

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 1. Halbjahr 2024

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

Dieser Beitrag fasst die im ersten Halbjahr 2024 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht zusammen.¹ Wegen des zum Teil längeren Zeitraums zwischen Absetzen und Veröffentlichung der Entscheidungen ist die Übersicht auf die bis zum 31. Juli 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. Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung (§ 19a GWB)
4. Zusammenschlusskontrolle
5. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung
6. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung;
Prozessuales
7. Sonstiges

I. Lauterkeitsrecht

1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen: „Tierkrankenwagen“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG)

In der Entscheidung „Tierkrankenwagen“ befasst sich der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs nochmals mit dem Begriff der „geschäftlichen Handlung“ i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG und dem Begriff des Unternehmers i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG³. In dem Verfahren verklagte ein Unternehmen, das u.a. Tierrettungen und Tierkranken Transporte durchführte, einen Verein zur

³ Urteil vom 05. Mai 2024 – [I ZR 12/23](#) – juris.

Förderung des Tierschutzes auf Unterlassung bestimmter Behauptungen gegenüber seinen Mitgliedern betreffend die Klägerin. Die Bestimmungen des § 2 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 8 UWG dienen der Umsetzung von Art. 2 Buchst. b) und d) der UGP-Richtlinie 2005/29/EG und sind daher im Lichte des Wortlauts und des Zwecks dieser Richtlinie auszulegen. Nach Art. 2 Buchst. d) der Richtlinie 2005/29/EG bezeichnet der Ausdruck "Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern" jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt. "Gewerbetreibender" ist nach Art. 2 Buchst. b) der Richtlinie 2005/29/EG jede natürliche oder juristische Person, die im Geschäftsverkehr im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, und jede Person, die im Namen oder Auftrag des Gewerbetreibenden handelt. Der Begriff des "Gewerbetreibenden" in Art. 2 Buchst. b) der Richtlinie 2005/29/EG ist besonders weit konzipiert und umfasst jede natürliche oder juristische Person, die eine entgeltliche Tätigkeit ausübt, wovon weder Einrichtungen, die eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllen, noch öffentlich-rechtliche Einrichtungen ausgenommen sind. Für die Annahme einer entgeltlichen, also auf Erzielung einer Gegenleistung gerichteten Tätigkeit ist die rechtliche Gestaltung unerheblich, so dass das Entgelt auch in der Zahlung von Mitgliedsbeiträgen bestehen kann. Auch Idealvereine (§ 21 BGB) können wettbewerbsrechtlich als Unternehmen anzusehen sein, wenn sie für ihre Mitglieder für sich gesehen unentgeltliche, aber durch den Mitgliedsbeitrag abgedeckte Leistungen erbringen, die auch auf dem Markt gegen Entgelt angeboten werden. Maßgebend für den Charakter einer Tätigkeit ist damit nicht die verfolgte Intention, sondern die tatsächliche Stellung im Wettbewerb⁴.

⁴ a.a.O. – juris, Rn. 30 f..

Nach diesen Grundsätzen sei das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass eine ausschließlich mildtätige und/oder gemeinnützige Tätigkeit, mit der keine erwerbswirtschaftlichen Ziele verfolgt werden und die nicht auf die Erbringung einer entgeltlichen oder auf dem Markt ansonsten gegen Entgelt angebotenen Leistung gerichtet ist, grundsätzlich nicht als geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG anzusehen ist. Wie das Berufungsgericht weiter zutreffend erkannt hat, ergebe sich aus dem Umstand allein, dass der Beklagte Mitgliedsbeiträge erhebt, nichts Anderes⁵.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts könne im Falle der Verletzung einer aus § 241 Abs. 2 BGB folgenden Rücksichtnahmepflicht aus § 280 Abs. 1 BGB grundsätzlich auch ein Unterlassungsanspruch bestehen. Dies komme hier wegen der vertraglichen Verbundenheit der Parteien in Betracht. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass sich aus § 280 Abs. 1 BGB im Falle der Verletzung vertraglicher (Neben-) Pflichten nicht nur ein Schadensersatzanspruch, sondern grundsätzlich auch ein Anspruch auf Unterlassung ergeben kann. Nichts Anderes gilt im Falle der Verletzung von – nicht ausdrücklich vereinbarten und gesetzlich nicht ausdrücklich normierten – Rücksichtnahmepflichten i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB. Jedenfalls bei einer Verletzung von Rücksichtnahmepflichten, durch die die Erreichung des Vertragszwecks bedroht wird, ist die Interessenlage nicht anders zu beurteilen als in der Situation einer (drohenden) Beeinträchtigung deliktsrechtlich geschützter Rechtsgüter, in der ein quasi-negatorischer Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog anerkannt ist⁶. Einen solchen (nach-) vertraglichen Unterlassungsanspruch habe das Berufungsgericht fehlerhaft verneint.

