

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 2. Halbjahr 2023

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

Dieser Beitrag fasst die im zweiten Halbjahr 2023 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 2024 veröffentlichten Entscheidungen begrenzt;² später veröffentlichte Entscheidungen werden in der nachfolgenden Rechtsprechungsübersicht berücksichtigt. Der Rechtsprechungsbericht zum Wettbewerbsrecht ist in dieser Übersicht auf das Lauterkeitsrecht des UWG beschränkt.

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

-
- ¹ Frühere Berichtszeiträume sind abrufbar auf unserer Webseite („Aktuelles“) unter dem Menüpunkt „[Newsletter](#)“.
 - ² Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseite kostenlos im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt. Die in Anführungszeichen bezeichneten Entscheidungen geben den amtlichen Entscheidungsnamen wieder; Überschriften ohne Anführungszeichen dienen lediglich der Bezeichnung in diesem Newsletter.

Wettbewerbs- und Kartellrecht

I. Lauterkeitsrecht

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

II. Kartellrecht

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

I. Lauterkeitsrecht

- 1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen**
(entfällt)

- 2. Per-se-Verbote**
(entfällt)

3. Marktverhaltensregelungen (§ 3a UWG)

a) “Zweibrücken Fashion Outlet” (LadenöffnungsG Rh-Pfl)

In seiner Entscheidung “Zweibrücken Fashion Outlet“³ befasst sich der Bundesgerichtshof mit dem verfassungsrechtlichen Gebot des Schutzes von Sonn- und Feiertagen und dem Nichtigwerden einer landesrechtlichen Rechtsverordnung. Gegenstand des Verfahrens waren landesrechtliche Ausnahmen vom Schutz der Sonn- und Feiertage für die Endverbraucher-geschäfte im Zweibrücken Fashion Outlet Center.

Nach § 1 der von der Landesregierung Rheinland-Pfalz erlassenen Verordnung zur Durchführung des Ladenöffnungsgesetzes Rheinland-Pfalz waren Sonntagsöffnungen von Verkaufsstellen im näheren Einzugsgebiet des Flughafens Zweibrücken während bestimmter Zeiträume gestattet, wenn die Verkaufsstellen Waren abgeben, die üblicherweise von Reisenden mitgeführt werden können. Am 03. November 2014 erfolgte eine Herabstufung des Flughafens Zweibrücken vom Verkehrsflughafen zum Sonderlandeplatz mit nur noch eingeschränktem Flugverkehr. Der I. Zivilsenat bekräftigt im Ausgangspunkt, dass die gesetzlichen Vorschriften über die Ladenöffnungszeiten das Marktverhalten regelnde Vorschriften im Sinne des § 3a UWG darstellen, weil sie nicht allein dem Arbeitsschutz, sondern im Interesse der Wettbewerber zugleich der Wettbewerbsneutralität dienen.⁴ Das Berufungsgericht habe jedoch zu Unrecht angenommen, ein Verstoß gegen § 3a UWG scheide wegen der Legitimationswirkung der Durchführungsverordnung aus, ohne dass es auf deren Rechtmäßigkeit ankomme.

Ein Marktverhalten kann auch durch eine Rechtsverordnung legalisiert werden. Eine rechtswidrige und damit nichtige Rechtsverordnung entfaltet allerdings keine Legitimationswirkung. Grundsätzlich ist eine mit

³ Urteil vom 27. Juli 2023 – [I ZR 144/22](#) – juris.

⁴ a.a.O. – juris, Rn. 13.

höherrangigem Recht unvereinbare Rechtsverordnung nichtig Die Gerichte haben Rechtsverordnungen darauf zu überprüfen, ob sie gegen höherrangiges Recht verstoßen. Die Nichtigkeit einer Rechtsverordnung können die Fachgerichte selbst feststellen, weil insoweit kein Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts besteht.⁵ Insoweit habe das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft die Auffassung vertreten, dass eine nachträgliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse keine Auswirkung auf die rechtliche Beurteilung der Durchführungsverordnung haben könne. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass eine ursprünglich verfassungsgemäße gesetzliche Regelung wegen Veränderungen der maßgeblichen Umstände verfassungswidrig werden kann. Dieser für formelle Gesetze geltende Grundsatz hat entsprechend für eine durch Rechtsverordnung getroffene Regelung zu gelten. Mit Blick auf das in einer Ermächtigungsgrundlage für eine Rechtsverordnung vorgesehene Regelungsermessen des Normgebers kommt allerdings die Nichtigkeit infolge einer nach Erlass der Rechtsverordnung eingetretenen Veränderung maßgeblicher Umstände nur in Betracht, wenn der Normgeber eine Änderung oder Aufhebung der Rechtsverordnung unterlassen hat, obwohl aufgrund der geänderten Situation sein Ermessen zu einem solchen Tätigwerden auf Null reduziert ist.⁶ Für das wiedereröffnete Berufungsverfahren verweist der Senat auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV einen Schutzauftrag an den Gesetzgeber enthält, der für die Arbeit an Sonn- und Feiertagen unter anderem ein Regel-Ausnahme-Verhältnis statuiert. Grundsätzlich hat die typische "werktägliche Geschäftigkeit" an Sonn- und Feiertagen zu ruhen. Der verfassungsrechtlich garantierte Sonn- und Feiertagschutz ist nur begrenzt einschränkbar. Ausnahmen von der Sonn- und Feiertagsruhe sind zur Wahrung höher- oder gleichwertiger Rechtsgüter möglich; in jedem Falle muss der ausgestaltende Gesetzgeber aber ein

⁵ a.a.O. – juris, Rn. 17 f.

⁶ a.a.O. – juris, Rn. 21 f.

hinreichendes Niveau des Sonn- und Feiertagsschutzes wahren.⁷ Soweit nach der Begründung des Landesgesetzgebers die nach § 7 Abs. 2 LadöffnG RP ermöglichte Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen in Betracht kommt, wenn in einem Einzelfall die allgemeinen Ladenöffnungszeiten beziehungsweise die im Bahnhof oder im Flugplatz selbst vorhandenen Verkaufsstellen nicht bedarfsdeckend sind,⁸ stelle sich die Frage, inwiefern am Sonderlandeplatz Zweibrücken entsprechender Bedarf besteht und dieser nicht anderweitig gedeckt wird. Infolge der Herabstufung des Flugplatzes vom Verkehrsflughafen zum Sonderlandeplatz erscheine insbesondere fraglich, inwiefern in den von der Durchführungsverordnung erfassten Schulferien ein (erhöhtes) Aufkommen an Reisenden besteht, deren Bedarf nicht am Flugplatz selbst gedeckt werden kann, so dass in dieser Zeit eine Ausnahme vom Verbot der Sonntagsöffnung auch im Einzugsbereich des Flugplatzes erforderlich ist.⁹

b) „muenchen.de“ (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG)

In seiner Entscheidung „muenchen.de“¹⁰ setzt der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung zur Vereinbarkeit kommunaler Online-Informationsangebote mit dem Gebot der Staatsferne der Presse fort. Gegenstand des Verfahrens in dieser Sache war die Unterlassungsklage Münchener und überregionaler Zeitungsverlage gegen das „offizielle Stadtportal“ für die Landeshauptstadt München. Das umfangreiche Portal umfasste u.a. die Rubriken "Rathaus", "Branchenbuch", "Veranstaltungen", "Kino", "Freizeit", "Sehenswertes", "Restaurants" und "Shopping". Der Senat bejaht im Ausgangspunkt zunächst die Mitbewerberstellung der Klägerinnen nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG a.F.. Mit ihrem Geschäftsmodell eines kostenlosen Stadtportals, das sowohl redaktionelle Beiträge als auch kommerzielle Anzeigen enthält, stelle sich die Beklagte in Wettbewerb zu den Klägerinnen, die in München Tageszeitungen herausgeben und/oder Online-Nachrichten-

⁷ a.a.O. – juris, Rn. 29.

⁸ LT-Drucks. Rheinland-Pfalz 15/387, S. 17.

⁹ BGH, a.a.O. – juris, Rn. 37.

¹⁰ Urteil vom 13. Juli 2023 – [I ZR 152/21](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

portale bereitstellen, die jeweils ebenfalls kommerzielle Anzeigen enthalten. Der für die Annahme eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses erforderliche wettbewerbliche Bezug liege schon deswegen vor, weil sowohl das Stadtportal der Beklagten als auch die Angebote der Klägerinnen über einen Anzeigenteil verfügen und damit beide Parteien um Anzeigenkunden werben. Ein wettbewerblicher Bezug bestehe aber auch mit Blick auf die vom Berufungsgericht festgestellten redaktionellen Inhalte des Stadtportals, bei denen es sich um Themen handelt, die typischerweise von der Presse besetzt werden.¹¹ Der Senat hält auch an seiner in den Urteilen „Crailsheimer Stadtblatt II“ und „Dortmund.de“ vertretenen Auffassung fest, dass es sich bei dem von den Klägerinnen als verletzt beanstandeten Gebot der Staatsferne der Presse um eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG handelt.¹²

Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung könne ein Verstoß gegen diese Marktverhaltensregelung des Gebots der Staatsferne der Presse allerdings nicht angenommen werden. Für die konkrete Beurteilung kommunaler Publikationen mit Blick auf das Gebot der Staatsferne der Presse sind Art und Inhalt der veröffentlichten Beiträge auf ihre Zugehörigkeit zum Aufgabenbereich der Gemeinde zu untersuchen und ist unter Einbeziehung des äußeren Erscheinungsbilds eine wertende Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Bezogen auf den Inhalt einer gemeindlichen Publikation stellen nicht nur die Veröffentlichung amtlicher Mitteilungen, die kommunale Wirtschaftsförderung und die Information über die aktuelle Tätigkeit und künftigen Vorhaben der Kommunalverwaltung und des Gemeinderats auf jeden Fall zulässiges Informationshandeln der Kommunen dar. Zur zulässigen Öffentlichkeitsarbeit der Kommune gehören grundsätzlich auch das Stadtmarketing und die Tourismusförderung.¹³ Bei Online-Informationsangeboten, die nach ihren

¹¹ a.a.O. – juris, Rn. 21 f.

¹² a.a.O. – juris, Rn. 25 unter Verweis auf Urteile vom 20. Dezember 2018 – [I ZR 112/17](#) – Crailsheimer Stadtblatt II – juris, Rn. 19; vom 14. Juli 2022 – [I ZR 97/21](#) – Dortmund.de – juris, Rn. 21.

¹³ Urteil vom 13. Juli 2023 – a.a.O. – juris, Rn. 39 f.

technischen Gegebenheiten nicht den für Druckerzeugnisse bestehenden Kapazitätsbeschränkungen unterliegen, ist das quantitative Verhältnis zwischen zulässigen und unzulässigen Beiträgen insoweit regelmäßig weniger aussagekräftig als bei Printmedien. Daher kann für die Gesamtbetrachtung bedeutsam sein, ob gerade die das Gebot der Staatsferne der Presse verletzenden Beiträge besonderes Gewicht haben und das Gesamtangebot prägen. Neben den inhaltlichen Kriterien ist in die Gesamtwürdigung insbesondere miteinzubeziehen, wie die Informationen den angesprochenen Nutzerinnen und Nutzern präsentiert werden. Bei Online-Informationsangeboten ist insofern zu berücksichtigen, dass insbesondere Verlinkungen keine pressetypische, sondern eine internettypische Gestaltung darstellen.¹⁴

Das Berufungsgericht habe, so der Senat, in dieser Sache rechtsfehlerhaft gemeint, ergänzend zu den vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätzen seien, auch soweit ein Hoheitsträger nicht pressemäßig tätig werde, nach allgemeinen Regeln unzulässige geschäftliche Handlungen der öffentlichen Hand in die Gesamtwürdigung miteinzubeziehen. Insoweit sei zu berücksichtigen, ob staatliche Empfehlungen im Aufgabenbereich der jeweiligen Verwaltung lägen und neutral, objektiv und sachgerecht seien. Das Berufungsgericht ist, so der Bundesgerichtshof, insoweit zwar zutreffend von einem besonderen Neutralitäts- und Sachlichkeitsgebot der öffentlichen Hand ausgegangen. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht diese Anforderungen allerdings in die Gesamtwürdigung bei der Prüfung eines Verstoßes gegen das Gebot der Staatsferne der Presse einbezogen. Geschäftliche Handlungen der öffentlichen Hand dieser Art sind allein nach den allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Regelungen, wie zum Beispiel § 4 Nr. 4, §§ 4a, 5 Abs. 1 oder § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG nF, zu beurteilen. Daraus resultierende Wettbewerbsverstöße hätten die Klägerinnen jedoch nicht gerügt.¹⁵ Die Gesamtwürdigung des Berufungsgerichts halte der rechtlichen Nach-

¹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 43.

¹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 47 f.

prüfung daher schon deshalb nicht stand, weil das Berufungsgericht bei der wertenden Gesamtbetrachtung des angegriffenen Stadtportals von dem von ihm rechtsfehlerhaft erweiterten Maßstab für einen Verstoß gegen das Gebot der Staatsferne der Presse ausgegangen ist und im Rahmen der Gesamtwürdigung jeweils auch darauf abgestellt hat, dass die Unterrubriken "Restaurant Guides" und "Shopping Guides" sowie die Anzeigenwerbung unabhängig von einer pressemäßigen Tätigkeit der Beklagten nach allgemeinen Grundsätzen wettbewerbsrechtlich unzulässig seien.¹⁶

Für die wiedereröffnete Berufungsinstanz weist der Senat darauf hin, bei der Anzeigenwerbung sei zwar zu berücksichtigen, dass sie in einer kommunalen Publikation unter dem Gesichtspunkt des Gebots der Staatsferne der Presse nicht generell unzulässig ist, sondern zulässige, fiskalisch motivierte Randnutzung sein kann. Eine die Grenzen der zulässigen Randnutzung überschreitende Werbung in einem kommunalen Amtsblatt oder Online-Portal berge aber die Gefahr existenzieller Schäden für die Presse, wenn private Unternehmen nicht mehr in der Tageszeitung oder deren Online-Ausgabe, sondern bei der Kommune im digitalen oder auch im Printbereich inserieren. Ist die Verbreitung von Inseraten typische, auch grundrechtlich zugeordnete Funktion privater Presse, darf sie bei staatlichen Publikationen nur eine untergeordnete Rolle spielen. Das gilt insbesondere für Online-Angebote, die in geringerem Maße auf eine Refinanzierung durch eine erwerbswirtschaftliche Randnutzung angewiesen sind. Die Randnutzung bezeichnet, wie der Senat hervorhebt, eine Annex-tätigkeit; die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe darf nicht umgekehrt zum Annex der erwerbswirtschaftlichen Betätigung werden. Die Randnutzung muss deshalb eine untergeordnete, quantitativ nachgeordnete Tätigkeit in innerem Zusammenhang mit der Hauptnutzung darstellen.¹⁷

¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 59.

¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 61 f.

c) Vorlagebeschluss: „Gutscheinwerbung“ (§ 7 HWG; Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel)

Im Beschluss „Gutscheinwerbung“ vom 13. Juli 2023¹⁸ legt der Bundesgerichtshof dem EuGH die Frage vor, ob Werbung für den Bezug verschreibungspflichtiger Arzneimittel aus dem gesamten Warensortiment einer Apotheke dem Anwendungsbereich der Regelungen zur Werbung für Arzneimittel in der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (Titel VIII und VIIIa) unterfällt. Dem Vorlagebeschluss liegt die Schadensersatzklage einer niederländischen Versandapotheke gegen eine Berufsvertretung der Apotheker zugrunde. Die Berufsvereinigung hatte in den Jahren 2013 bis 2015 gegen die Klägerin einstweilige Verfügungen gerichtet auf die Unterlassung zur Gewährung eines Vorteils in Form eines Barrabatts, eines Gutscheins zur Verrechnung beim Kauf eines anderen Arzneimittels, eines Hotelgutscheins oder einer Jahresmitgliedschaft beim ADAC erwirkt; diese einstweiligen Unterlassungsverfügungen wurden größtenteils später wegen veränderter Umstände mit Blick auf das Urteil des EuGH in der Sache „Deutsche Parkinsonvereinigung“¹⁹ aufgehoben. Mit ihrer Klage macht die Klägerin Schadensersatz gestützt auf § 985 ZPO geltend.

Nach § 945 Alt. 1 ZPO ist die Partei, die eine von Anfang an ungerechtfertigte einstweilige Verfügung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus deren Vollziehung entsteht. Der Anspruch nach § 945 ZPO scheidet zum einen aus, wenn sich die einstweilige Verfügung als von Anfang an gerechtfertigt, also zu Recht ergangen erweist. Zum anderen besteht dieser Anspruch mangels zu ersetzenden Schadens nicht, wenn der durch die Vollziehung einer ungerechtfertigt ergangenen Verfügung Betroffene ohnehin materiellrechtlich verpflichtet ist, das ihm durch die einstweilige Verfügung

¹⁸ Beschluss vom 13. Juli 2023 – [I ZR 182/22](#) – juris.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2016 – C-148/15 – juris.

untersagte Verhalten zu unterlassen.²⁰ Vorliegend, so der Senat, würden sich bei Anwendung von § 7 Abs. 1 HWG drei der fünf durch die auf einen Verstoß gegen § 78 Abs. 1 AMG gestützten einstweiligen Verfügungen verbotenen Werbemaßnahmen als unzulässig erweisen, sodass insoweit ein Schadensersatzanspruch gemäß § 945 ZPO ausscheide.²¹ Bei den in den angegriffenen Werbemaßnahmen ausgelobten Prämien und Gutscheinen handele es sich um Werbegaben i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG.

Der Begriff der Werbegabe in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist mit Blick auf den Zweck der dortigen Regelung, durch eine weitgehende Eindämmung von Werbegeschenken im Heilmittelbereich der abstrakten Gefahr einer hiervon ausgehenden unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, weit auszulegen. Er erfasst grundsätzlich jede aus der Sicht des Empfängers nicht berechnete geldwerte Vergünstigung.²² Bei den in den angegriffenen Werbemaßnahmen ausgelobten Prämien und Gutscheinen handelt es sich nur teilweise um Zuwendungen oder Werbegaben, die im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 Nr. 2 Teilsatz 1 Buchst. a HWG in einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag gewährt werden. Nach Auffassung des Senats ist der Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 Nr. 2 Teilsatz 1 Buchst. a HWG dahin auszulegen, dass ihm allein unmittelbar wirkende Preisnachlässe und Zahlungen, nicht aber auf einen Geldbetrag oder einen prozentualen Rabatt lautende Gutscheine für den nachfolgenden Erwerb weiterer Produkte unterfallen.²³ Diese Auslegung von § 7 HWG führte aus Sicht des Senats im Streitfall zu klärungsbedürftigen Fragen des Unionsrechts. Insbesondere sei klärungsbedürftig, ob die Werbung für den Bezug verschreibungspflichtiger Arzneimittel aus dem gesamten Warensortiment einer Apotheke in den Anwendungsbereich der Regelungen zur Werbung für Arzneimittel gemäß der Richtlinie 2001/83/EG

²⁰ Beschluss vom 13. Juli 2023 – a.a.O. – juris, Rn. 14 f.

²¹ a.a.O. – juris, Rn. 19 f.

²² a.a.O. – juris, Rn. 26.

²³ a.a.O. – juris, Rn. 36 f.

(Titel VIII und VIIIa, Art. 86 bis 100) fällt. Zwar habe der EuGH entschieden, dass der Anwendungsbereich der Bestimmungen der Richtlinie 2001/83/EG über die Werbung für Arzneimittel nicht auf Werbung für ein bestimmtes Arzneimittel beschränkt ist. Aus einer grammatikalischen, systematischen und teleologischen Auslegung von Art. 86 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG ergebe sich, dass der Begriff "Werbung für Arzneimittel" im Sinne dieser Bestimmung alle Maßnahmen zur Information, zur Marktuntersuchung und zur Schaffung von Anreizen mit dem Ziel, die Verschreibung, die Abgabe, den Verkauf oder den Verbrauch eines bestimmten Arzneimittels oder unbestimmter Arzneimittel zu fördern, erfasst.²⁴ Möglicherweise sei aber in einer Werbung für den Bezug verschreibungspflichtiger Arzneimittel allein eine – nach der Rechtsprechung des EuGH nicht von der Richtlinie 2001/83/EG erfasste – Werbung für Dienstleistungen des Verkaufs und keine Werbung für Arzneimittel zu sehen, weil sich der Patient im Falle einer solchen Werbung nicht mehr für das – bereits verschriebene – Arzneimittel, sondern nur noch für eine Apotheke entscheiden kann und soll.²⁵

d) Vorlagebeschluss: „Femannose“ (Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel)

Mit der häufig schwierigen Abgrenzung von Funktionsarzneimitteln und Medizinprodukten beschäftigt sich der I. Zivilsenat in seinem Beschluss vom 14. September 2023 „Femannose“.²⁶ Der Senat legt dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob eine pharmakologische Wirkung im Sinne von Art. 1 Nr. 2 Buchst. b) Alt. 1 der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel auch dann besteht, wenn die in Frage stehende Substanz (dort: D-Mannose) durch eine im Wege von Wasserstoffbrücken vermittelte reversible Bindung an Bakterien verhindert, dass sich die Bakterien an menschliche Zellen (dort: Blasenwand) binden. Der Bundesgerichtshof hatte das vom Senat zugelas-

²⁴ a.a.O. – juris, Rn. 52 f. unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 22. Dezember 2022 – C-530/20 – Euroaptieka – juris, Rn. 47.

²⁵ Beschluss vom 13. Juli 2023 – a.a.O. – juris, Rn. 55

²⁶ Beschluss vom 14. September 2023 – [I ZR 4/21](#) – juris.

sene Revisionsverfahren zunächst ausgesetzt mit Blick auf das vom Bundesverwaltungsgericht ebenfalls zur Abgrenzung von Medizinprodukten und Funktionsarzneimitteln initiierte Vorabentscheidungsersuchen „Nasentropfen“. Nach Klärung durch den EuGH²⁷ führt der Senat in diesem Beschluss aus, die Beantwortung der Vorlagefrage sei jedenfalls nicht deshalb entbehrlich, weil neben der Einstufung der streitgegenständlichen Produkte als Funktionsarzneimittel auch deren Einordnung als Präsentationsarzneimittel in Betracht komme.²⁸

e) Vorlagebeschluss: „Trockenluftkompressor“ (Art. 14 VO (EU) 2017/745)

In seinem Beschluss „Trockenluftkompressor“²⁹ legt der I. Zivilsenat dem EuGH Fragen zur Auslegung von Art. 14 der Verordnung (EU) 2017/745 über Medizinprodukte vor. Der beklagte Händler wird auf Unterlassung in Anspruch genommen, ölfreie Trockenluftkompressoren mit der Zweckbestimmung zur Erzeugung von Druckluft für eine zahnmedizinische Behandlung auf dem Markt bereit zu stellen, wenn diese nicht als Medizinprodukte mit einem CE-Kennzeichen samt vierstelliger Kennnummer einer Benannten Stelle versehen sind. Der Senat stellt fest, mit den Lieferungen auf die Testkäufe der Klägerin habe die Beklagte dem Verbot gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 MPG zuwidergehandelt. Nach dieser Vorschrift dürfen Medizinprodukte – mit im Streitfall nicht in Betracht kommenden Ausnahmen – in Deutschland nur in den Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen werden, wenn sie mit einer CE-Kennzeichnung versehen sind.³⁰ An einer solchen CE-Kennzeichnung fehlte es im Streitfall. Die von der Beklagten gelieferten Kompressoren trugen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zwar ein CE-Kennzeichen; dieses bezog sich aber gemäß der Konformitätserklärung des Herstellers auf die Richtlinie 2006/42/EG über Maschinen. Vom EuGH zu klären sei allerdings die

²⁷ EuGH, Urteil vom 19. Januar 2023 – C-495/21 – und – C-496/21 – Bundesrepublik Deutschland (Nasentropfen) – juris.

²⁸ Beschluss vom 14. September 2023 – a.a.O. – juris, Rn. 43.

²⁹ Beschluss vom 21. Dezember 2023 – [LZR 17/23](#) – juris.

³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 21.

Frage, inwieweit der Händler auch gegen die zum Zeitpunkt der Revisionsverhandlung geltende Verordnung (EU) 2017/745 über Medizinprodukte verstoßen habe. Gemäß Art. 14 Abs. 1 der Verordnung berücksichtigen die Händler, die ein Produkt auf dem Markt bereitstellen, im Rahmen ihrer Tätigkeiten die geltenden Anforderungen mit der gebührenden Sorgfalt. Nach Art. 14 Abs. 2 Unterabs. 1 der Verordnung überprüfen die Händler, bevor sie ein Produkt auf dem Markt bereitstellen, die in den Buchstaben a bis d geregelten Anforderungen. Gemäß Art. 14 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. a der Verordnung muss das Produkt die CE-Kennzeichnung tragen, und es muss eine EU-Konformitätserklärung für das Produkt ausgestellt worden sein. Ist ein Händler der Auffassung oder hat er Grund zu der Annahme, dass ein Produkt nicht den Anforderungen der Verordnung entspricht, darf er das betreffende Produkt nicht auf dem Markt bereitstellen, bevor die Konformität des Produkts hergestellt ist; in diesem Fall informiert er den Hersteller und gegebenenfalls den Bevollmächtigten des Herstellers und den Importeur (Art. 14 Abs. 2 Unterabs. 3 Satz 1 der Verordnung). Der Senat legt dem EuGH daher die Frage vor, ob ein Händler gemäß Art. 14 Abs. 1 und 2 Unterabs. 1 Buchst. a der Verordnung verpflichtet ist zu prüfen, ob das von ihm auf dem Markt bereitgestellte Produkt als Medizinprodukt anzusehen ist und es deshalb eine CE-Kennzeichnung als Medizinprodukt trägt sowie vom Hersteller eine EU-Konformitätserklärung für ein Medizinprodukt ausgestellt worden ist. Dabei differenziert der Senat in seinen Vorlagefragen u.a. danach, ob es für die Frage, ob ein Händler Grund zu der Annahme hat, dass das von ihm am Markt bereitgestellte Produkt nicht den Anforderungen dieser Verordnung entspricht, von Bedeutung ist, dass der Händler von einem Wettbewerber durch eine Abmahnung von dessen Rechtsansicht Kenntnis erlangt, der vom Händler auf dem Markt bereitgestellte Gegenstand sei nicht gemäß den Anforderungen der Verordnung mit der erforderlichen CE-Kennzeichnung sowie einer Kennnummer einer Benannten Stelle versehen.³¹

³¹ a.a.O. – juris, Rn. 49 f.

4. Mitbewerberschutz/Aggressive geschäftliche Handlungen: „Glück“ (§ 4 Nr. 3 UWG)

In der Entscheidung „Glück“³² befasst sich der I. Zivilsenat mit der Frage, ob ein als Produktname verwendetes Emotionsschlagwort als ein die wettbewerbliche Eigenart eines Produkts mitbestimmendes Element im Sinne des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes gemäß § 4 Nr. 3 UWG angesehen werden kann. Die Klägerin dieses Rechtsstreits sah in der Aufmachung der „LieBee“-Honiggläser der Beklagten eine unlautere Nachahmung ihrer "Glück"-Konfitürengläser; sie machte eine Täuschung über die Herkunft des Produkts sowie die Ausnutzung der Wertschätzung der "Glück"-Konfitüren geltend. Hilfsweise machte die Klägerin geltend, das Produkt der Beklagten verletze ihre beiden Gemeinschaftsgeschmacksmuster Nr. 003237197-0001 und Nr. 003237197-0002.

Der Vertrieb einer Nachahmung kann nach § 4 Nr. 3 UWG wettbewerbswidrig sein, wenn das nachgeahmte Produkt wettbewerbliche Eigenart aufweist und besondere Umstände – wie eine vermeidbare Täuschung über die betriebliche Herkunft (Buchst. a) oder eine unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung des nachgeahmten Produkts (Buchst. b) – hinzutreten, aus denen die Unlauterkeit folgt. Nach ständiger Rechtsprechung besteht dabei eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen. Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme sind, desto geringere Anforderungen sind an die besonderen Umstände zu stellen, die die Unlauterkeit der Nachahmung begründen und umgekehrt.³³ Der Begriff der Waren und Dienstleistungen im Sinne von § 4 Nr. 3 UWG ist weit auszulegen. Danach können verpackte Produkte Gegenstand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes sein. Dies gilt insbesondere für Lebensmittel wie

³² Urteil vom 07. Dezember 2023 – [I ZR 126/22](#) – juris.

