textform über ihre beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichte und den Konzessionsvertrag erst 15 Tage nach Absendung der Information abschlieÙe. In der vorliegenden Sache sei die Klägerin nach der Vorabinformation der Gemeinde nicht untätig geblieben, sondern habe beim Landgericht erfolglos eine einstweilige Verfügung gegen den beabsichtigten Vertragsschluss mit dem erfolgreichen Bieter beantragt. Die grundsätzliche Obliegenheit, gegen die erstinstanzliche Zurückweisung Berufung einzulegen, sei vorliegend dadurch entfallen, dass die Gemeinde sofort nach der erstinstanzlichen Entscheidung den Konzessionsvertrag mit den Stadtwerken abgeschlossen habe. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts sei die Klägerin nicht nach den in § 135 Abs. 1 Satz 1 GWB und Art. 2f Abs. 1 Buchst. b) der Richtlinie 2007/66/EG zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedanken mit ihren Einwendungen gegen die Konzessionsvergabe ausgeschlossen; diese vergaberechtlichen Präklusionsvorschriften könnten nicht isoliert bei der Konzessionsvergabe entsprechend herangezogen werden.¹²³ Ein Einwendungsausschluss zu Lasten der Klägerin ergebe sich auch nicht unter dem Aspekt unzulässiger Rechtsausübung. Ist die Gemeinde durch den erfolglosen Versuch eines Bieters, eine gerichtliche Untersagung des Vertragsschlusses zu erreichen, darüber unterrichtet, dass der Bieter den beabsichtigten Vertragsschluss für rechtswidrig hält, schließt den Vertrag jedoch gleichwohl ab, müsse sie ebenso wie der Bieter das rechtliche Risiko tragen, dass sich der eigene Rechtsstandpunkt als unzutreffend erweist, und gegebenenfalls selbst ein gerichtliches Verfahren anstrengen, das geeignet ist, eine rechtskräftige Entscheidung über die Wirksamkeit des Konzessionsvertrages herbeizuführen. Ob und gegebenenfalls inwieweit für die Rechtslage nach Inkrafttreten des § 47 EnWG etwas anderes gilt, lässt der Senat ausdrücklich offen.¹²⁴

¹²³ a.a.O. – juris, Rn. 23 unter Verweis auf u.a. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – [KZR 66/12](#) – juris, Rn. 111 f. – Stromnetz Berkenthin.

¹²⁴ a.a.O. – juris, Rn. 24 f.

c) „Stadt Bargteheide“ (§§ 19 Abs. 2 Nr. 1, 33 GWB a.F.; § 46 EnWG a.F.)

In seiner Entscheidung „Stadt Bargteheide“ vom 12. Oktober 2021¹²⁵ setzt der Kartellsenat seine Rechtsprechung zur Konzessionsvergabe nach § 46 Abs. 2 EnWG a.F. fort. In dieser Sache hatte die beklagte Gemeinde für die anstehenden Konzessionsvergaben für die Strom- und Gasversorgungsnetze eigene Stadtwerke gegründet und als deren Geschäftsführer den Kämmerer der Stadt eingesetzt; der in der Stadtverwaltung für die Vergabestelle zuständige Mitarbeiter unterstand der vom Kämmerer der Gemeinde geleiteten Abteilung Finanzen und Gebäudewirtschaft. Zu dem vom Kartellsenat aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a.F. hergeleiteten Gebot der organisatorischen und personellen Trennung von Vergabestelle und Bewerber führt der Senat in dieser Entscheidung aus, eine vollständige Trennung erfordere eine Organisationsstruktur, die sicherstellt, dass ein Informationsaustausch zwischen den für die Vergabestelle und den für den Eigenbetrieb oder die Eigengesellschaft handelnden Personen nur innerhalb des dafür vorgesehenen Vergabeverfahrens für das Wegerecht erfolgt, sodass bereits durch strukturelle Maßnahmen – also nach dem äußeren Erscheinungsbild – die Bevorzugung des Eigenbetriebs oder der Eigengesellschaft und der „böse Schein“ mangelnder Objektivität der Vergabestelle vermieden wird.¹²⁶ Anders als im Fall eines Gemeinderats, der lediglich bei einem abschließenden Beschluss des Gemeinderats über die Neuvergabe des Wegerechts mitwirkt, bestehe bei einer fehlenden formalen Trennung in dem – der abschließenden Beschlussfassung vorgelagerten – Verfahren, insbesondere bei der Bestimmung und Ausgestaltung der Vergabekriterien, die Möglichkeit, dass die Bewerbung des Eigenbetriebs durch die Vergabestelle bevorzugt wird.¹²⁷ Insoweit sei es nicht erforderlich, eine konkrete Doppelbefassung von Mitarbeitern des Eigenbetriebs