2. Per-se-Verbote (entfällt)

⁵ a.a.O. – juris, Rn. 42.

⁶ a.a.O. – juris, Rn. 14 f..

3. Marktverhaltensregelungen (§ 3a UWG)

a) „Corona-Prophylaxe“ (§ 12 HWG)

Gegenstand der Entscheidung „Corona-Prophylaxe“⁷ ist die Bewerbung einer Mund- und Rachenspülung mit Aussagen zur Ergänzung bestehender Corona-Maßnahmen. Der klagende Verbraucherschutzverband griff hier u.a. die Werbeaussage an „Corona-Prophylaxe durch physikalische Reduzierung der Virenlast im Mund- und Rachenraum“. Nach Beurteilung des Bundesgerichtshofs steht der Klägerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte aus § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 3, § 3 Abs. 1, § 3a UWG i.V.m. § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG, Abschnitt A Nr. 1 der Anlage zu § 12 HWG i.V.m. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. t), § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 44a IfSG zu. Das Berufungsgericht sei zutreffend davon ausgegangen, dass das in § 12 Abs. 1 HWG geregelte Verbot der Publikumswerbung für Arzneimittel und Medizinprodukte, die sich auf die Erkennung, Verhütung, Beseitigung oder Linderung gravierender Krankheiten oder Leiden beim Menschen bezieht, eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG darstellt. Das Verbot hat den Zweck, gesundheitliche Individualinteressen und auch solche der Allgemeinheit vor durch Werbung beeinflusster unsachgemäßer Selbstbehandlung zu schützen⁸. Außerhalb der Fachkreise darf sich die Werbung für Medizinprodukte gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HWG nicht auf die Erkennung, Verhütung, Beseitigung oder Linderung der in Abschnitt A Nr. 1, 3 und 4 der Anlage zu § 12 HWG aufgeführten Krankheiten oder Leiden beim Menschen beziehen. Krankheiten und Leiden beim Menschen, auf die sich die Werbung nicht beziehen darf, sind nach Abschnitt A Nr. 1 der Anlage zu § 12 HWG "[n]ach dem Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045) meldepflichtige Krankheiten oder durch meldepflichtige Krankheitserreger verursachte Infektionen".

⁷ Urteil vom 21. Dezember 2023 – [I ZR 24/23](#) – juris.

⁸ a.a.O. – juris, Rn. 13.