³³ a.a.O. – juris, Rn. 11.

die hier in Rede stehenden süßen Brotaufstriche, die im Regelfall nicht ohne Verpackung vertrieben werden. Einem verpackten Produkt kann wettbewerbliche Eigenart zukommen, wenn die konkrete Gestaltung oder bestimmte Merkmale der Verpackung des Produkts geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf die betriebliche Herkunft oder die Besonderheiten der darin verpackten Ware hinzuweisen. Die für die Prüfung der wettbewerblichen Eigenart erforderlichen tatsächlichen Feststellungen und ihre Würdigung liegen auf tatgerichtlichem Gebiet.³⁴ Das Berufungsgericht habe jedoch festgestellt, dass der angesprochene Verkehr der Gestaltung der Konfitürengläser der Klägerin einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der darin vertriebenen Konfitüren entnimmt und dass im Produktumfeld keine Produkte vertrieben werden, die einen vergleichbaren Gesamteindruck aufweisen. Daher lägen nicht die Voraussetzungen des Erfahrungssatzes vor, dass sich der Verkehr bei Produkten des täglichen Bedarfs, die sich in ihrer äußeren Erscheinungsform und insbesondere in der Gestaltung ihrer Verpackung nicht wesentlich unterscheiden, sondern sehr stark ähneln, trotzdem aber von unterschiedlichen Herstellern stammen, an Produkt- oder Herstellerangaben orientieren wird.³⁵

Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung könne jedoch nicht angenommen werden, die Verwendung der Bezeichnung "Glück" als Emotionsschlagwort sei prägendes Gestaltungselement der Konfitürengläser der Klägerin. Nach der Senatsrechtsprechung kann die wettbewerbliche Eigenart auch in der Kennzeichnung eines Produkts liegen. Danach ist es entgegen der Ansicht der Revision grundsätzlich möglich, in der Kennzeichnung der Konfitürengläser der Klägerin mit dem Wort "Glück" ein Merkmal zu sehen, das in Zusammenhang mit der konkreten Gestaltung des Konfitürenglases und des Labels die wettbewerbliche Eigenart des Produkts begründet.³⁶ Das Konzept, ein Emotionsschlag-

³⁴ a.a.O. – juris, Rn. 15.

³⁵ a.a.O. – juris, Rn. 16 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 19. Oktober 2000 – [I ZR 225/98](#) – Viennetta – juris, Rn. 33.

³⁶ Urteil vom 07. Dezember 2023 – a.a.O. – juris, Rn. 21 f.

wort als Produktnamen zu verwenden, kann jedoch aus Rechtsgründen nicht als ein die wettbewerbliche Eigenart mitbestimmendes Element angesehen werden. Gegenstand des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes gemäß § 4 Nr. 3 UWG ist der Schutz von Waren und Dienstleistungen in ihrer konkreten Gestaltung, nicht die dahinterstehende abstrakte Idee. Hiermit stehe die Beurteilung des Berufungsgerichts nicht in Einklang. Es hätte allein darauf abstellen dürfen, dass die konkrete Ausgestaltung der Kennzeichnung des Produkts der Klägerin mit der Bezeichnung "Glück" deutlich hervorsteht und dem Betrachter plakativ gegenübertritt. Mit seiner Einordnung der Produktbezeichnung "Glück" unter den Oberbegriff der Emotionsschlagwörter hat das Berufungsgericht die Produktbezeichnung jedoch abstrahiert und damit rechtsfehlerhaft den Schutzbereich für das Produkt der Klägerin über die konkrete Gestaltung hinaus erweitert.³⁷ Das Berufungsgericht habe bei seiner Annahme, das "LieBee"-Honigglas der Beklagten stelle eine nachschaffende Übernahme des "Glück"-Konfitüreglases der Klägerin dar, zudem rechtsfehlerhaft auf die Übernahme von Gestaltungsmerkmalen abgestellt, die aus Rechtsgründen nicht die wettbewerbliche Eigenart des "Glück"-Konfitüreglases der Klägerin begründen könnten. Es sei zwar nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht auf die Übernahme der die wettbewerbliche Eigenart des "Glück"-Konfitüreglases begründenden Tiegelglasform und die Labelgestaltung abgestellt hat. Das Berufungsgericht habe aber nicht auf die Gemeinsamkeit der einander gegenüberstehenden Gestaltungen in der Wahl von – unterschiedlichen – Emotionsschlagwörtern abstellen dürfen, da das Konzept, ein Emotionsschlagwort als Produktnamen zu verwenden, aus Rechtsgründen nicht zur wettbewerblichen Eigenart der Produktaufmachung beitragen kann.³⁸

Die Revision wende sich außerdem mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Vertrieb der "LieBee"-Honiggläser der Beklagten

³⁷ a.a.O. – juris, Rn. 23.

³⁸ a.a.O. – juris, Rn. 34 f.

sei unter dem Gesichtspunkt einer mittelbaren Herkunftstäuschung unlauter.³⁹ Nach § 4 Nr. 3 Buchst. a UWG handelt unlauter, wer Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt. Dabei ist zwischen einer unmittelbaren Herkunftstäuschung und einer mittelbaren Herkunftstäuschung (einer Herkunftstäuschung im weiteren Sinne) zu unterscheiden. Trägt das nachgeahmte Produkt eine abweichende Produktbezeichnung, die herkunftshinweisend wirkt, liegt eine mittelbare Herkunftstäuschung nur vor, wenn der Verkehr die Nachahmung für eine neue Serie oder ein unter einer Zweitmarke vertriebenes Produkt des Originalherstellers hält.⁴⁰ Das Berufungsgericht habe bei seiner Beurteilung, der angesprochene Verkehr werde den Vertrieb des "LieBee"-Honigs als neue Serie im Sinne einer Sortimentserweiterung des Herstellers der "Glück"-Konfitüren ansehen, den voneinander abweichenden Produktbezeichnungen rechtsfehlerhaft deshalb keine Bedeutung zugemessen, weil die Kennzeichen jeweils auf ein Emotions Schlagwort Bezug nähmen. Das Berufungsgericht habe damit auch an dieser Stelle der von der Klägerin gewählten Produktbezeichnung durch die Bildung eines Oberbegriffs für die einander gegenüberstehenden Wörter "Glück" und "LieBee" einen Konzeptschutz gewährt, der vom wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz nicht umfasst ist.⁴¹ Der Bundesgerichtshof verweist die Sache an das Berufungsgericht zurück und gibt diesem auf zu prüfen, ob der Vertrieb des "LieBee"-Honigglases der Beklagten gemäß § 4 Nr. 3 Buchst. a UWG unter dem Gesichtspunkt einer vermeidbaren Herkunftstäuschung wettbewerbsrechtlich als unlauter anzusehen ist. Sollte es zu dem Ergebnis gelangen, dass dies nicht der Fall ist, werde es zu prüfen haben, ob eine unangemessene Rufausbeutung gemäß § 4 Nr. 3 Buchst. b UWG vorliegt. Anderenfalls werde zu entscheiden sein, ob Ansprüche wegen einer Verletzung der

³⁹ a.a.O. – juris, Rn. 36.

⁴⁰ a.a.O. – juris, Rn. 45.

⁴¹ a.a.O. – juris, Rn. 49.

eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin bestehen.⁴²

5. Irreführung (§§ 5, 5a, 5b UWG)

a) „Flaschenpfand IV“ (§§ 2, 3 PAnGV)

In seiner Entscheidung „Flaschenpfand IV“⁴³ hatte der I. Zivilsenat Gelegenheit, darüber zu entscheiden, ob bei einem im angegebenen Preis nicht eingerechneten Pfandbetrag die Vorgaben der PAnGV eingehalten werden. Aufgrund seiner neueren Rechtsprechung stellt der Senat zunächst klar, dass die Frage der Unlauterkeit des Verhaltens der Beklagten wegen eines vom Kläger gerügten Verstoßes gegen die Preisangabenverordnung sich nicht nach dem Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG richtet, sondern nach den Bestimmungen der §§ 5a, 5b UWG zum Vorenthalten wesentlicher Informationen. In Fällen der Verletzung einer Informationspflicht in Bezug auf kommerzielle Kommunikation ist die Unlauterkeit einer Handlung allein nach § 5a UWG zu beurteilen.⁴⁴

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV aF (jetzt §§ 3 Abs. 1, 2 Nr. 3 PAngV n.F.) hat derjenige, der Verbrauchern gewerbs- oder geschäftsmäßig oder regelmäßig in sonstiger Weise Waren oder Leistungen anbietet oder als Anbieter von Waren oder Leistungen gegenüber Verbrauchern unter Angabe von Preisen wirbt, die Preise anzugeben, die einschließlich der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile zu zahlen sind (Gesamtpreise). Wird außer dem Entgelt für eine Ware oder Leistung eine rückerstattbare Sicherheit gefordert, ist nach § 1 Abs. 4 PAngV aF deren Höhe neben dem Preis für die Ware oder Leistung anzugeben und kein Gesamtbetrag zu bilden. Die Pflicht zur Angabe des Gesamtpreises, die eine wesentliche Informationspflicht gemäß Art. 7 Abs. 5 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG darstellt, hat ihre Grundlage in Art. 2 Buchst. a,

⁴² a.a.O. – juris, Rn. 52.

⁴³ Urteil vom 26. Oktober 2023 – [I ZR 135/20](#) – juris.

⁴⁴ a.a.O. – juris, Rn. 12.

Art. 3 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 98/6/EG über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse. Nach Art. 3 Abs. 1 und 4 dieser Richtlinie ist in der Werbung für die in Art. 1 der Richtlinie bezeichneten Erzeugnisse, das heißt für Erzeugnisse, die Verbrauchern von Händlern angeboten werden, der Verkaufspreis anzugeben, wenn die Werbung – wie im Streitfall – vom Durchschnittsverbraucher als Angebot des Gewerbetreibenden aufgefasst werden kann, das Erzeugnis zu den in dieser Werbung genannten Konditionen zu verkaufen. Die Regelung zur rückerstattbaren Sicherheit in § 1 Abs. 4 PAngV aF (§ 7 Satz 1 PAngV nF) hat keine unmittelbare unionsrechtliche Grundlage.⁴⁵ Der EuGH hat auf den Vorlagebeschluss des I. Zivilsenats⁴⁶ entschieden, Art. 2 Buchst. a der Richtlinie sei dahin auszulegen, dass der dort vorgesehene Begriff des Verkaufspreises nicht den Pfandbetrag enthält, den der Verbraucher beim Kauf von Waren in Pfandbehältern zu entrichten hat.⁴⁷ Nach diesen Maßstäben ist, so jetzt der I. Zivilsenat, die angegriffene Preisauszeichnung nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat Getränke in Pfandflaschen und Joghurt in Pfandgläsern in der Weise angeboten, dass der Pfandbetrag in die angegebenen Preise nicht einberechnet, sondern mit dem Zusatz "zzgl. ... € Pfand" gesondert ausgewiesen war. Das entspricht den Anforderungen an die Angabe des Gesamtpreises. Die Beklagte hat den Verbrauchern mithin auch keine wesentliche Information im Sinne von § 5a Abs. 2 Satz 1 UWG aF (§ 5a Abs. 1 UWG nF) vorenthalten.⁴⁸

b) „Zigarettenausgabeautomat III“ (§ 11 TabakerzV)

Die Entscheidung „Zigarettenausgabeautomat III“⁴⁹ nimmt der I. Zivilsenat zum Anlass, um den Begriff der Informationspflichten in Bezug auf kommerzielle Kommunikation i.S.v. § 5a Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 UWG a.F. und

⁴⁵ a.a.O. – juris, Rn. 18 f.

⁴⁶ Beschluss vom 29. Juli 2021 – [I ZR 135/20](#) – Flaschenpfand III – juris.

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 29. Juni 2023 – C-543/21 – Verband Sozialer Wettbewerb – juris.

⁴⁸ Urteil vom 26. Oktober 2023 – a.a.O. – juris, Rn. 26.

⁴⁹ Urteil vom 26. Oktober 2023 – [I ZR 176/19](#) – juris.

§ 5a Abs. 1, § 5b Abs. 4 UWG n.F. zu klären. Die in dieser Sache vom Beklagten in einem Ausgabeautomaten vorrätig gehaltenen Zigarettenspackungen waren für den Kunden nicht sichtbar; die auf dem Ausgabeautomaten angebrachten Warenauswahl Tasten ließen zwar verschiedene Zigarettensmarken erkennen, wiesen aber nicht die gesetzlich vorgeschriebenen gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf.

Unter kommerzieller Kommunikation i.S.v. §§ 5a, 5b UWG n.F. sind in Anlehnung an Art. 2 Buchst. f der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr alle Formen der Kommunikation zu verstehen, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer Organisation oder einer natürlichen Person dienen, die eine Tätigkeit in Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen reglementierten Beruf ausübt. Danach fallen unter den Begriff der kommerziellen Kommunikation etwa Mitteilungen in Form einer Lebensmittelwerbung, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes dieser Lebensmittel dienen, oder eines Werbeschreibens, das Nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben enthält, sowie die Nährwertdeklaration auf der Verpackung eines Lebensmittels.⁵⁰ Mangels Förderung des Produktabsatzes oder des unternehmerischen Erscheinungsbilds zählen zur kommerziellen Kommunikation grundsätzlich nicht Informationspflichten, die anderen Zwecken dienen oder im Zuge des Vertragschlusses oder bei der Vertragsabwicklung zu erfüllen sind. Nach diesen Grundsätzen betrifft das im Streitfall maßgebliche Verbot des Verdeckens gesundheitsbezogener Warnhinweise gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TabakerzV Informationspflichten in Bezug auf kommerzielle Kommunikation im Sinne von § 5a Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 UWG aF und § 5a Abs. 1, § 5b Abs. 4 UWG nF.⁵¹

⁵⁰ a.a.O. – juris, Rn. 22 f. unter Verweis auf BGH, Urteil vom 07. April 2022 – [I ZR 143/19](#) – Knuspermüsli II – juris.

⁵¹ Urteil vom 26. Oktober 2023 – a.a.O. – juris, Rn. 24 f.

Nach § 6 Abs. 1 TabakerzG dürfen Tabakerzeugnisse nur in den Verkehr gebracht werden, wenn die Packungen und Außenverpackungen mit den gesundheitsbezogenen Warnhinweisen versehen sind, die die Tabakerzeugnisverordnung für das jeweilige Erzeugnis vorschreibt. Das Verbot des Verdeckens gesundheitsbezogener Warnhinweise gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TabakerzV und Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40/EU über Tabakerzeugnisse fällt in den Anwendungsbereich der Bestimmungen gemäß § 5a Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 UWG aF und § 5a Abs. 1, § 5b Abs. 4 UWG nF. Bei den Unlauterkeitstatbeständen gemäß § 5a Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 UWG aF, § 5a Abs. 1, § 5b Abs. 4 UWG nF sowie Art. 7 Abs. 1 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG geht es darum zu verhindern, dass dem Verbraucher in der kommerziellen Kommunikation eine wesentliche Information vorenthalten wird, die er nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen. Das können auch Informationen sein, die den Verbraucher von einem Vertragsschluss abhalten können oder – wie im Streitfall die gesundheitsbezogenen Warnhinweise – sogar davon abhalten sollen. Aus dem Begriff "Informationsanforderungen" sowie dem Sinn und Zweck des Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie 2005/29/EG folgt überdies, dass als wesentlich nicht nur Informationspflichten, sondern auch im Unionsrecht geregelte Informationsverbote wie das hier in Rede stehende Verbot der Verdeckung von unionsrechtlich gebotenen Informationen gelten, soweit es um Informationen geht, die auf kommerzielle Kommunikation bezogen sind.⁵²

Im Streitfall lagen jedoch, so der Senat, die Voraussetzungen des Verbots des Verdeckens gesundheitsbezogener Warnhinweise gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TabakerzV nicht vor. Bei der mit dem Hauptantrag angegriffenen Präsentation von Zigarettenpackungen durch den Ausgabautomaten handelt es sich um ein "Inverkehrbringen" im Sinne von § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TabakerzV und Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der

⁵² a.a.O. – juris, Rn. 26 f.