¹²⁵ Urteil vom 12. Oktober 2021 – [EnZR 43/20](#) – juris.

¹²⁶ a.a.O. – juris, Rn. 35.

¹²⁷ a.a.O. – juris, ebd. unter Abgrenzung zur Entscheidung BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 – [EnZR 99/18](#) – juris, Rn. 45 – Gasnetz Leipzig.

oder der Vergabestelle nachzuweisen; ein solcher Nachweis sei wegen der fehlenden formalen Trennung und dem dadurch generell eröffneten, intransparenten Informationsaustausch regelmäßig nicht möglich. Für die Annahme eines Verstoßes gegen das Trennungsgebot genüge deshalb die strukturelle Beeinträchtigung des Wettbewerbs um das Wegerecht, die sich daraus ergebe, dass in der persönlichen Aufgabenverteilung Interessenkonflikte angelegt sind, die die Neutralität der Vergabestelle gefährden können. In der beklagten Gemeinde hätten keine Regelungen bestanden, die einen Wissenstransfer zwischen den Stadtwerken in Person des Kämmers und der Gemeindestelle in der Person ihres Leiters sowie einen Interessenkonflikt verhinderten. Die fehlende Teilnahme des Kämmers an den Sitzungen der Stadtvertretung oder ihrer Ausschüsse, in denen über das Auswahlverfahren gesprochen worden ist, könne die gebotene personelle und organisatorische Trennung allein nicht begründen.¹²⁸ Wegen dieser Verletzung des Trennungsgebots hat der Bundesgerichtshof die in den Vorinstanzen noch unterschiedlich behandelten Anträge auf Feststellung der Unwirksamkeit der von der Gemeinde mit ihren Stadtwerken geschlossenen Konzessionsvergabeverträge für die Strom- und Gasversorgungsnetze für begründet erachtet. Weiter hat der Bundesgerichtshof die Gemeinde verpflichtet, die beiden Vergabeverfahren neu auszuschreiben. Eine solche Verpflichtung ergebe sich jedenfalls dann aus dem Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gemäß § 33 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F., wenn ein gewichtiger Verstoß gegen das Trennungsgebot die vollständige Aufhebung des Vergabeverfahrens erforderlich mache und nicht ausnahmsweise der in Rede stehende Verstoß von vornherein keine Auswirkungen im Vergabeverfahren gehabt hat.¹²⁹ Im Rahmen des Anspruchs auf Schadenersatz nach § 33 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F. hat der Kartellsenat zudem den eingeklagten Anspruch auf Zahlung der Prozesskosten im vorangehenden Eilverfahren auf Verhinderung der Vertragsschlüsse zwischen Gemeinde und Stadtwerke als begründet erachtet. Unter Verweis auf die zur Subsidiaritätsklausel im Amtshaftungs-

¹²⁸ a.a.O. – juris, Rn. 39 f.