Hierzu habe das Berufungsgericht zwar zu Recht festgestellt, dass es sich bei der beworbenen Mundspülung um ein Medizinprodukt i.S.v. § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1a HWG, Art. 2 Nr. 1 der Verordnung (EU) 2017/745 über Medizinprodukte handelt⁹. Die angegriffenen Aussagen beziehen sich aus Sicht des Senats entgegen der Beurteilung des Berufungsgerichts auf die Verhütung der in Abschnitt A Nr. 1 der Anlage zu § 12 HWG i.V.m. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. t), § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 44a IfSG aufgeführten COVID-19-Erkrankung, die durch SARS-CoV-2-Viren ausgelöst wird. Die Revision mache mit Erfolg geltend, dass Abschnitt A Nr. 1 der Anlage zu § 12 HWG eine dynamische Verweisung auf §§ 6, 7 IfSG enthält. Dies entspreche auch der einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur. Dies ergebe sich zwar nicht aus dem offenen Wortlaut von Abschnitt A Nr. 1 der Anlage zu § 12 HWG. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift sowie dessen objektiver Sinn und Zweck sprechen aus Sicht des Senats allerdings für eine dynamische Verweisung. Gegen diese Auslegung bestehen auch keine Bedenken mit Blick auf die Bestimmtheit der Norm. Sie unterliegt insbesondere nicht den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG, wonach eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Das dort für den Bereich des Strafrechts und gemäß § 3 OWiG auch für den Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts statuierte Bestimmtheitsgebot schlägt dann auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung durch, wenn die Marktverhaltensregelung, auf die wettbewerbsrechtliche Ansprüche gemäß § 3a UWG gestützt werden, selbst eine Vorschrift des Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrechts ist. Soweit dagegen die Einhaltung einer Marktverhaltensregelung, die – wie im Streitfall – selbst keine solche straf- oder bußgeldrechtliche Vorschrift ist, durch eine (Blankett-) Norm des (Neben-) Strafrechts oder des Ordnungswidrigkeitenrechts – im Streitfall § 15 Abs. 1 Nr. 9 HWG – sanktioniert ist, gilt Art. 103 Abs. 2 GG für die Marktverhaltensregelung

⁹ a.a.O. – juris, Rn. 15 f..

nur insoweit, als ein Gericht sie in Verbindung mit der Straf- oder Bußgeldnorm zur Verurteilung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit anwendet¹⁰.

b) „Großhandelszuschläge II“ (§ 2 AMPPreisV)

In der Sache „Großhandelszuschläge II“¹¹ verklagte die Wettbewerbszentrale eine Parallel- und Reimporteurin von Arzneimitteln. Beanstandet wurde die Gewährung von Skonti beim Direktvertrieb verschreibungspflichtiger Arzneimittel gegenüber Apotheken.

Nach § 78 Abs. 2 Satz 2 AMG ist ein einheitlicher Apothekenabgabepreis für Arzneimittel zu gewährleisten, die vom Verkehr außerhalb der Apotheken ausgeschlossen sind. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 AMPPreisV in der hier maßgeblichen Fassung sind bei der Abgabe von Fertigarzneimitteln, die zur Anwendung bei Menschen bestimmt sind, durch den Großhandel an Apotheken oder Tierärzte auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers ein Festzuschlag von 70 Cent (seit dem 27. Juli 2023: 73 Cent) sowie die Umsatzsteuer zu erheben; zusätzlich darf auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers ohne die Umsatzsteuer höchstens ein Zuschlag von 3,15 %, höchstens jedoch 37,80 € erhoben werden (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 AMPPreisV). Das Berufungsgericht habe mit Recht angenommen, dass die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 1 AMPPreisV für den pharmazeutischen Großhandel bei der Abgabe von verschreibungspflichtigen Fertigarzneimitteln an Apotheken die Verpflichtung normiert, einen Mindestpreis zu beanspruchen, der der Summe aus dem Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers, dem Festzuschlag von 70 Cent und der Umsatzsteuer entspricht. Dabei sei die Gewährung von Skonti, die zu einer Unterschreitung dieses Mindestpreises führen, unzuläs-

¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 51.

¹¹ Urteil vom 08. Februar 2024 – [I ZR 91/23](#) - juris

sig. Für diese Auslegung sprächen der Wortlaut, die Systematik, die Gesetzgebungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Bestimmung. Es komme nicht darauf an, ob die von der Beklagten beworbenen bzw. gewährten Skonti „echte“ Skonti darstellen, mit denen eine vertraglich nicht geschuldete Zahlung durch den Käufer vor Fälligkeit abgegolten wird, oder ob es sich um „unechte“ Skonti handelt, die lediglich die pünktliche Zahlung durch den Käufer honorieren¹².