Richtlinie 2014/40/EU.⁵³ Unter den Umständen, wie sie hier in Rede stehen, fehlt es jedoch am Merkmal des Verdeckens durch sonstige Gegenstände im Sinne von § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 TabakerzV und Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40/EU. Da Art. 8 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2014/40/EU nicht ausdrücklich den Fall regelt, dass zwar auf den Packungen oder Verpackungen von Tabakerzeugnissen gesundheitsbezogene Warnhinweise aufgebracht sind, diese Erzeugnisse aber derart in einem Behältnis eingeschlossen vorrätig gehalten werden, dass sie von außen nicht sichtbar sind, ist diese Bestimmung unter Berücksichtigung des Wortlauts, des Kontextes und der Ziele, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden, auszulegen. Nach der Entscheidung des EuGH in der Sache „Pro Rauchfrei II“⁵⁴ sind die gesundheitsbezogenen Warnhinweise auf einer Packung oder einer Außenverpackung eines Tabakerzeugnisses nicht allein deshalb im Sinne dieser Vorschrift "verdeckt", weil dieses Erzeugnis in einem Warenausgabeautomaten vorrätig gehalten wird und deshalb von außen überhaupt nicht sichtbar ist.⁵⁵

Die Revision hatte jedoch Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung des auf das Verbot der Verwendung von Abbildungen von Zigarettenverpackungen ohne gesundheitsbezogene Warnhinweise gerichteten Hilfsantrags wendet. Entgegen der Beurteilung des Berufungsgerichts ergab sich ein Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 5a Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 UWG aF, § 5a Abs. 1, § 5b Abs. 4 UWG nF jeweils in Verbindung mit § 11 Abs. 2 TabakerzV.⁵⁶ Gemäß § 11 Abs. 2 TabakerzV müssen Abbildungen von Packungen und Außenverpackungen, die für an Verbraucher gerichtete Werbemaßnahmen in der Europäischen Union bestimmt sind, den Anforderungen des Unterabschnitts 3 der Tabakerzeugnisverordnung genügen, in dem Bestimmungen zur Verpackung und zu Warnhinweisen getroffen sind. Nach

⁵³ a.a.O. – juris, Rn. 28 f.

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 09. März 2023 – C-356/22 – Pro Rauchfrei II – juris, Rn. 26 f.

⁵⁵ Urteil vom 26. Oktober 2023 – a.a.O. – juris, Rn. 34 f.

⁵⁶ a.a.O. – juris, Rn. 39.

den Feststellungen des Berufungsgerichts stellen die vom Verbraucher auf dem Ausgabeautomaten zu betätigenden Auswahltasten zwar keine naturgetreuen Bilder von Zigarettenpackungen dar.⁵⁷ Das Bild einer Packung im Sinne von Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40/EU bzw. eine Abbildung einer Packung gemäß § 11 Abs. 2 TabakerzV liegt auch dann vor, wenn es sich bei dem Bild zwar nicht um ein naturgetreues Abbild der Originalverpackung handelt, der Verbraucher die Abbildung aber aufgrund seiner Gestaltung hinsichtlich Umrissen, Proportionen, Farben und Markenlogo mit einer Tabakverpackung assoziiert.⁵⁸ Davon sei hier aufgrund des Vorbringens des Klägers revisionsrechtlich auszugehen. Ein Bild einer Zigarettenpackung, auf der nicht die gesundheitsbezogenen Warnhinweise zu sehen sind, ist selbst dann nicht mit Art. 8 Abs. 8 der Richtlinie 2014/40/EU vereinbar, wenn der Verbraucher vor dem Erwerb der Zigarettenpackung die Gelegenheit hat, diese Warnhinweise auf der dem Bild entsprechenden Zigarettenpackung wahrzunehmen. Gleiches gilt für die Bestimmung des § 11 Abs. 2 TabakerzV.⁵⁹ Dadurch, dass der Beklagte auf seinen Ausgabeautomaten Bilder von Zigarettenpackungen im Sinne dieser Bestimmungen verwendet hat, die nicht mit den gesetzlich vorgeschriebenen gesundheitsbezogenen Warnhinweisen gekennzeichnet waren, hat er entsprechend der vorgenannten Grundsätze dem Verbraucher wesentliche Informationen im Sinne von § 5a Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 UWG aF und § 5a Abs. 1, § 5b Abs. 4 UWG nF vorenthalten.⁶⁰

c) „Bakterienkulturen“ (§ 5 Abs. 1 UWG)

In seinem Urteil „Bakterienkulturen“⁶¹ entscheidet der Bundesgerichtshof über den Begriff des Lebensmittels für besondere medizinische Zwecke im

⁵⁷ a.a.O. – juris, Rn. 40 f.

⁵⁸ a.a.O. – juris, Rn. 44 unter Verweis auf das Urteil des EuGH vom 09. Dezember 2021 – C-370/20 – Pro Rauchfrei I – juris, Rn. 32.

⁵⁹ a.a.O. – juris, Rn. 53 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 09. Dezember 2021 – a.a.O. – Pro Rauchfrei I – juris, Rn. 36.

⁶⁰ a.a.O. – juris, Rn. 54.

⁶¹ Urteil vom 13. Juli 2023 – [I ZR 68/21](#) – juris.

Sinne der Verordnung (EU) Nr. 609/2013 (im Folgenden Verordnung) und eine damit in Zusammenhang stehende Irreführung.

Nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. g dieser Verordnung sind Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke unter ärztlicher Aufsicht zu verwendende Lebensmittel zum Diätmanagement von Patienten, einschließlich Säuglingen, die in spezieller Weise verarbeitet oder formuliert werden. Diese Lebensmittel dienen der – ausschließlichen oder teilweisen – Ernährung von Patienten, die einen medizinisch bedingten Nährstoffbedarf haben. Sie zeichnen sich durch ihre spezifische Ernährungsfunktion aus, was auf stofflicher Ebene das Vorhandensein von Nährstoffen erfordert.⁶² Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in dieser Sache enthielten die Produkte der Beklagten Bakterien, die in natürlicher Weise im menschlichen Darm vorkommen. Bakterien sind keine Nährstoffe im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Buchst. s LMIV. Das Berufungsgericht sei daher zu Recht davon ausgegangen, eine Irreführung i.S.v. § 5 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 UWG liege darin, dass die angegriffenen Angaben den angesprochenen Verkehrskreisen suggerierten, es handle sich bei den Produkten um Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke im Sinne der Verordnung, was tatsächlich jedoch nicht der Fall sei. Zu den wesentlichen Merkmalen einer Ware gehört auch ihre Art und damit ihre Zugehörigkeit zu einer Produktkategorie, die sich nach der Verkehrsauffassung von anderen Kategorien unterscheidet. Die Angabe über die Art ist irreführend, wenn für die beworbene Ware oder Dienstleistung zu Unrecht die Zugehörigkeit zu einer Gattung in Anspruch genommen wird, mit der der Verkehr eine wie auch immer geartete Wertschätzung oder besondere Eigenschaften verbindet.⁶³ Soweit das Berufungsgericht vorrangig von einem Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 der Verordnung, wonach die unter die Verordnung fallenden Lebensmittel nur in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn sie der Verordnung genügen, und gegen das Irreführungsverbot aus Art. 9 Abs. 5 der

⁶² Urteil vom 13. Juli 2023 – a.a.O. – juris, Rn. 31

⁶³ a.a.O. – juris, Rn. 39.

Verordnung ausgegangen war, stand dem entgegen, dass die Produkte der Beklagten objektiv nicht unter diese Verordnung fielen. Der Umstand, dass bei Verbraucherinnen und Verbrauchern durch den Hinweis "zum Diätmanagement bei..." der Eindruck entstehen kann, es handle sich um Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke, begründete eine Irreführung i.S.v. § 5 Abs. 1 UWG, eröffnete aber nicht selbst den Anwendungsbereich der Verordnung.⁶⁴

d) „Eigenlaborgewinn“ (§ 9 Abs. 1 GOZ)

Gegenstand der Entscheidung „Eigenlaborgewinn“⁶⁵ ist ein von Zahnärzten angewandtes System für die Restauration von Zahndefekten zur Abrechnung gegenüber privaten Krankenkassen. Die Beklagte vertrieb dieses System als Alternative zu der herkömmlichen Herstellung von Zahnersatz unter Einschaltung eines externen Dentallabors. Dabei bewarb die Beklagte dieses System damit, Zahnärzte könnten auf diese Weise ihre Fremdlaborkosten unter Einhaltung von § 9 GOZ in Eigenlaborgewinn umwandeln. Der Unterlassungsantrag der Wettbewerbszentrale, der auf das Verbot der Behauptung gerichtet ist, dass Zahnärzte bei unter Anwendung dieses Systems selbst erbrachten zahntechnischen Leistungen im Rahmen des § 9 Abs. 1 GOZ eine Gewinnmarge abrechnen dürften, blieb beim Bundesgerichtshof ebenso wie in den Vorinstanzen ohne Erfolg. Das Berufungsgericht ist danach mit Recht davon ausgegangen, dass der durch die angegriffenen Angaben erweckte Eindruck, der Zahnarzt dürfe beim Einsatz des Systems eine Gewinnmarge für selbst erbrachte zahntechnische Leistungen abrechnen, nicht unzutreffend ist, so dass die Voraussetzungen einer irreführenden geschäftlichen Handlung gemäß § 5 UWG nicht vorlagen.⁶⁶ Der Begründetheit der Klage unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen ärztliches Berufsrecht stand die Vorschrift des § 308 Abs. 1 ZPO entgegen. Bei der berufsrechtlichen Pflicht zur unabhängigen Therapieentscheidung nach dem Patientenwohl und

⁶⁴ a.a.O. – juris, Rn. 43.

⁶⁵ Urteil vom 13. Juli 2023 – [I ZR 60/22](#) – Eigenlaborgewinn – juris.

⁶⁶ a.a.O. – juris, Rn. 36 f.

bei dem gebührenrechtlichen Tatbestand gemäß § 9 Abs. 1 GOZ handelt es sich um unterschiedliche Lebenssachverhalte. Auf den Verstoß gegen Berufsrecht habe die Klägerin ihren Unterlassungsantrag nicht gestützt, sondern diesen Gesichtspunkt erstmals in der Revisionsinstanz und damit verspätet geltend gemacht.⁶⁷

e) Vorlagebeschluss: „Doppeltarifzähler“ (§ 5b UWG; Art. 7 UGP-Richtlinie)

In seinem Beschluss „Doppeltarifzähler“ vom 27. Juli 2023⁶⁸ legt der Bundesgerichtshof dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die vom Gewerbetreibenden nach Art. 7 Abs. 1 und Abs. 4 Buchst. c) der UGP-Richtlinie 2005/29/EG zu erteilende Information über die Art der Preisberechnung bei einer vom Verbrauch abhängigen Preisgestaltung so beschaffen sein muss, dass der Verbraucher auf der Grundlage der Information selbständig eine Preisberechnung vornehmen kann, wenn er den ihn betreffenden Verbrauch kennt. Gegenstand des Verfahrens ist das Angebot eines bundesweit tätigen Energieversorgungsunternehmens für den Bezug von Strom zu einem Hochtarif und einem Niedertarif. Der Niedertarif dient zur Aufladung von Nachtstromspeicherheizungen, wobei die sogenannte Ausgleichsmenge des örtlichen Netzbetreibers für den während der Geltung des Niedertarifs genutzten Allgemeinstrom (sonstige Stromnutzungen neben Nachtstromheizungen) nicht gesondert ausgewiesen wird. Der Bundesgerichtshof hält ein unzulässiges Vorenthalten einer Information gemäß §§ 5a Abs. 1, 5b Abs. 1 Nr. 3 UWG unter dem Gesichtspunkt für möglich, dass die zu erteilende Information über die Art der Preisberechnung auch den für den jeweiligen Kunden geltenden Prozentsatz der Ausgleichsmenge einschließen muss.⁶⁹ Der Rechtsstreit werfe insoweit die nicht zweifelsfrei zu beantwortende Frage auf, wie das Merkmal „Art der Preisberechnung“ i.S.v. Art. 7 Abs. 1 und Abs. 4 Buchst. c) der UGP-Richtlinie auszulegen ist. Der Wortlaut lasse eine Auslegung dahingehend zu,

⁶⁷ a.a.O. – juris, Rn. 49 f. unter Verweis auf das Urteil vom 05. Oktober 2017 – [I ZR 184/16](#) – Betriebspsychologe – juris, Rn. 14 f.

⁶⁸ Beschluss vom 27. Juli 2023 – [I ZR 65/22](#) – juris.

⁶⁹ a.a.O. – juris, Rn. 19.

dass es ausreicht, wenn der Gewerbetreibende lediglich allgemein über die für die Preisberechnung relevanten Bestandteile und die Einzelheiten der Berechnung des Preises informiert. Der Zweck der Richtlinie, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten, könne aber dafürsprechen, dass die Information die Verbraucher in die Lage versetzen muss, den Preis selbst konkret zu ermitteln.⁷⁰

6. Vergleichende Werbung
(entfällt)

7. Unzumutbare Belästigung
(entfällt)

8. Rechtsfolgen
(entfällt)

9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales

a) Beschwer des Unterlassungsgläubigers bei unbeziffertem Ordnungsgeldantrag (§§ 890, 891 ZPO)

Der Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde des Gläubigers gegen die Verhängung eines Ordnungsgeldes steht die fehlende Beschwer entgegen, wenn im Antrag auf Festsetzung eines Ordnungsgeldes weder ein konkreter Betrag noch eine ungefähre Größenordnung des Ordnungsgeldes angegeben wurde und das Gericht die Höhe des Ordnungsgeldes nach seinem Ermessen festgesetzt hat. Diese im Schrifttum umstrittene und vom Bundesgerichtshof bisher offen gelassene Frage hat der I. Zivilsenat nunmehr durch Beschluss vom 23. November 2023 im vorgenannten Sinne entschieden.⁷¹ Der I. Zivilsenat weist zunächst auf den doppelten Zweck der Ordnungsmittel des § 890 Abs. 1 ZPO hin. Als zivilrechtliche Beugemaßnahme dienen sie – präventiv – der Verhinderung künftiger Zuwiderhandlungen. Daneben stellen sie – repressiv – eine strafähnliche Sanktion für die Übertretung des gerichtlichen Verbots dar. Dieser doppelte

⁷⁰ a.a.O. – juris, Rn. 36 f.

⁷¹ Beschluss vom 23. November 2023 – [I ZB 29/23](#) – juris.