¹²⁹ a.a.O. – juris, Rn. 51.

recht entwickelten Rechtsprechung führt der Senat aus, die Kosten eines erfolglosen Eilverfahrens gehörten zu dem dem unterlegenen Bieter zu ersetzenden Schaden, wenn der unterlegene Bieter – wie in der Rechtsprechung des Kartellsenats anerkannt – wegen einer drohenden Rügepräklusion gehalten sei, um vorläufigen Rechtsschutz nachzusuchen.¹³⁰

Mit Blick auf das von der Altkonzessionärin erfolglos angestrebte Eilverfahren weist der Bundesgerichtshof den Einwand der beklagten Gemeinde zurück, die klagende Altkonzessionärin habe wegen des rechtskräftig abgeschlossenen Eilverfahrens ein notwendiges besonderes rechtliches Interesse nicht darlegen können. Im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsschutzziele, die unterschiedliche Prüfungsintensität und die Wirkungen seien einstweiliges Verfügungsverfahren und Hauptsacheverfahren nebeneinander zulässig. Ob sich unter der (hier nicht anwendbaren) Geltung von § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG in der ab dem 03. Februar 2017 geltenden Fassung etwas anderes ergibt, hat der Senat offengelassen.¹³¹

d) „wilhelm.tel“ (§§ 20 Abs. 1, 33 Abs. 1 GWB a.F.)

In der Entscheidung „wilhelm.tel“ vom 06. Juli 2021¹³² behandelt der Bundesgerichtshof die Frage, inwieweit eine ungleiche Behandlung von Breitbandkabelunternehmen bei der Zahlung von Einspeiseentgelten geeignet ist, sich nachteilig auf die Wettbewerbsposition des diskriminierten Unternehmens auszuwirken und damit einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu begründen. Die Beklagte, die Veranstalterin des ZDF, hatte der Klägerin, einer Kabelnetzbetreiberin, in den Jahren 2008 bis 2012 die Zahlung von Einspeiseentgelten verweigert, hingegen im gleichen Zeitraum solche Entgelte für die Weiterleitung der Programmsignale in Kabelnetzen an die vier größten Kabelnetzbetreiber in Deutschland gezahlt. Erst

¹³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 56 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 11. September 2008 – [III ZR 212/07](#) – juris, Rn. 8.

¹³¹ a.a.O. – juris, Rn. 26 f.

¹³² Urteil vom 06. Juli 2021 – [KZR 11/18](#) – juris.

seit 2013 zahlten die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten an keinen Kabelnetzbetreiber mehr freiwillig ein Einspeiseentgelt.

Das Berufungsgericht hatte in dieser Sache einen Schadenersatzanspruch wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot gemäß § 20 Abs. 1 Alt. 2 GWB 2007 i.V.m. § 33 Abs. 1 und Abs. 3 GWB 2007 rechtsfehlerhaft verneint. Unter Bezugnahme auf seine frühere Entscheidung „NetCologne I“ führt der Kartellsenat aus, die Beklagte als marktbeherrschendes Unternehmen auf dem sachlich relevanten Nachfragemarkt der Übertragung von Programmsignalen über Breitbandkabel habe die Klägerin anders behandelt als die Regionalgesellschaften, indem sie ihr keine Einspeiseentgelte gezahlt habe.¹³³ Diese vom Berufungsgericht festgestellte Ungleichbehandlung bei der Zahlung bzw. Nichtzahlung von Einspeiseentgelten sei für die Klägerin in erheblichem Maße nachteilig gewesen. Anders als das Berufungsgericht gemeint habe, könne für diese Ungleichbehandlung eine sachliche Rechtfertigung nicht darin gesehen werden, dass Kabel Deutschland eine erhebliche Versorgungsrelevanz zukam, die Kapazitätsengpässe im digitalen Kabel wegfielen, Kabel Deutschland eine bedeutsame Marktstellung und starke Verhandlungsposition hatte und auch in der Vergangenheit Einspeiseentgelte erhalten hatte. Im Hinblick auf die Ziele des GWB stelle es keinen sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung dar, dass der marktmächtige Anbieter wegen der langjährig geübten Praxis und Geschäftsbeziehung letztmalig und befristet bevorzugt werden soll. Die vom Berufungsgericht genannte Versorgungsrelevanz sei ebenfalls nicht heranzuziehen, weil die Versorgung jedes Haushalts dem Interesse und dem Grundversorgungsauftrag der Beklagten grundsätzlich gleichermaßen entspreche.¹³⁴ Auch habe das Berufungsgericht zu Unrecht einen Anspruch der Klägerin wegen Ausbeutungsmisbrauchs nach § 19 Abs. 1 und Abs. 4 Nr. 2 GWB 2007 verneint. Das Berufungsgericht habe insoweit bei der Bemessung des Werts der Leistung der Klägerin für die Beklagte fehlerhaft eine Beschränkung auf

¹³³ a.a.O. – juris, Rn. 13 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 12. April 2016 – [KZR 30/14](#) – juris, Rn. 32 f.