Entgegen der Ansicht der Revision sei das beanstandete Verhalten der Beklagten auch geeignet, die Interessen von Verbrauchern und Mitbewerbern i.S.v. § 3a UWG spürbar zu beeinträchtigen. Die Frage, ob eine Eignung zur spürbaren Interessenbeeinträchtigung besteht, ist nach dem Schutzzweck der jeweils verletzten Marktverhaltensregelung zu beurteilen. Bei dieser Beurteilung sind diejenigen Zwecke zu berücksichtigen, die die Einordnung der Vorschrift als Marktverhaltensregelung rechtfertigen, weil sie die Interessen der Marktteilnehmer betreffen. Da die Regelungen in § 78 AMG und § 2 AMPPreisV dazu bestimmt sind, den (Preis-)Wettbewerb unter den Pharmagroßhändlern zu regeln, dürfen sie nicht dadurch unterlaufen werden, dass ein dagegen erfolgter Verstoß als nicht spürbar eingestuft und damit als nicht wettbewerbswidrig angesehen wird¹³.

c) Online-Zweitlotterie (§ 4 GlüStV 2021)

Im Beschluss zur Zurückweisung einer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision¹⁴ bekräftigt der Senat zu dem dort von einem Wettbewerber verklagten Anbieter von Online-Zweitlotterien, dass unabhängig von der Frage der Unionsrechtswidrigkeit der Neuregelung im Glücksspielstaatsvertrag zum Verbot von Online-Zweitlotterien das Verhalten der Beklagten

¹² a.a.O.- juris, Rn. 34.

¹³ a.a.O. – juris, Rn. 48 f.

¹⁴ Beschluss vom 08. November 2023 – [I ZR 148/22](#) – juris. Der I. Zivilsenat hat im Berichtszeitraum außerhalb des Lauterkeitsrechts im Rahmen seiner allgemeinen Zuständigkeit zu Bereicherungs- und Schadensersatzansprüchen von Spielernutzern gegenüber Glücksspielanbietern am 22. März 2024 den Hinweisbeschluss [I ZR 88/23](#) erlassen (in diesem Verfahren wurde auf den Hinweisbeschluss die Revision zurückgenommen) sowie mit Beschluss „Sportwetten im Internet“ vom 25. Juli 2024 im Verfahren [I ZR 90/23](#) dem EuGH Fragen zur Auslegung von § 56 AEUV vorgelegt.

unter der Geltung des Glücksspielstaatsvertrags 2021 jedenfalls deshalb unlauter gewesen sei, weil sie die Online-Zweitlotterien ohne Erlaubnis gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 und 2 GlüStV 2021 angeboten hätten¹⁵.

Ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung für das Angebot von Glücksspielen ist grundsätzlich zulässig. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union muss ein solches System aber auf objektiven, nichtdiskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, damit der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden hinreichende Grenzen gesetzt werden. Zudem muss jedem, der von einer auf einem solchen Eingriff beruhenden einschränkenden Maßnahme betroffen ist, der Rechtsweg offenstehen¹⁶. Ein Erlaubnisverfahren für Private sei im Glücksspielstaatsvertrag 2021 bereits angelegt. Dabei sei nicht ersichtlich, dass das unter dem Glücksspielstaatsvertrag 2021 eingerichtete System eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt nicht auf objektiven, nichtdiskriminierenden Kriterien beruhte und der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden keine Grenzen setzte¹⁷.

Sinn und Zweck des Erlaubnisvorbehalts liefen leer, wenn in einem zivil- (oder straf-) rechtlichen Verfahren, in dem es um die Durchsetzung der Rechtsfolgen formal illegalen Verhaltens geht, nicht allein das Vorliegen einer Erlaubnis, sondern die materiell-rechtlichen Erlaubnisvoraussetzungen und deren Unionsrechtskonformität zu prüfen wären. Die Unlauterkeit nach § 3a UWG knüpft in Fällen wie dem Vorliegenden an das Fehlen der in einem behördlichen Verfahren zu erteilenden Erlaubnis als solcher an und nicht daran, ob die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis vorliegen und mit höherrangigem Recht vereinbar sind¹⁸.