Zweck erfordert es, die Bemessung der Ordnungsmittel jedenfalls in erster Linie mit Blick auf den Schuldner und dessen Verhalten vorzunehmen.⁷² Unter Berücksichtigung dieses doppelten Zwecks sowie des Umstands, dass das Ordnungsgeld zwar auch der effektiven Durchsetzung der Rechte des Gläubigers dient, aber nicht zu seinen Gunsten verhängt wird, sondern gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 JBeitrO zu Gunsten der Staatskasse beigetrieben wird, sei das Beschwerdegericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Beschwerde des Gläubigers in einem Ordnungsmittelverfahren einer besonderen Begründung bedarf, sofern auf seinen Antrag nur überhaupt ein Ordnungsmittel verhängt worden ist.⁷³ Ergibt sich daher aus dem Ordnungsmittelantrag des Gläubigers – einschließlich dessen Begründung – weder ein (Mindest-)Betrag noch eine Größenordnung für das beantragte Ordnungsgeld, legt – so der Senat – der Gläubiger die Sanktionierung des Verhaltens des Schuldners einschließlich der damit zusammenhängenden effektiven Durchsetzung seines titulierten Rechts in das Ermessen des Gerichts. Sein Rechtsschutzziel ist dann beschränkt auf die Verhängung (irgend-)eines Ordnungsmittels. Übt das Gericht – wie in diesem Fall – sein Ermessen aus und verhängt ein Ordnungsmittel, ist ein solches vom Gläubiger verfolgte Rechtsschutzziel erfüllt und fehlt es an einer Beschwerde.⁷⁴

b) Gehörsverletzung bei von Verfügungsverfahren abweichender Beurteilung

Im Beschluss vom 31. August 2023⁷⁵ hebt der I. Zivilsenat das Berufungsurteil im Verfahren einer Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 544 Abs. 9 ZPO wegen einer Gehörsverletzung auf und verweist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück. Eine unzulässige, gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verstoßende Überraschungsentscheidung ist anzunehmen, wenn sich ein Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen Gesichtspunkt

⁷² a.a.O. – juris, Rn. 17.

⁷³ a.a.O. – juris, Rn. 18.

⁷⁴ a.a.O. – juris, Rn. 19.

⁷⁵ Beschluss vom 31. August 2023 – [I ZR 11/23](#) – juris.

stützt, mit dem auch gewissenhafte und kundige Prozessbeteiligte nicht zu rechnen brauchten. Hiervon kann unter anderem dann auszugehen sein, wenn ein Gericht in einem früher zwischen den Parteien geführten Rechtsstreit eine bestimmte Rechtsauffassung vertreten hat und eine Partei in einem weiteren zwischen den Parteien geführten Rechtsstreit, für das Gericht erkennbar, davon ausgeht, dass das Gericht auch in diesem Verfahren keine abweichende Auffassung vertreten werde.⁷⁶

Das Berufungsgericht hatte in dieser Sache der erstinstanzlich siegreichen Beklagten in gehörsrechtsverletzender Weise vor seiner Entscheidung keinen Hinweis erteilt, dass es das Verständnis der angegriffenen Aussage durch den vom Produkt angesprochenen Verbraucher anders als das Landgericht und anders als in seiner eigenen Entscheidung im Eilverfahren beurteilt. Die Beklagte hatte damit keine Gelegenheit, sich hierzu zu äußern. Auf diesem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG beruhte die angegriffene Entscheidung. Gehören die Mitglieder des Tatgerichts selbst zu den angesprochenen Verkehrskreisen, bedarf es im Allgemeinen zwar keines durch eine Meinungsumfrage untermauerten Sachverständigengutachtens, um das Verständnis des Verkehrs zu ermitteln. Eine Beweisaufnahme ist jedoch erforderlich, wenn dem Tatgericht die erforderliche Sachkunde fehlt oder sich ihm trotz eigener Sachkunde Zweifel am Ergebnis aufdrängen müssen.⁷⁷ In dieser Sache hätten sich dem Berufungsgericht Zweifel an dem von ihm im Hauptsacheverfahren gefundenen Ergebnis deshalb aufdrängen müssen, weil die Beklagte sich auf die eigene abweichende Beurteilung des Verkehrsverständnisses durch das Berufungsgericht im Eilverfahren berufen hatte.

⁷⁶ a.a.O. – juris, Rn. 13.

⁷⁷ a.a.O. – juris, Rn. 20.

c) Geschäftsgeheimnis Streitsachen im selbständigen Beweisverfahren (§ 16 f. GeschGehG)

Gemäß § 20 Abs. 5 Satz 4 GeschGehG können die Einstufung von Informationen als geheimhaltungsbedürftig (§ 16 Abs. 1 GeschGehG) und die Anordnung einer Zugangsbeschränkung (§ 19 Abs. 1 GeschGehG) nur gemeinsam mit dem Rechtsmittel in der Hauptsache angefochten werden. Wie der I. Zivilsenat in seinem Beschluss vom 09. November 2023 entschieden hat, gilt diese Beschränkung nicht für in einem selbständigen Beweisverfahren ergangene Anordnungen.⁷⁸

Das selbständige Beweisverfahren endet mit dem Abschluss der Beweiserhebung. Ein Rechtsmittel ist nicht vorgesehen. Dies führt dazu, dass in einem selbständigen Beweisverfahren ergangene Anordnungen nach § 16 Abs. 1 GeschGehG und § 19 Abs. 1 GeschGehG bei Anwendung des § 20 Abs. 5 Satz 4 GeschGehG niemals anfechtbar wären. Dies widerspricht erkennbar, so der Senat, der Vorstellung des Gesetzgebers, nach der die Vorschrift des § 20 Abs. 5 Satz 4 GeschGehG lediglich zu einem Aufschub der Anfechtung eines Beschlusses führen soll, mit dem einem Antrag auf Einstufung von Informationen als geheimhaltungsbedürftig und die Anordnung von Zugangsbeschränkungen stattgegeben wird.⁷⁹ Ein dem selbständigen Beweisverfahren eventuell nachfolgendes Klageverfahren kann nicht als Hauptsache im Sinn des § 20 Abs. 5 Satz 4 GeschGehG zu dem selbständigen Beweisverfahren angesehen werden. Das in § 486 Abs. 2 Satz 1 ZPO als Hauptsache bezeichnete Klageverfahren muss eigenständig eingeleitet werden. Dessen Einleitung ist keineswegs zwingend. Das selbständige Beweisverfahren dient auch der Vermeidung eines Klageverfahrens.⁸⁰ In der Sache erwies sich die Rechtsbeschwerde jedoch als unbegründet, weil das Beschwerdegericht mit Blick auf den im Streit stehenden Zugang zum ungeschwärzten Gutachten die Interessen der Antrags-

⁷⁸ Beschluss vom 09. November 2023 – [I ZB 32/23](#) – juris.

⁷⁹ a.a.O. – juris, Rn. 29.

⁸⁰ a.a.O. – juris, Rn. 30.

stellerin zu Recht als überwiegend gegenüber den Interessen der Antragsgegner angesehen hatte.⁸¹

10. Sonstiges (entfällt)

II. Kartellrecht

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

„LKW-Kartell III“ (§§ 1, 33 GWB 2005, Art. 101 AEUV)

Im Urteil „LKW-Kartell III“⁸² entwickelt der Kartellsenat seine Rechtsprechung zum Kartellschadenersatz mit Blick auf Leasing- und Mietkaufverträge fort.

Zur Kartellbetroffenheit führt der Senat aus, zutreffend habe das Berufungsgericht angenommen, dass diese Voraussetzungen im Streitfall erfüllt sind. Die Erwerbsvorgänge seien sachlich und zeitlich von den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen erfasst gewesen. Die Klägerin habe über die noch streitgegenständlichen elf Lastkraftwagen auf dem deutschen Markt im Zeitraum von 2005 bis 2011 Leasingverträge und Mietkaufverträge abgeschlossen. Die Verträge bezögen sich sämtlich auf Neufahrzeuge, deren Kaufpreise von der Klägerin mit den Händlergesellschaften der Beklagten und der Streithelferinnen ausgehandelt wurden. Ebenso wie der unmittelbare oder mittelbare Erwerb eines von der Kartellabsprache betroffenen Fahrzeugs ist in solchen Fällen auch der Abschluss von Leasing- oder Mietkaufverträgen über solche Fahrzeuge geeignet, einen Schaden des Anspruchstellers unmittelbar oder mittelbar zu begründen. Dafür genügt, dass die Fahrzeuge auf den Grundmodellen ("Ecktypen") aufbauten, deren Listenpreise Gegenstand der

⁸¹ a.a.O. – juris, Rn. 37 f.

⁸² Urteil vom 05. Dezember 2023 – [KZR 46/21](#) – juris.

Absprachen waren, da die durch das Kartell bewirkte Verfälschung der Bedingungen des Marktgeschehens damit jedenfalls geeignet war, sich auf die individuellen Transaktionspreise für Fahrzeuge der Kartellbeteiligten auszuwirken. Die kartellbedingte Preiserhöhung für ein Neufahrzeug ist auch geeignet, die Höhe von Leasing- oder Mietkaufraten zu beeinflussen, weil bei gewerblichen Nutzungs- und Finanzierungsverträgen typischerweise ein Zusammenhang zwischen dem Anschaffungspreis eines Wirtschaftsguts und der Höhe des dafür zu entrichtenden Nutzungsentgelts besteht.⁸³

Zugunsten der Klägerin als mittelbarer Abnehmerin eines an einer Kartellabsprache beteiligten Unternehmens streite auch ein Erfahrungssatz dafür, dass die von ihr mit dem Absatzmittler ausgehandelten Kaufpreise im Schnitt über diejenigen lagen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen ergeben hätten. Da die Leasing- und Mietkaufverträge auf die vollständige Deckung des jeweiligen Anschaffungspreises gerichtet waren, folge daraus zudem, dass auch die von der Klägerin zu zahlenden Leasing- und Mietkaufentgelte kartellbedingt überhöht waren. Es ist, so der Kartellsenat, im Leasing- sowie Mietkaufgeschäft als einer bedeutenden Vertriebsform für Nutzfahrzeuge ebenso wenig wie auf der Großhandelsebene und den nachfolgenden Handels- und Vertriebsstufen plausibel, dass die Hersteller die Listenpreiserhöhungen gegenüber der ersten Vertriebsstufe wieder zurücknehmen oder diese Vertriebsstufe die durch die Erhöhung indizierte Kostensteigerung vollständig „auf die eigene Marge“ nimmt. Für die hier über die Vertragsdauer von 60 Monaten auf die volle Deckung der Anschaffungskosten und Finanzierungskosten gerichteten Mietkaufverträge stelle die Revision dies zu Recht nicht in Frage. Nichts Anderes gelte für die streitgegenständlichen Leasingverträge.⁸⁴ Soweit die Klägerin Verträge mit vom Leasingnehmer garantiertem Restwert abgeschlossen habe, hafte der Leasingnehmer bei einer solchen Vertragsgestaltung dem Leasinggeber

⁸³ a.a.O. – juris, Rn. 14 f.

⁸⁴ a.a.O. – juris, Rn. 28.

wegen der leasingtypischen Pflicht zur Vollamortisation dafür, dass der (überhöhte) Restwert realisiert werden kann. Mithin sei der gesamte, kartellbedingt überhöhte Anschaffungspreis über die Leasingraten und die nachfolgende Verwertung vom Leasingnehmer aufzubringen und die Vermutung – im Sinne eines Erfahrungssatzes – gerechtfertigt, dass die kartellbedingten Preisüberhöhungen über den Leasingvertrag an die Klägerin weitergegeben worden sind. Soweit die Klägerin im Übrigen mit den konzernverbundenen Leasinggesellschaften der am Kartell beteiligten Hersteller Verträge mit Kilometerabrechnung abgeschlossen hatte, sei es zwar grundsätzlich möglich, dass Leasinggesellschaften den bei diesen Verträgen von ihnen intern zu kalkulierenden Restwert zu ihrem eigenen Nachteil überhöht ansetzen. Allerdings sei schon wegen des im Konzernverbund typischerweise gleichlaufenden Marktverhaltens der Konzernunternehmen davon auszugehen, dass die Leasinggesellschaften eine solche Kalkulation des Restwerts nicht vorgenommen haben. Es reiche nicht aus, dass diese Möglichkeit abstrakt bestehe.⁸⁵ Danach habe das Berufungsgericht zu Recht angenommen, dass die kartellbedingten Preisüberhöhungen über die von der Klägerin an die jeweilige Finanzierungsgesellschaft zu entrichtenden Finanzierungsentgelte an die Klägerin weitergegeben worden sind. Insoweit liege in Bezug auf die Vertriebsform Leasing schon keine klare wirtschaftliche Trennung verschiedener Marktstufen vor.⁸⁶

Das Berufungsgericht stütze seine Überzeugung, dass mit der für ein Grundurteil erforderlichen Wahrscheinlichkeit jedenfalls ein Schaden in irgendeiner Höhe entstanden ist, rechtsfehlerfrei zum einen auf das erhebliche Gewicht des Erfahrungssatzes im vorliegenden Fall und zum anderen darauf, dass Umstände fehlen, die angesichts der damit verbundenen Risiken die langjährige Fortführung des Kartells trotz ausbleibender Kartellrenditen erklären könnten. Gegen seine Würdigung, dass die zu einem insignifikanten Kartelleffekt führenden Regressions-

⁸⁵ a.a.O. – juris, Rn. 29 f.

⁸⁶ a.a.O. – juris, Rn. 31.

analysen der Beklagten und der Streithelferinnen allein nicht geeignet seien, dies in Frage zu stellen, ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern.

Der beklagte Hersteller könne sich nicht darauf berufen, das Berufungsgericht habe die von ihm und weiteren Streithelferinnen vorgelegten Vergleichsmarktbetrachtungen (Regressionsanalysen) ohne tragfähige Begründung außer Acht gelassen.⁸⁷ Revisionsrechtlich sei die Würdigung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, dass die zu einem insignifikanten Kartelleffekt führenden Regressionsanalysen der Beklagten und der Streithelferinnen allein nicht geeignet seien, das erhebliche Gewicht des Erfahrungssatzes kartellbedingter Preiserhöhungen infrage zu stellen. Die Aussage, ein Effekt sei insignifikant, bedeute lediglich, dass die Nullhypothese – wonach das Kartell keinen Preiseffekt hatte – nicht mit einer vom Gutachten als notwendig erachteten Sicherheit verworfen werden könne; sie stelle umgekehrt keinen Nachweis dafür dar, dass ein Preishöheneffekt und damit ein Schaden nicht eingetreten ist. Zudem könne auch ein statistisch insignifikantes Ergebnis bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung einen Beitrag zur Interpretation der vorhandenen Daten und sonstigen qualitativen Indizien und damit zu einer Annäherung an die Wirklichkeit im Sinne einer Schätzung leisten, indem es beispielsweise das Ergebnis einer statistisch signifikanten Schätzung eines Preiseffekts bestätige. Daher sei nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht auch darauf hingewiesen habe, dass das von den Streithelferinnen vorgelegte Gutachten einer Regressionsanalyse rechnerisch einen kartellbedingten Preiseffekt ausweise, den der Gutachter als nicht signifikant bewertet habe.⁸⁸

⁸⁷ a.a.O. – juris, Rn. 39.