¹³⁴ a.a.O. – juris, Rn. 22 f.

Werbeeinnahmen vorgenommen. Der Wert der Leistung eines Kabelnetzbetreibers für einen öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter könne dagegen nicht auf die Erschließung höherer Werbeeinnahmen reduziert werden.¹³⁵

3. Zusammenschlusskontrolle (entfällt)

4. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung

a) „Stationspreissystem III“ (Art. 102 AEUV; § 33 GWB 2005)

Im Urteil „Stationspreissystem III“ vom 22. Juni 2021¹³⁶ und weitgehend übereinstimmenden weiteren Urteilen in diesem Zusammenhang vom gleichen Tag¹³⁷ hält der Kartellsenat an seiner Rechtsprechung fest, dass die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs „CTL Logistics“ vom 09. November 2017 zur richtlinienrechtlichen Unzulässigkeit der Anwendung einer nationalen Billigkeitskontrolle wie § 315 Abs. 3 BGB die Zivilgerichte nicht an der Anwendung von Art. 102 AEUV hindere.¹³⁸ Auch das Vorabentscheidungsersuchen des Kammergerichts an den EuGH vom 10. Dezember 2020 gebiete keine Aussetzung des Revisionsverfahrens in entsprechender Anwendung von § 148 ZPO. Die Anwendung des Missbrauchsverbots nach Art. 102 AEUV stehe nicht in einem materiellrechtlichen Konflikt mit der eisenbahnrechtlichen Richtlinie 2001/14/EG. Anerkannt sei, dass regulierungsrechtliche Vorgaben bei der Prüfung des Verhaltens eines Infrastrukturunternehmens am Maßstab von Art. 102

¹³⁵ a.a.O. – juris, Rn. 33 f. unter Verweis auf BGH, Urteil vom 03. Dezember 2019 – [KZR 29/17](#) – juris, Rn. 30.

¹³⁶ Urteil vom 22. Juni 2021 – [KZR 72/15](#) – juris.

¹³⁷ Urteile vom 22. Juni 2021 – [KZR 65/15](#) –; – [KZR 67/15](#) –; – [KZR 68/15](#) –; – [KZR 69/15](#) –; – [KZR 70/15](#) –; – [KZR 71/15](#) – und – [KZR 72/15](#) – jeweils juris; an allen Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

¹³⁸ a.a.O. – juris, Rn. 9 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 09. November 2017 – C-489/15 – juris, sowie die Rechtsprechung des Senats seit dem Urteil vom 29. Oktober 2019 – [KZR 39/19](#) – Trassenentgelte – juris.

AEUV zwingend zu berücksichtigen seien; weder dem Unionsrecht noch dem nationalen Recht ließen sich Vorschriften entnehmen, nach dem die Zivilgerichte kartellrechtliche Ansprüche wegen eines bestimmten Entgelts oder Entgeltsystems nur oder erst dann prüfen und zuerkennen dürften, wenn die Regulierungsstelle das betreffende Entgelt oder Entgeltsystem nach den Maßstäben des Eisenbahnregulierungsrechts für rechtswidrig befunden hat. Sollte sich eine solche besondere Zulässigkeitsvoraussetzung für die Erhebung und Sachprüfung einer Schadenersatzklage wegen Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens aus der Richtlinie 2001/14/EG ableiten lassen, fehle es jedenfalls an einer entsprechenden Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber, die im Verhältnis zwischen Privaten Beachtung finden könnte.¹³⁹

b) „Trassenentgelte II“ (EU-Ri 2001/14/EG)

In der Entscheidung „Trassenentgelte II“¹⁴⁰ vom 21. September 2021 präzisiert der Kartellsenat die Anwendung des unionsrechtlichen Kartellrechts unter dem Einfluss unionsrechtlichen Regulierungsrechts. In Streit stand in dieser Sache der von der Klägerin geltend gemachte Schadenersatzanspruch wegen eines missbräuchlich überhöhten Entgelts im Trassenpreissystem der DB Netz AG im Zeitraum von 2012 bis 2016 für die von der Klägerin angebotenen Charter- und Gelegenheitsverkehre.