¹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 4

¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 10

¹⁷ a.a.O.- juris, Rn. 13

¹⁸ a.a.O.- juris, Rn. 15

Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass eine etwaige Unionsrechtswidrigkeit des Verbots von Online-Zweitlotterien nicht dazu führe, dass die Beklagten einen Anspruch auf eine Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 GlüStV 2021 hätten, weil ihr Angebot dann ohne Weiteres als materiell rechtmäßig und mithin wettbewerbskonform einzuordnen wäre. Eine Unionsrechtswidrigkeit führt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union allein dazu, dass die unionsrechtswidrige Vorschrift unionsrechtskonform auszugestalten wäre, nicht aber dazu, dass die Veranstaltung und Vermittlung der betroffenen Glücksspiele voraussetzungslos genehmigt werden müsste¹⁹.

d) EuGH-Vorlage: „Essigspray“

In der Entscheidung „Essigspray“²⁰ legt der I. Zivilsenat dem EuGH nochmals Fragen zur Auslegung der Biozid-VO Nr. 528/2012 vor. In dem Rechtsstreit stellt sich u.a. die vom Senat nunmehr dem EuGH vorgelegte Frage, ob der Begriff des Biozid-Produkts gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. a) Satz 1 der Verordnung dahin auszulegen ist, dass die für die Biozideigenschaft eines Produkts erforderliche Zweckbestimmung den einzigen oder den überwiegenden Zweck darstellen muss, oder ob es ausreicht, dass ein Produkt auch – wenn auch nachrangig – als Biozidprodukt bestimmt ist. Aus Sicht des Senats ist ausreichend, wenn dem Produkt zumindest auch eine Zweckbestimmung als Biozid zukommt²¹. Dabei ist insbesondere das in Art. 1 Abs. 1 Biozid-VO genannte, auf dem Vorsorgeprinzip beruhende Ziel der Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Gesundheit von Mensch und Tier und für die Umwelt zu berücksichtigen. Für eine Bereichsausnahme zugunsten von Lebensmitteln aus der Biozid-VO sei nichts ersichtlich²². Bei Einordnung der streitgegenständlichen Essigspray-Produkte als Biozid-Produkte hätte die Beklagte in ihre Werbung gemäß Art. 72 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung den Hinweis aufnehmen müssen, „Biozid-

¹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 17

²⁰ Beschluss vom 27. Juni 2024 – [LZR 101/23](#) – juris

²¹ a.a.O. – juris, Rn. 29

²² a.a.O. – juris, Rn. 51 f.

Produkte vorsichtig verwenden. Vor Gebrauch stets Etikett und Produktinformation lesen“, was in den angegriffenen Etiketten der Essigspray-Produkte nicht der Fall gewesen ist.

4. Mitbewerberschutz/Aggressive geschäftliche Handlungen:

5. Irreführung (§§ 5, 5a, 5b UWG)

a) „Hydra-Energy“ (§§ 3a, 5 Abs. 1 UWG)

In der Entscheidung „Hydra-Energy“²³ befasst sich der Bundesgerichtshof mit dem Verhältnis des lauterkeitsrechtlichen Irreführungstatbestands mit fachgesetzlichen Irreführungsverboten, hier am Beispiel von § 43 Abs. 2 MessEG. Nach § 43 Abs. 2 MessEG ist es verboten, Fertigpackungen herzustellen, in Verkehr zu bringen oder sonst auf dem Markt bereitzustellen, wenn sie ihrer Gestaltung und Befüllung nach eine größere Füllmenge vortäuschen, als in ihnen enthalten ist. Wie der Senat bereits entschieden hat, ist § 43 Abs. 2 MessEG eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG²⁴. Das Berufungsgericht habe hier für das streitgegenständliche Waschgel zu Recht angenommen, dass die streitgegenständliche Tube entgegen § 43 Abs. 2 MessEG eine größere Füllmenge vortäusche, als in ihr enthalten ist. Sinn und Zweck des § 43 Abs. 2 MessEG ist der Schutz des Verkehrs vor Fehlannahmen über die relative Füllmenge einer Fertigpackung. Bei der Auslegung des Irreführungstatbestands des § 43 Abs. 2 MessEG können die für § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG geltenden Grundsätze zur Irreführung herangezogen werden. Maßgeblich ist, welche Vorstellungen der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher, der dem Produkt die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt, über den Inhalt der jeweiligen Verpackung auf Grund deren äußerer Gestaltung entwickelt, und ob diese Vorstellung vom tatsächlichen Inhalt der Verpackung abweicht²⁵. Eine