⁸⁸ a.a.O. – juris, Rn. 41

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

a) „Matratzenpreisbrecher“ (§§ 19, 20 GWB, § 21 Abs. 1 GWB; Art. 101 AEUV; § 287 ZPO)

In der Entscheidung „Matratzenpreisbrecher“⁸⁹ befasst sich der Kartellsenat mit der Substantiierungslast für einen Schadensersatzanspruch wegen einer geltend gemachten Liefersperre. Das Bundeskartellamt verhängte in dieser Sache gegen die Beklagte mit rechtskräftigem Beschluss eine Geldbuße wegen verbotener vertikaler Preisbindung der mit ihr verbundenen Händler. Die Klägerin beehrte sinngemäß die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet sei, ihr den Schaden zu ersetzen, der ihr durch Aufforderungen der Beklagten an Hersteller von Bettwaren entstanden ist, die Belieferung der Klägerin einzustellen. Das Berufungsgericht hatte das klageabweisende erstinstanzliche Urteil bestätigt. Auf die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde hob der Kartellsenat die Berufungsentscheidung wegen Gehörsverletzungen nach § 544 Abs. 9 ZPO auf.

Soweit das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 33 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 GWB a.F. i.V.m. § 20 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GWB in der vom 1. Juli 2005 bis zum 31. Dezember 2012 geltenden Fassung wegen der Verletzung einer aus einer sortimentsbedingten Abhängigkeit folgenden Belieferungspflicht verneint habe, habe es überhöhte Anforderungen an die Substantiierungslast der Klägerin gestellt und damit deren Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Sachvortrag bereits dann schlüssig, wenn der Anspruchsteller Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in seiner Person entstanden erscheinen zu lassen. Erfüllt das Parteivorbringen diese Anforderungen,

⁸⁹ Beschluss vom 12. September 2023 – [KZR 39/21](#) – juris.

so kann der Vortrag weiterer Einzelheiten oder Erklärungen nicht verlangt werden.⁹⁰ Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze konnte das Vorbringen der Klägerin zu der behaupteten Spitzengruppenabhängigkeit nicht mit der Begründung des Berufungsgerichts als unschlüssig angesehen werden. Die Klägerin habe konkret dargelegt und unter Beweis gestellt, welche Hersteller von Bettwaren ihrer Ansicht nach auf dem deutschen Endverbrauchermarkt für Matratzen führend sind und dass sie auch als Online-Händlerin auf deren Belieferung angewiesen gewesen ist. Sie habe dazu auf ein ökonometrisches Parteigutachten Bezug genommen, den maßgeblichen Inhalt dieses Parteigutachtens in ihren Schriftsätzen wiedergegeben und sich diesen zu eigen gemacht. Auf diesen Vortrag habe sie auch in ihrem dem Hinweisbeschluss folgenden Schriftsatz Bezug genommen und die Gehörsverletzung damit rechtzeitig gerügt.⁹¹

Das Berufungsgericht habe einen Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 33 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 GWB a.F. i.V.m. § 21 Abs. 1 GWB zudem in gehörsverletzender Weise mit der Begründung verneint, die Klägerin habe ihre Behauptung eines kausal auf der angeblichen Aufforderung zur Liefersperre beruhenden Schadens nicht ausreichend konkretisiert. Das Berufungsgericht habe auch insoweit die Anforderungen an die Substantiierung des klägerischen Vortrags überspannt und wesentliche Elemente des Vorbringens der Klägerin in einer den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzenden Weise übergangen. Der erst- und zweitinstanzliche Vortrag der Klägerin enthalte genügend Angaben, um das Merkmal der Aufforderung zu einer Liefersperre auszufüllen. Die Klägerin habe ferner dargelegt und unter Beweis gestellt, dass die Nichtbelieferung durch die anderen Hersteller ihre Ursache in den behaupteten Boykottaufrufen der Beklagten gehabt habe.⁹² Nach ihrem Vortrag habe sie in dem fraglichen Zeitraum zwischen 2007

⁹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 18.

⁹¹ a.a.O. – juris, Rn. 19.

⁹² a.a.O. – juris, Rn. 28 f.

bis 2009 selbst keine Bestellungen aufgegeben, weil die Beklagte und andere Hersteller ohnehin nicht bereit waren, sie zu beliefern. Als Schaden mache sie daher den entgangenen Gewinn aus stornierten Bestellungen ihrer Kunden geltend. Der Tatrichter muss nach pflichtgemäßem Ermessen beurteilen, ob nach § 287 ZPO nicht wenigstens die Schätzung eines Mindestschadens möglich ist, und darf sie erst dann gänzlich unterlassen, wenn sie mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte völlig in der Luft hänge und daher willkürlich wäre. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe könnten die vorgetragene Kundenstornierungen eine ausreichende Grundlage für die Schadensschätzung bieten. Erforderlichenfalls sei der angebotene Sachverständigenbeweis zu erheben. Es sei anzunehmen, dass die Klägerin im Umfang der bei ihr eingegangenen Bestellungen der Beklagten oder anderen Herstellern entsprechende Aufträge erteilt hätte. Ein kausaler Zusammenhang zwischen den Stornierungen und der behaupteten Liefersperre liege damit nicht fern.⁹³

Soweit Schäden durch die Nichtbelieferung seitens der Beklagten in Rede stünden, komme auch ein Anspruch aus § 33 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F. i.V.m. Art. 101 AEUV und § 1 GWB in Betracht.⁹⁴ Das Berufungsgericht habe übersehen, dass eine Preisbindung nur funktionieren kann, wenn sie lückenlos ist und nicht durch Außenstehende unterlaufen wird. Die zwischen einem Hersteller und seinen Händlern vereinbarte Preisbindung wird daher mit hoher Wahrscheinlichkeit zugleich die Absprache beinhalten, dass der Hersteller solche Händler nicht beliefern wird, die keine Bindung eingehen wollen und sich nicht an die vorgegebenen Preise halten. Die vom Bundeskartellamt festgestellte Preisbindung sei damit durchaus geeignet, einen Schaden der Klägerin durch die Nichtbelieferung der Beklagten zu begründen.⁹⁵ Für eine mit der Preisbindung einhergehende Liefersperre ungebundener Händler

⁹³ a.a.O. – juris, Rn. 34 f.

⁹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 43 f.

⁹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 46.

spricht damit zwar nicht der Beweis des ersten Anscheins; dafür fehlt es an der notwendigen Typizität des Geschehensablaufs. Es streitet aber eine auf der hohen Wahrscheinlichkeit eines solchen Geschehens beruhende tatsächliche Vermutung – im Sinne eines Erfahrungssatzes – dafür, dass die Preisbindungsvereinbarung der Grund dafür ist, wenn der Hersteller nach ihrem Abschluss einen preisaggressiven Außenseiter nicht beliefert. Diese Beweiserleichterung trägt dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz Rechnung. Die volle Wirksamkeit von Art. 101 AEUV setzt voraus, dass jedermann Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch gegen diese Bestimmung verstoßende Absprachen entsteht. Bei der Anwendung der einzelstaatlichen Regelungen über Voraussetzungen und Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs muss dafür Sorge getragen werden, dass die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht übermäßig erschwert wird.⁹⁶

b) „Fernwärmenetz Stuttgart“ (§ 19 GWB; § 1004 BGB)

In der Entscheidung „Fernwärmenetz Stuttgart“⁹⁷ beschäftigt sich der Kartellsenat mit der Frage, inwieweit die zu Wegenutzungsrechten für Strom- und Gasnetze entwickelte Rechtsprechung auf Wegenutzungsrechte für den Betrieb von Fernwärmenetzen übertragbar ist.

Im Ausgangspunkt hält der Kartellsenat fest, die klagende Gemeinde sei auf dem Markt für die Vergabe von Wegenutzungsrechten ein marktbeherrschendes Unternehmen. Aufgrund ihres Eigentums an den öffentlichen Wegen verfüge sie über ein auf das Stadtgebiet beschränktes Monopol.⁹⁸ Gemeinden handeln beim Abschluss von Konzessionsverträgen privatrechtlich und damit als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts. Das gilt auch dann, wenn sich die Gemeinde, wie

⁹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 48 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006 – C-295/04 u.a. – Manfredi – juris, Rn. 89 f.

⁹⁷ Urteil vom 05. Dezember 2023 – [KZR 101/20](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

⁹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 21.

hier, die Rekommunalisierung einer bereits auf Grund eines Konzessionsvertrags privatwirtschaftlich erfolgenden Energieversorgung vorbehalten. Die Vergabe von Wegenutzungsrechten an den in ihrem Eigentum stehenden Grundstücken dient dazu, den Betrieb von Leitungsnetzen zum Transport von Energie zu ermöglichen. Die Einräumung der Rechte erfolgt auf privatrechtlicher Grundlage. Da der Betrieb der Leitungsnetze ohne die Einräumung von (privatrechtlichen) Wegenutzungsrechten ausgeschlossen ist, handelt es sich um einen Vorleistungsmarkt für das Angebot von Energietransportleistungen. Die Vergabe von Nutzungsrechten selbst ist zweifellos unternehmerisches Handeln. Nichts anderes gilt, wenn die Gemeinde den Abschluss eines Gestattungsvertrags verweigert, sich vorbehält, ohne Durchführung eines Auswahlverfahrens die Wegenutzungsrechte einem eigenen Unternehmen einzuräumen und in Vorbereitung dessen Ansprüche auf das Dritten zustehende Eigentum an den Netzleitungen zu erheben. Da die Gemeinde mit dem bisherigen Betreiber auf diesem Markt potenziell im Wettbewerb steht, handelt es sich dabei um eine unternehmerische Entscheidung.⁹⁹

Der in diesem Verfahren streitgegenständliche Anspruch des bisherigen Betreibers eines Fernwärmenetzes auf Einräumung bzw. Verlängerung von Nutzungsrechten kann sich nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB allerdings nur dann ergeben, wenn eine parallele Nutzung der städtischen Wege zum Aufbau von Fernwärmenetzen durch sämtliche Interessenten neben dem bereits bestehenden Fernwärmenetz möglich ist.¹⁰⁰ Wie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt ist, deutet bei bestehenden Netzinfrastrukturen die ökonomische Erfahrung darauf hin, dass einem Wettbewerb durch parallele Infrastrukturen hohe Marktzutrittsschranken entgegenstehen. Der beklagte Fernwärmenetzbetreiber könne auch nicht mit dem Einwand durchdringen, die Monopolstellung der Beklagten sei aus Rechtsgründen deshalb zu akzeptieren, weil diese das natürliche Monopol mit eigenen Ressourcen aufgebaut habe. Dabei

⁹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 22 f.

¹⁰⁰ a.a.O. – juris, Rn. 28 f.

werde übersehen, dass der bisherige Betreiber die Investitionen nur im Rahmen eines zeitlich befristeten Gestattungsvertrags und auf Grundlage von Wegenutzungsrechten vorgenommen habe, die sie im Streitfall von der öffentlichen Hand ableite. Insoweit sei das von ihr erworbene Eigentum "belastet". Es könne der Klägerin aus kartellrechtlichen Gründen jedenfalls nicht verwehrt werden, in Anlehnung an die Regelung des § 46 EnWG im eigenen Interesse und in dem der Allgemeinheit Wegenutzungsrechte zeitlich begrenzt zu vergeben und einen Wettbewerb um das Netz mit dem Zweck zu organisieren, die wettbewerblichen Nachteile, die mit einem Leitungsmonopol verbunden sind, zumindest teilweise zu kompensieren. Ob die Klägerin weitergehend verpflichtet ist, ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchzuführen, bedürfe hier keiner Entscheidung. Die Klägerin habe jedenfalls ein solches Auswahlverfahren begonnen und nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nur ausgesetzt. Der Umstand, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des EnWG ausdrücklich nicht auf den Bereich der Fernwärme erstreckt wissen wollte,¹⁰¹ schließe eine solche privatautonome Entscheidung der Klägerin zur Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens nicht aus, auch nicht, dass die Beklagte für den danach möglichen Rechtsverlust – ebenso wie es § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG vorsieht – zu entschädigen sei.¹⁰²

Die Klägerin habe mit Beendigung des Konzessionsvertrags kein Eigentum an den Leitungen erworben. Sie mache nicht geltend, auf vertraglicher Grundlage zum 1. Januar 2014 Eigentum an den Netzanlagen erlangt zu haben. Ein Eigentumserwerb ergebe sich auch nicht aus Gesetz, insbesondere nicht aus § 12 Abs. 3 ErbbauRG. Eine analoge Übertragung der Ausnahmebestimmung des § 12 Abs. 3 ErbbauRG auf die vorliegende Fallgestaltung komme nicht in Betracht, weil der Gesetzgeber des EnWG die Regelung des § 95 BGB zugrunde gelegt hat,

¹⁰¹ Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 14. Oktober 2004, BT-Drucks. 15/3917, S. 47

¹⁰² BGH, a.a.O. – juris, Rn. 31.

wonach Scheinbestandteile nur bei nach außen erkennbarer Willensbetätigung zu wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks werden. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG sehe in seinem auf Strom- und Gasleitungsnetze beschränkten Anwendungsbereich vor, dass bei Ablauf der Konzession der bisherige Nutzungsberechtigte verpflichtet ist, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen oder nach Wahl des Neukonzessionärs Besitz daran einzuräumen. Insofern bestehe kein Grund für die Annahme, der Gesetzgeber hätte für die vorliegende Konstellation eines Fernwärmenetzes im Falle der Beendigung des schuldrechtlichen Gestattungsvertrags einen gesetzlichen Erwerbstatbestand zugunsten des Grundstückseigentümers vorsehen wollen.¹⁰³ Zudem bestehe erst nach (bestands- und rechtskräftigem) Abschluss des Auswahlverfahrens Klarheit darüber, wer Inhaber der Nutzungsrechte ist und damit Betreiber des Leitungsnetzes sein kann. Das kann, muss aber nicht der Grundstückseigentümer sein. Diese Interessenlage stehe einem gesetzlichen Eigentumsübergang zugunsten des Grundstückseigentümers durch analoge Anwendung des § 12 Abs. 3 ErbbauRG entgegen. Nicht nur würde damit im Bereich der vom Energiewirtschaftsgesetz erfassten Versorgungsleitungen das Regelungskonzept des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG in Frage gestellt, nach dem nur der Neukonzessionär, nicht aber die Gemeinde als Grundstückseigentümer einen Eigentumsverschaffungsanspruch gegenüber dem Altkonzessionär hat. Es bestünde auch die Gefahr eines umständlichen und mit erheblichen Transaktionskosten verbundenen Kettengeschäfts. Die Inhaberschaft von Wegenutzungsrechten und das Eigentum an den Netzleitungen, zumindest aber der Besitz daran, sollen nach dem Regelungskonzept des § 46 Abs. 2 Nr. 2 EnWG ohne Zwischenerwerbsschritte in einer Hand zusammengeführt werden.¹⁰⁴ Diese Interessen-

¹⁰³ a.a.O. – juris, Rn. 47.