Der Kartellsenat hat das Berufungsurteil wegen eines unzulässigen Teilurteils aufgehoben, im Übrigen aber im Rahmen der Zurückverweisung zum Ausdruck gebracht, dass das Berufungsgericht fehlerfrei dem Grunde nach einen Schadenersatzanspruch der Klägerin gemäß § 33 Abs. 3 GWB a.F. i.V.m. Art. 102 AEUV angenommen habe. Der Kartellsenat wiederholt seine bisherige Rechtsprechung, dass auch eine – wie im Streitfall – erfolgte Gewährung des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur miss-

¹³⁹ a.a.O. – juris, Rn. 14 f.

¹⁴⁰ Urteil vom 21. September 2021 – [KZR 88/20](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

bräuchlich sein könne, wenn die geforderten Bedingungen unangemessen oder diskriminierend sind; bei der Würdigung dieser Frage seien die Wertungen der sektorspezifischen Regulierungsvorschriften zu berücksichtigen.¹⁴¹ Der Senat fasst seine bisherige Rechtsprechung zu einem missbräuchlichen Preisverhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens wegen missbräuchlich überhöhter Preise i.S.v. Art. 102 Abs. 2 Buchst. a) AEUV, wegen unterschiedlicher Preise, welche Handelspartner im Wettbewerb ohne sachliche Diskriminierung i.S.v. Art. 102 Abs. 2 Buchst. c) AEUV benachteiligen, sowie wegen einer missbräuchlichen Kosten-Preis-Schere zusammen.¹⁴² Weitere Bindungen des Eisenbahninfrastrukturunternehmens ergäben sich zum einen unmittelbar aus dem Diskriminierungsverbot gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG a.F. unter Berücksichtigung der Vorgaben der Richtlinie 2001/14/EG, die der Gewährung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Schieneninfrastruktur und der Sicherung eines fairen Wettbewerbs bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen dienen. Danach haben die zur Deckung der Vollkosten möglichen Aufschläge gemäß Art. 8 Abs. 1 Richtlinie 2001/14/EG, § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG a.F. auf der Grundlage effizienter, transparenter und nicht-diskriminierender Grundsätze zu erfolgen. Zum anderen trage das marktbeherrschende Unternehmen, das über eine wesentliche Infrastruktureinrichtung verfügt, bereits aus Art. 102 Abs. 1 AEUV eine besondere Verantwortung dafür, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb in der Union nicht beeinträchtigt.¹⁴³ Diesen Anforderungen habe das Trassenpreissystem der Beklagten im fraglichen Zeitraum nicht entsprochen; die Entgeltberechnung am Maßstab der von der Beklagten gewählten Kategorien, der in Ansatz gebrachten Kategoriepreise und der darauf bezogenen Produktfaktoren lasse sich mit den gesetzlichen Berechnungsgrundsätzen nicht in Übereinstimmung bringen. Vor diesem Hintergrund erschließe sich ohne Weiteres, dass dem Umstand, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen der Vorabprüfung der in Rede stehenden Entgelte nach § 14e AEG a.F. keinen Widerspruch

¹⁴¹ a.a.O. – juris, Rn. 25.

¹⁴² a.a.O. – juris, Rn. 27 f.