²³ Urteil vom 29. Mai 2024 – [I ZR 43/23](#) - juris

²⁴ a.a.O. – juris, Rn. 13

²⁵ a.a.O. – juris, Rn. 18 f.

Abweichung der relativen Füllmenge von der Verbrauchererwartung ist aber nur dann rechtserheblich, wenn – insoweit nicht anders als im Falle des § 5 Abs. 1 UWG – eine Relevanzschwelle überschritten wird. Von einer sogenannten Mogelpackung ist regelmäßig auszugehen, wenn das Füllvolumen weniger als 70 % des Verpackungsvolumens beträgt²⁶. Täuscht die Umverpackung oder die Produktaufmachung – wie hier – eine größere Füllmenge vor, kann der Unternehmer durch aufklärende Hinweise eine entsprechende Fehlvorstellung neutralisieren. Ebenso wie bei § 5 Abs. 1 UWG liegen tatsächliche Umstände, die gegen eine geschäftliche Relevanz des als irreführend beanstandeten Verhaltens sprechen, in der Darlegungs- und Beweislast der auf Unterlassung in Anspruch genommenen Partei. An aufklärenden Hinweisen auf der Verpackung habe es im Streitfall allerdings gefehlt²⁷.

Der Senat lässt dahinstehen, ob die Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 MessEG auch im Übrigen erfüllt waren und ob insbesondere die Werbung für ein Produkt unter den Begriff der Bereitstellung auf dem Markt i.S.d. § 43 Abs. 2 i.V.m. § 2 Nr. 1 MessEG fällt. Denn § 3a UWG i.v.m. § 43 Abs. 2 MessEG komme aufgrund der vollharmonisierenden Wirkung der UGP-Richtlinie 2005/29/EG vorliegend nicht zur Anwendung²⁸. Der Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie, die nach ihrem Art. 4 vollharmonisierende Wirkung hat, erfasst nach ihrem Art. 3 Abs. 1 unlautere Geschäftspraktiken i.S.d. Art. 5 der Richtlinie von Unternehmen gegenüber Verbrauchern vor, während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts. Nach Art. 5 Abs. 4 Buchst. a) der UGP-Richtlinie sind unlautere Geschäftspraktiken insbesondere solche, die irreführend i.S.d. Art. 6 und Art. 7 dieser Richtlinie sind. Der Umsetzung des Art. 6 der UGP-Richtlinie dient die Vorschrift des § 5 UWG. Ist der in Art. 3 Abs. 1 der UGP-Richtlinie definierte Anwendungsbereich eröffnet, ist für die lauterkeitsrechtliche Anwendung von Marktverhaltensregelungen i.S.d. § 3a

²⁶ a.a.O. – juris, Rn. 25 f.

²⁷ a.a.O. – juris, Rn. 33 f.

²⁸ a.a.O. – juris, Rn. 49.