¹⁰⁴ vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 6. Juni 2011, BT-Drucks. 17/6072, S. 88

lage sei bei der Neuvergabe von Wegenutzungsrechten für den Betrieb von Fernwärmenetzen, sofern die Gemeinde ein transparentes und nichtdiskriminierendes Auswahlverfahren durchführt, nicht anders.¹⁰⁵

Das Berufungsgericht habe weiter mit Recht angenommen, dass der Klägerin gegen die Beklagte weder vertragliche noch gesetzliche Ansprüche auf Verschaffung des Eigentums an den Netzanlagen Zug um Zug gegen Zahlung des objektivierten Ertragswerts zustehen. Die Klägerin könne sich insbesondere nicht auf eine ergänzende Auslegung des ohne Endschaftsklausel abgeschlossenen Konzessionsvertrages stützen. Jedenfalls entspreche es insoweit schon nicht dem hypothetischen Willen redlicher Vertragsparteien, nach Beendigung des Konzessionsvertrags die Netzleitungen an die Klägerin zu übereignen, wenn die Möglichkeit besteht, dass die Beklagte nach Fortsetzung des Auswahlverfahrens den Zuschlag für die Wegerechte erhält und damit in Zukunft die Netzanlagen selbst betreiben kann.¹⁰⁶ Die Klägerin habe ein wettbewerbliches Auswahlverfahren in Gang gesetzt und dieses nach eigenem Vorbringen bislang weder formell beendet noch durch einen Zuschlag zum Abschluss gebracht. Es wäre somit nicht ausgeschlossen, dass es zukünftig zu einer weiteren Übereignung an einen Dritten oder zu einer Rückübereignung an die Beklagte kommen müsste oder jedenfalls der Beklagten oder einem Dritten Nutzungsrechte einzuräumen wären. Redliche Vertragsparteien würden nach angemessener Abwägung ihrer Interessen und unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben solche Kettengeschäfte, die mit erheblichen Transaktionskosten verbunden sind, vermeiden. Warum eine vertragszweckgerechte Lösung einzig und allein darin liegen könnte, das Schicksal des Fernwärmenetzes für die Zeit ab Auslaufen des Konzessionsvertrages in die Hände der Klägerin zu legen und dieser ein Übernahmerecht einzuräumen, sei angesichts der von ihr gewählten Vorgehensweise nicht erkennbar, solange das Auswahlverfahren wiederaufgenommen werden

¹⁰⁵ BGH, a.a.O. – juris, Rn. 49.

¹⁰⁶ a.a.O. – juris, Rn. 62

kann. Auch seien keine zwingenden Gründe ersichtlich, weshalb ein Zwischenerwerb der Klägerin erforderlich sein sollte, da die Beklagte möglicherweise verpflichtet wäre, einem Neukonzessionär die Verfügungsmacht über das Leitungsnetz zu verschaffen.

Angesichts des ausgesetzten Auswahlverfahrens stehe der Klägerin auch ein Beseitigungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB nicht zu.¹⁰⁷ Zwar beeinträchtigen die Netzleitungen das Grundstückseigentum der Klägerin. Angesichts der im Streitfall gegebenen Besonderheiten sei die Klägerin jedoch aufgrund von Rücksichtnahme- und Treuepflichten gemäß § 241 Abs. 2, § 242 BGB zur Duldung des fremden Eigentums in ihren Grundstücken nach § 1004 Abs. 2 BGB verpflichtet, weil das Fernwärmenetz auch in Zukunft weiterbetrieben werden soll, zudem unklar sei, wer es zukünftig betreiben wird, und darüber hinaus nicht ausgeschlossen sei, dass die Beklagte auch weiterhin Betreiberin sein wird.¹⁰⁸ Bei dieser Fallgestaltung sei es der Klägerin aufgrund des im Auswahlverfahren zu beachtenden Grundsatzes von Treu und Glauben untersagt, mit der Geltendmachung des Anspruchs aus § 1004 BGB die Wettbewerbsposition der Beklagten in dem noch nicht beendeten Verfahren zu schmälern. Überdies setze sich die Klägerin mit dem Vorbehalt, das Fernwärmenetz ohne Durchführung eines Auswahlverfahrens selbst zu betreiben, und der zu diesem Zweck erhobenen Klage – zum Nachteil der Beklagten und aller anderen Teilnehmer des Auswahlverfahrens – auch in Widerspruch zu dem von ihr begonnenen Verfahren und dem damit verfolgten Ziel, im Wettbewerb zu ermitteln, wer das Netz zukünftig betreiben soll.

¹⁰⁷ a.a.O. – juris, Rn. 83 f.

¹⁰⁸ a.a.O. – juris, Rn. 84 f.

3. Zusammenschlusskontrolle

a) „Fusionskontrolle im Möbeleinzelhandel“ (§ 36 Abs. 1 GWB)

Die Entscheidung „Fusionskontrolle im Möbeleinzelhandel“¹⁰⁹ betrifft die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamts gegen eine Beschwerdeentscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf, mit der zwischenzeitlich erfüllte Veräußerungsaufgaben für ein Zusammenschlussvorhaben mit Blick auf einen Amtshaftungsprozess für rechtswidrig erklärt wurden. Mit Verfügung vom 25. November 2020 hatte das Bundeskartellamt ein Zusammenschlussvorhaben mehrerer Möbeleinzelhändler unter der Auflage freigegeben, dass die Beteiligten 23 näher bezeichnete Möbeleinzelhandelsstandorte veräußern. Das Bundeskartellamt hatte angenommen, das Zusammenschlussvorhaben, das in erster Linie das stationäre Discount-Segment der Märkte des Möbeleinzelhandels betreffe, lasse auf 25 regionalen Absatzmärkten eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs im Sinne des § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB erwarten.¹¹⁰ Die gegen die Beschwerdeentscheidung gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde blieb erfolglos.

Die Nichtzulassungsbeschwerde konnte nicht mit der Annahme durchdringen, es bestehe ein Bedürfnis nach Formulierung von Leitsätzen zur methodischen Anwendung des § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB. Mit diesem Vorbringen beanstandete das Bundeskartellamt, so der Senat, die Anwendung der rechtlichen Maßstäbe in dem durch zahlreiche Besonderheiten gekennzeichneten Einzelfall und mache geltend, das Beschwerdegericht habe unter Verkennung des Prüfungsansatzes der Verfügung und der nach § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB geforderten Prüfungsaufgabe erhebliche Gesichtspunkte, insbesondere die auf den einzelnen Regionalmärkten bestehenden Wettbewerbsbedingungen, nicht hinreichend in den Blick genommen. Daraus allein lasse sich eine Notwendigkeit zur

¹⁰⁹ Beschluss vom 27. Juni 2023 – [KVZ 33/22](#) – juris.

¹¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 3.

Rechtsfortbildung nicht ableiten.¹¹¹ Das Bundeskartellamt lege auch kein Bedürfnis zur Rechtsfortbildung dar, soweit es allgemein auf die Unklarheit der Interventionsschwelle des § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB hinweist. Die Frage nach der Interventionsschwelle könne ebenfalls nur in Abhängigkeit der jeweiligen Marktgegebenheiten und unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls beantwortet werden.¹¹² Es müsse auch nicht geklärt werden, in welchem Verhältnis die Einschätzung der Richter des Beschwerdegerichts als Teil des betreffenden Nachfragekreises zur Einschätzung der Marktteilnehmer bei der sachlichen Zuordnung von Anbietern zu Märkten oder Marktsegmenten zu der Einschätzung der Marktteilnehmer steht, die das Bundeskartellamt im Wege einer Unternehmensbefragung ermittelt hat.¹¹³ Die Abgrenzung des relevanten Marktes obliegt grundsätzlich dem Tatrichter, da sie wesentlich von den – tatrichterlich festzustellenden – tatsächlichen Gegebenheiten des Marktes abhängt. Die für die Marktabgrenzung erforderlichen Feststellungen können vom Revisions- oder Rechtsbeschwerdegericht nur daraufhin überprüft werden, ob der Tatrichter von zutreffenden rechtlichen Maßstäben ausgegangen ist, ob er alle für die Abgrenzung wesentlichen Umstände hinreichend in Betracht gezogen hat und ob seine Entscheidung in Einklang mit den Denkgesetzen und einschlägigen Erfahrungssätzen steht. Bei der dabei vorzunehmenden Würdigung einzelner Indiztatsachen ist das Beschwerdegericht nach allgemeinen Grundsätzen frei. Es entscheidet gemäß § 76 Abs. 1 Satz 1 GWB nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung (§ 108 Abs. 1 VwGO, § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Das GWB gibt den Kartellgerichten ebenso wie die Verwaltungsgerichtsordnung den Verwaltungsgerichten auf, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen (§ 75 Abs. 1 GWB). Es bleibt daher dem Gericht überlassen, welcher Beweismittel es sich zur Aufklärung des

¹¹¹ a.a.O. – juris, Rn. 13.

¹¹² a.a.O. – juris, Rn. 15.

¹¹³ a.a.O. – juris, Rn. 17 f.

entscheidungserheblichen Sachverhalts bedienen will. Die in Betracht kommenden Beweismittel sind grundsätzlich einander gleichwertig.

Vor diesem Hintergrund falle auch die Beantwortung der Frage nach dem Gewicht einer Unternehmensbefragung – die grundsätzlich geeignet sein kann, in verfahrenseffizienter Weise wichtige Einblicke in die auf den jeweiligen Märkten herrschenden Wettbewerbsbeziehungen zu liefern – in die Zuständigkeit des Tatrichters. Es hänge wesentlich von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab und sei insoweit keiner generellen Klärung zugänglich, ob die Grenzen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums nach § 76 Abs. 1 Satz 1 GWB jedenfalls dann überschritten sind, wenn das Beschwerdegericht zwar die Kriterien für die Zuordnung eines Anbieters zu einem Markt oder Marktsegment der Unternehmensbefragung des Bundeskartellamts entnimmt, diese dann aber mit einem anderen Ergebnis anwendet als die weit überwiegende Mehrheit der befragten Unternehmen.¹¹⁴

b) Glasfaser-Gemeinschaftsunternehmen (§ 32b GWB)

Im Beschluss vom 12. September 2023¹¹⁵ beschäftigt sich der Kartellsenat mit der Drittanfechtungsbefugnis gegen Fusionsfreigabeentscheidungen für den Fall, dass die Freigabeentscheidung unter Berücksichtigung von für bindend erklärten Verpflichtungszusagen i.S.v. § 32b GWB erfolgte. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte angenommen, die von einem Wettbewerbsunternehmen im selben Versorgungsgebiet des beabsichtigten Glasfaser-Gemeinschaftsunternehmens gegen die Freigabeentscheidung erhobene Beschwerde sei unzulässig, da die Beschwerdeführerin durch die Verfügung vom 4. Dezember 2019 nicht materiell beschwert sei. Eine materielle Beschwerde erfordere, dass die Beschwerdeführerin darlege, durch die angefochtene Entscheidung der Kartellbehörde in ihren subjektiven Rechten verletzt oder zumindest in ihren wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell nachteilig berührt zu sein, woran es

¹¹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 18 f.

¹¹⁵ Beschluss vom 12. September 2023 – [KVZ 73/20](#) – juris.

fehle.¹¹⁶ Die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde hatte keinen Erfolg.

Bei kartellrechtlichen Anfechtungsbeschwerden ist eine materielle Beschwerde als besondere Form des Rechtsschutzinteresses erforderlich, die vorliegt, wenn der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung in seinen wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen ist. Dementsprechend kommt eine Anfechtung einer kartellbehördlichen Entscheidung nach § 32b GWB durch Dritte im Grundsatz nur in Betracht, wenn und soweit der Dritte geltend macht, durch die Entscheidung der Kartellbehörde in seinen Rechten verletzt oder in seinen wettbewerblichen Interessen unmittelbar und individuell nachteilig betroffen zu sein.¹¹⁷ Für die Entwicklung besonderer Grundsätze zur Zulässigkeit der Anfechtungsbeschwerde eines Dritten gegen eine gemäß § 32b GWB erlassene Verfügung besteht jedenfalls in dem Fall, dass ein kooperatives Gemeinschaftsunternehmen sowohl Gegenstand des Kartellverwaltungsverfahrens als auch eines parallel geführten Fusionskontrollverfahrens ist, und durch die Verfügung gemäß § 32b GWB die Freigabevoraussetzungen für das Fusionskontrollverfahren geschaffen werden sollen, kein Anlass. Eine Rechtsschutzlücke besteht nicht. Ist der Dritte durch die Freigabe eines Zusammenschlusses in seiner unternehmerischen und wettbewerblichen Betätigung auf dem relevanten Markt nachteilig betroffen, liegt die erforderliche materielle Beschwerde für die Anfechtung der Freigabeentscheidung vor (BGH, WuW/E DE-R 3284 Rn. 4 mwN – Presse-Grossisten). Mit der Anfechtungsbeschwerde kann dann überprüft werden, ob Verpflichtungszusagen überhaupt im Fusionskontrollverfahren zu berücksichtigen sind und ob sie gegebenenfalls im Einzelfall ausreichen, um die wettbewerbsschädlichen Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf ein kartellrechtlich unbedenkliches Maß zu reduzieren.¹¹⁸

¹¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 6.

¹¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 11 f.

¹¹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 13 f.

4. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung: Eisenbahnregulierung (§ 148 ZPO)

Im Beschluss vom 24. Oktober 2023¹¹⁹ entscheidet der Bundesgerichtshof nochmals über die Frage, ob und unter welchen Bedingungen eine zivilrechtliche Entgeltkontrolle auf der Grundlage von Art. 102 AEUV neben oder anstelle einer Entgeltregulierung durch die zuständige Regulierungsstelle erfolgen darf. Die Klägerin dieses Verfahrens verlangt Rückzahlung der von ihr gezahlten Stationsnutzungsentgelte für den Zeitraum von November 2006 bis Februar 2008, soweit das neue Stationspreissystem der Beklagten, einer Tochtergesellschaft der Deutschen Bahn AG, aus dem Jahr 2005 (SPS 2005) über die nach dem SPS 99 zugrunde zu legenden Entgelte hinausgehen, insgesamt einen Betrag von 747.057,74 €. Das Landgericht hatte der Klägerin einen Betrag von 605.116,76 € zugesprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Berufungsgericht hatte die Beklagte zunächst unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 473.917,88 € verurteilt. Mit Blick auf das streitige Verhältnis von Kartellzivilverfahren und Entgeltregulierung hatte der Kartellsenat das dagegen von beiden Parteien angestrebte Revisionsverfahren zunächst bis zu einer Entscheidung der Bundesnetzagentur ausgesetzt, nachdem die Klägerin zwischenzeitlich bei der Bundesnetzagentur die nachträgliche Erklärung der Ungültigkeit der Entgeltregelungen und Rückzahlung unter anderem derjenigen Entgelte beantragt hatte, die Gegenstand der Klage sind. Nachdem die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 11. Oktober 2019 diese Anträge als unzulässig verworfen und eine Entgeltregulierung von Amts wegen abgelehnt hatte, setzte der Kartellsenat das Revisionsverfahren fort, hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache an das Berufungsgericht zurück. Dieses gab der Klage in der Hauptsache vollumfänglich statt, wogegen sich die Beklagte wiederum mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision wandte. Während dieses Revisionsverfahrens

¹¹⁹ Beschluss vom 24. Oktober 2023 – [KZR 70/21](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

leitete die Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH vom 27. Oktober 2022¹²⁰ ein Verfahren zur Rücknahme und Neubescheidung ein, in dem zu prüfen ist, ob ihr Beschluss vom 11. Oktober 2019 zurückzunehmen und die Anträge der Klägerin neu zu bescheiden sind. Dieses Verfahren war zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats noch nicht abgeschlossen. Der Senat setzte das Revisionsverfahren bis zur Entscheidung der Bundesnetzagentur in diesem Prüfungsverfahren aus.