¹⁴³ a.a.O. – juris, Rn. 35 f.

erhoben hat, keine indizielle Bedeutung für die Rechtmäßigkeit der geforderten Trassenentgelte beizumessen ist.¹⁴⁴

Das Berufungsgericht sei im Ergebnis auch mit Recht davon ausgegangen, dass das beanstandete Verhalten der Beklagten geeignet ist, die Klägerin auf dem nachgelagerten Markt für das Angebot von Dienstleistungen im Schienenpersonenfernverkehr zu behindern. Insoweit könne – anders als vom Berufungsgericht angenommen – bereits die fehlende Übereinstimmung des in Rede stehenden Trassenpreissystems mit den Entgeltgrundsätzen nach § 14 Abs. 4 Satz 2 f. AEG a.F. einen Verstoß gegen das aus Art. 102 Abs. 1 AEUV folgende Missbrauchsverbot begründen, ohne dass es im Streitfall näherer Feststellungen im Hinblick auf die Wirkungen der Einzelpreise des Trassenpreissystems bedürfe.¹⁴⁵ Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs könne eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten nur vorliegen, wenn sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lasse, dass das in Frage stehende Verhalten den Handel zwischen Mitgliedsstaaten in einer Weise beeinflussen kann, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann; insoweit genüge der Nachweis einer potenziellen wettbewerbswidrigen Wirkung.¹⁴⁶ Hieran gemessen werde das Berufungsgericht auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen im wiedereröffneten Berufungsverfahren eine hinreichend konkrete Behinderungswirkung annehmen können. Wendet ein marktbeherrschendes Unternehmen – das über eine wesentliche Infrastruktureinrichtung verfügt und damit in der Lage ist, die Bedingungen des Wettbewerbs auf den nachgelagerten Märkten maßgeblich zu definieren – ein intransparentes Preisbildungssystem an, das sich einer rationalen Begründung in weiten Teilen entzieht und nicht der gesetzlichen Preisbildungssystematik entspricht, könne die von Art. 102 Abs. 1 AEUV vorausgesetzte Eignung zur Behinderung bereits darin liegen, dass es auf

¹⁴⁴ a.a.O. – juris, Rn. 37 f.

¹⁴⁵ a.a.O. – juris, Rn. 42 f.

¹⁴⁶ a.a.O. – juris, Rn. 43 unter Verweis auf die Urteile des EuGH vom 01. Juli 2008 – C-49/07 – MOTOE – sowie vom 22. November 2018 – C-295/17 – Meo –.

diese Weise die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs auf den nachgelagerten Märkten insgesamt verfälscht. Der Tatrichter könne dem Verstoß gegen grundlegende – weil den Wettbewerbsprozess eröffnende – regulierungsrechtliche Preisbildungsvorschriften im Rahmen der nach § 286 ZPO vorzunehmenden Tatsachenfeststellung eine erhebliche Indizwirkung beimessen und sich bereits aufgrund des intransparenten Preissetzungsverhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens eine Überzeugung vom Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens bilden; es könne so dann Sache des Infrastrukturbetreibers sein, nachteilige wettbewerbliche Wirkungen dieses Preissystems auszuschließen.¹⁴⁷

Im Rahmen der Schadensberechnung begegne es keinen Bedenken, dass sich das Berufungsgericht im Ausgangspunkt auf das von der Bundesnetzagentur für einen späteren Zeitraum geprüfte und genehmigte Entgelt für das in dieser Zeit gebildete gesonderte Marktsegment „Charterverkehr/Nostalgie“ gestützt habe. Im Rahmen von § 287 ZPO werde das Berufungsgericht zu erwägen haben, inwieweit es dem von der Regulierungsbehörde für den späteren Zeitraum genehmigte Entgelt für das Segment „Charterverkehr/Nostalgie“ bereits eine hinreichende Indizwirkung beimesse oder ob es den weiteren Fortgang des gegen diese Entgeltgenehmigung gerichteten verwaltungsgerichtlichen Verfahrens abwarte. Eine Pflicht zur Aussetzung des zivilgerichtlichen Verfahrens bis zur endgültigen Bestandskraft der regulierungsrechtlichen Entgeltgenehmigung bestehe jedenfalls dann nicht, wenn aufgrund der in Rechnung zu stellenden verwaltungsgerichtlichen Verfahrensdauer die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte praktisch unmöglich gemacht oder zumindest übermäßig erschwert würde.¹⁴⁸

5. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales (entfällt)

¹⁴⁷ a.a.O. – juris, Rn. 48.

¹⁴⁸ a.a.O. – juris, Rn. 52 f.

6. Sonstiges
(entfällt)

Karlsruhe, den 09. März 2022

Dr. Peter Rädler