Das Berufungsgericht hatte angenommen, der Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung der nach dem SPS 05 geleisteten Stationsentgelte folge aus einem Verstoß der Beklagten gegen Art. 102 AEUV i.V.m. § 812 Abs. 1 Satz 1, Alt. 1 BGB. Bei der rechtlichen Beurteilung dieser Erwägungen wird, so der Kartellsenat, aus Gründen der loyalen Zusammenarbeit gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV die Entscheidung der Bundesnetzagentur zu berücksichtigen sein.¹²¹ Der Kartellsenat nimmt Bezug auf das Urteil des EuGH vom 27. Oktober 2022. Danach sind die nationalen Gerichte bei der Entscheidung über eine Klage auf Rückzahlung der Entgelte für die Nutzung von Infrastruktur nicht aufgrund Art. 30 Eisenbahnregulierung-Richtlinie 2001/14/EG vom 26. Februar 2001 daran gehindert, gleichzeitig Art. 102 AEUV und das einzelstaatliche Wettbewerbsrecht anzuwenden; die zuständige Regulierungsstelle muss nach dieser Entscheidung aber vorher über die Rechtmäßigkeit der betreffenden Entgelte entschieden haben.¹²² Um bei der Anwendung des Art. 102 AEUV den Zwecken und Wirkungen der sektorspezifischen Regulierung Rechnung zu tragen, können die Zivilgerichte – wie der Kartellsenat nochmals hervorhebt – gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet sein, den Ausgang eines bei der Regulierungsstelle anhängigen Verfahrens nach den Grundsätzen des § 148 ZPO abzuwarten; insofern sind auch

¹²⁰ EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2022 – C-721/20 – ODEG Ostdeutsche Eisenbahn GmbH – juris.

¹²¹ Beschluss vom 24. Oktober 2023 – a.a.O. – juris, Rn. 10 f.

¹²² a.a.O. – juris, Rn. 11 unter Verweis auf EuGH – a.a.O. – ODEG Ostdeutsche Eisenbahn GmbH – juris, Rn. 80.

Feststellungen, die die Bundesnetzagentur als zuständige Regulierungsstelle im Sinne des Art. 30 Richtlinie 2001/14/EG sowie des Art. 55 Richtlinie 2012/34/EU im Rahmen der Entgeltkontrolle nach den Vorschriften des AEG in der bis zum 1. September 2016 geltenden Fassung trifft, bei der Anwendung des Art. 102 AEUV zu berücksichtigen. Das stehe in Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach die nationalen Gerichte zur loyalen Zusammenarbeit verpflichtet sind und bei ihrer Würdigung die Entscheidungen der zuständigen Regulierungsstelle zu berücksichtigen und sich bei der Begründung ihrer eigenen Entscheidungen mit dem gesamten Inhalt der ihnen vorgelegten Akten auseinanderzusetzen haben.¹²³ Nach Maßgabe dieser Grundsätze und unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen der Prozessparteien erachtet es der Kartellsenat für sachgerecht, das Revisionsverfahren zur Wahrung der Aufgaben der Regulierungsstelle sowie zur effektiven Durchsetzung des Art. 30 Richtlinie 2001/14/EG auszusetzen, nachdem die Bundesnetzagentur nunmehr ein Verfahren betreffend die Rücknahme ihres Beschlusses vom 11. Oktober 2019 und Neubeschreibung der entsprechenden Anträge eröffnet hat.¹²⁴

5. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales: „Die Freien Brauer“ (§§ 3, 7 RDG)

In der Entscheidung „Die Freien Brauer“¹²⁵ entscheidet der Kartellsenat über die Frage, ob eine Vereinigung von Wettbewerbern an sie abgetretene Kartellschadensersatzforderungen ihrer Mitglieder ohne Erlaubnis nach RDG geltend machen darf. Die Klägerin, ein Verbund von 40 mittelständischen Brauereien in Form einer Kommanditgesellschaft, macht gegen die Beklagte aus abgetretenem Recht ihrer Gesellschafter und hilfsweise aus eigenem Recht zugunsten ihrer Gesellschafter Schadensersatzansprüche wegen kartellbedingt überteuerter Bezugspreise für

¹²³ Beschluss vom 24. Oktober 2023 – a.a.O. – juris, Rn. 12 unter Verweis auf EuGH – a.a.O. – ODEG Ostdeutsche Eisenbahn GmbH – juris, Rn. 88.

¹²⁴ a.a.O. – juris, Rn. 13.

¹²⁵ Urteil vom 26. September 2023 – [KZR 73/21](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Zucker in den Jahren 1996 bis 2009 geltend. Die Vorinstanzen hatten angenommen, die Klägerin sei nicht aktivlegitimiert, da eine Abtretung der behaupteten Schadensersatzansprüche gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 3 RDG nichtig sei. Diese Begründung hielt einer rechtlichen Überprüfung durch den Kartellsenat nicht stand.

Zwar habe das Berufungsgericht zu Recht angenommen, dass die Klägerin durch den Abschluss der Abtretungsvereinbarungen ihren Gesellschaftern eine Rechtsdienstleistung gemäß § 2 Abs. 1 RDG erbracht hat.¹²⁶ Das Berufungsgericht habe aber die Anwendbarkeit von § 7 Abs. 1 Nr. 1 RDG rechtsfehlerhaft verneint. Erlaubt sind nach dieser Vorschrift Rechtsdienstleistungen, die berufliche oder andere zur Wahrung gemeinschaftlicher Interessen gegründete Vereinigungen im Rahmen ihres satzungsgemäßen Aufgabenbereichs für ihre Mitglieder erbringen, soweit sie gegenüber der Erfüllung ihrer übrigen satzungsmäßigen Aufgaben nicht von übergeordneter Bedeutung sind.¹²⁷ Die Anwendung von § 7 Abs. 1 Nr. 1 RDG auf eine Vereinigung, die nicht hauptsächlich einen ideellen Zweck verfolgt, sondern einem Gewerbe oder einer anderen Erwerbstätigkeit nachgeht, ist nicht ausnahmslos und ohne Ansehung der Umstände des Einzelfalls ausgeschlossen. Der Wortlaut des § 7 Abs. 1 Nr. 1 RDG gibt für die Beschränkung des Vereinigungsbegriffs auf Idealvereine (§ 21 BGB) und Gesellschaften bürgerlichen Rechts mit einem ideellen Zweck nichts her. Voraussetzung ist lediglich, dass es sich um eine berufliche Vereinigung oder um eine solche handelt, die zur Wahrung gemeinschaftlicher Interessen gegründet worden ist. Vereinigungen sind rechtliche Zusammenschlüsse von mehreren natürlichen oder juristischen Personen. Eine Kommanditgesellschaft – auch in der Form der GmbH & Co. KG – ist danach eine Vereinigung.¹²⁸ Die Voraussetzung der Verfolgung eines hauptsächlich ideellen Zwecks lässt sich auch nicht der bisherigen höchstrichterlichen

¹²⁶ a.a.O. – juris, Rn. 8.

¹²⁷ a.a.O. – juris, Rn. 16 f.

¹²⁸ a.a.O. – juris, Rn. 18 f.

Rechtsprechung entnehmen. Voraussetzung für eine Vereinigung im Sinn von § 7 Abs. 1 Nr. 1 RDG ist nach der bisherigen Rechtsprechung, dass sie der Wahrnehmung und Verfolgung gemeinsamer (beruflicher) Interessen ihrer Mitglieder dient. Nach der Erweiterung des Anwendungsbereichs auf alle Vereinigungen, die zur Wahrung gemeinschaftlicher Interessen gegründet sind (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 RDG), kommt es zudem nicht darauf an, welcher Art diese Interessen sind. Erforderlich ist lediglich ein über die Interessen des Einzelnen hinausgehendes Gruppeninteresse.¹²⁹ Zwar mag die Verfolgung eines gewerblichen Zwecks durch eine Vereinigung, die Rechtsdienstleistungen erbringt, häufig mit den Gefahren für die Rechtsuchenden, die Rechtsordnung und den Rechtsverkehr einhergehen, zu deren Schutz die Erlaubnispflicht des § 3 RDG dient. Das rechtfertigt indes nicht, Vereinigungen mit einem gewerblichen Zweck ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls vom Anwendungsbereich des § 7 Abs. 1 Nr. 1 RDG von vornherein auszuschließen, auch wenn ihr eigentlicher Zweck nicht auf die Erbringung von Rechtsdienstleistungen gerichtet ist. Es ist vielmehr stets eine am Schutzzweck des Rechtsdienstleistungsgesetzes (§ 1 Abs. 1 Satz 2 RDG) orientierte Würdigung der Umstände des Einzelfalls geboten, bei der auch die Wertentscheidungen des Grundgesetzes miteinzubeziehen sind.¹³⁰ Dass die Klägerin als Kommanditgesellschaft nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts einen gewerblichen Zweck verfolgt, steht danach der Anwendung von § 7 Abs. 1 Nr. 1 RDG im vorliegenden Fall nicht entgegen.

Die streitgegenständlichen Rechtsdienstleistungen seien, so der Senat, Betreuungsleistungen für ihre Mitglieder, die nach Sinn und Zweck des § 7 Abs. 1 Nr. 1 RDG privilegiert sind. Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts handele die Klägerin bei der

¹²⁹ a.a.O. – juris, Rn. 22 f. unter Verweis auf BT-Drucks. 16/3655, Rn. 59.

¹³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 27 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – [II ZR 84/20](#) – juris, Rn. 22.

Geltendmachung der vorliegenden Schadensersatzforderungen nicht mit Gewinnerzielungsabsicht oder mit dem Ziel, aus der Rechtsdienstleistung "ein Geschäft zu machen", sondern pauschaliere in zulässiger Weise ihre bei der Verfolgung der Schadensersatzansprüche entstandenen allgemeinen Kosten.¹³¹ Die Klägerin gewähre ihren Mitgliedern Rat und Hilfe in Rechtsangelegenheiten und handele dabei nicht in ihrem eigenen Interesse zur Gewinnerzielung, sondern verfolge die gemeinsamen Interessen der in ihr zusammengeschlossenen mittelständischen Brauereien. Sie ermögliche insbesondere auch denjenigen kleinen Brauereien eine Rechtsverfolgung, die angesichts der damit verbundenen Kosten und Risiken ansonsten aus rationalem Desinteresse davon Abstand nehmen würden.¹³² Zu Unrecht habe das Berufungsgericht gemeint, dass es sich bei der Klägerin nicht um eine Vereinigung im Sinn von § 7 Abs. 1 Nr. 1 RDG handele, weil der Beitritt zur Klägerin wegen ihrer Rechtsform nicht unproblematisch möglich sei, sondern eine Änderung des Gesellschaftsvertrags und die Eintragung in das Handelsregister (§ 162 Abs. 2 HGB) erfordere. Die Forderung des Berufungsgerichts, ein Beitritt zu einer Vereinigung im Sinn des § 7 Abs. 1 Nr. 1 RDG müsse stets und ohne Ansehung des Einzelfalls "unproblematisch" und "ohne größere Schwierigkeiten" möglich sein, ist nicht gerechtfertigt. Es gibt keine Grundlage für eine Einschränkung des Vereinigungsbegriffs dahin, dass der Beitritt zur Vereinigung niemals Rechtsakte voraussetzen oder mit Aufwendungen verbunden sein darf.¹³³

Rechtsfehlerhaft habe das Berufungsgericht schließlich dafürgehalten, die Klägerin sei keine Vereinigung im Sinn des § 7 Abs. 1 Nr. 1 RDG, weil in ihr nur die Einzelinteressen ihrer Gesellschafter gebündelt würden.¹³⁴ Von einer Bündelung von Einzelinteressen ist auszugehen, wenn die Vereinigung nur der Verfolgung bestimmter konkreter Ansprüche dient oder etwa jedes Mitglied nur und ausschließlich eigene

¹³¹ Urteil vom 26. September 2023 – a.a.O. – juris, Rn. 28 f.

¹³² a.a.O. – juris, Rn. 36.

¹³³ a.a.O. – juris, Rn. 39 f.

¹³⁴ a.a.O. – juris, Rn. 46 f.

Interessen verfolgt. So liege es hier aber nicht. Die Gesellschafter der Klägerin verfolgten vielmehr das gemeinsame Ziel, sich als in Bezug auf ihre Umsätze "kleine", und unabhängige "freie Brauereien" im Wettbewerb zu behaupten. Die in der Satzung enthaltenen Gesellschaftszwecke seien alle auf dieses übergeordnete Ziel ausgerichtet und bezogen. Die Klägerin solle das gemeinsame Marktstrukturinteresse an der Existenz und der Wettbewerbsfähigkeit kleiner, von den großen Brauereien unabhängiger Brauereien in der Öffentlichkeit und im Wettbewerb fördern und unterstützen. Zu Unrecht habe das Berufungsgericht gemeint, dass die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen als Einzelinteresse (niemals) ein gemeinschaftliches Interesse darstellen könne. Mit dieser Begründung dürften auch Mietervereine, Gewerkschaften und Sozialverbände keine Rechtsberatung anbieten, weil jeder Mieter (Arbeitnehmer, Versicherte), der sich beraten lässt, letztlich nur sein eigenes Interesse verfolgt. Es sei vielmehr unschädlich und unvermeidbar, dass die Gesamtinteressenvertretung mittelbar auch einzelnen Mitgliedern zugutekommt.¹³⁵ Aus den genannten Gründen stehe die Geltendmachung der Schadensersatzforderungen durch die Klägerin für ihre Gesellschafter auch im Zusammenhang mit ihren satzungsgemäßen Aufgaben und sei nicht von übergeordneter Bedeutung (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 RDG).¹³⁶

6. Sonstiges (entfällt)

Karlsruhe, den 29. Mai 2024

Dr. Peter Rädler

¹³⁵ a.a.O. – juris, Rn. 47 f.

¹³⁶ a.a.O. – juris, Rn. 49 f.