UWG nur Raum, sofern die Richtlinie den von der Marktverhaltensregelung betroffenen Bereich nach den übrigen Absätzen des Art. 3 (Vertragsrecht oder Gesundheits- und Sicherheitsaspekte) unberührt lässt²⁹. Die Vorschrift des § 43 Abs. 2 MessEG, die dem Schutz des Verkehrs vor Fehlannahmen über die relative Füllmenge einer Fertigpackung dient, fällt aber, soweit Handlungen von Unternehmen gegenüber Verbrauchern betroffen sind, in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 der UGP-Richtlinie. Damit ist für die Anwendung der Vorschrift des § 43 Abs. 2 MessEG kein Raum, soweit sie Tatbestandsmerkmale – hier: das Merkmal der Bereitstellung auf dem Markt – vorsieht, die dem Tatbestand des Art. 6 der Richtlinie 2005/29/EG bzw. des § 5 UWG fremd sind. Soweit der Senat in der Entscheidung „Tiegelgröße“ eine Anspruchskonkurrenz zwischen § 5 UWG und § 3a UWG i.V.m. § 43 Abs. 2 MessEG angenommen hat, werde daran für das Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern nicht festgehalten. Die im Streitfall als irreführend beanstandete Werbung der Beklagten, eines Unternehmens, gegenüber Verbrauchern, war folglich allein nach § 5 UWG zu beurteilen³⁰. Der Senat führt aus, die angegriffene Handlung verstoße gegen § 5 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 UWG.

Im Rahmen der Prüfung einer Irreführung über die Menge nach § 5 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 UWG sind die für § 43 Abs. 2 MessEG geltenden Grundsätze zum Vortäuschen einer tatsächlich nicht bestehenden Füllmenge gleichermaßen anwendbar. Die Internetwerbung für die Waschgel-Tube führt mithin über die relative Füllmenge in die Irre, weil der Verbraucher erwartet, dass die Verpackung eines Produkts in der Weise in einem angemessenen Verhältnis zu der darin enthaltenen Füllmenge steht, dass das Produkt zu deutlich mehr als nur zu zwei Dritteln befüllt ist. Dies war nach den Feststellungen der Vorinstanzen nicht der Fall, ohne dass die Aufmachung der Verpackung das Vortäuschen einer größeren Füllmenge zuverlässig verhindert hätte. Diese Irreführung sei geeignet, eine geschäftliche

²⁹ a.a.O.- juris, Rn. 50 f.

³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 52 f.

Entscheidung des Verbrauchers in wettbewerblich relevanter Weise zu beeinflussen³¹.

Seite 14 von 47

b) „klimaneutral“ (§ 5 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 UWG)

In der Entscheidung „klimaneutral“³² hatte der beklagte Fruchtgummi-Hersteller mit der Aussage geworben „seit 2021 produziert K. alle Produkte klimaneutral“. Die Klägerin, ein qualifizierter Wirtschaftsverband, sah darin eine unlautere Handlung unter den Gesichtspunkten der Irreführung und des Vorenthaltens von für die geschäftliche Entscheidung wesentlichen Informationen. Der Bundesgerichtshof hat das für die Beklagte günstige Berufungsurteil aufgehoben und antragsgemäß zur Unterlassung der vorgenannten Werbeaussage wegen unzulässiger Irreführung i.S.v. § 5 Abs. 1 UWG verurteilt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind bei gesundheitsbezogener Werbung mit Blick auf das hohe Schutzgut der Gesundheit besonders strenge Anforderungen zu stellen³³. Diese für die gesundheitsbezogene Werbung maßgeblichen strengen Anforderungen an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Werbeaussage gelten regelmäßig auch für die Werbung mit Umweltschutzbegriffen und -zeichen³⁴. Aufgrund eines verstärkten Umweltbewusstseins werden vom Verkehr vielfach Waren und Leistungen bevorzugt, auf deren besondere Umweltverträglichkeit hingewiesen wird. Nicht selten bestehen allerdings Unklarheiten über Bedeutung und Inhalt der verwendeten Begriffe; überdies sind die beworbenen Produkte regelmäßig nicht insgesamt und nicht in jeder Beziehung, sondern meist nur in Teilbereichen mehr oder weniger umweltschonend. Aus diesen Umständen folgt, dass im Bereich der umweltbezogenen Werbung eine Irreführungsgefahr besonders groß ist und ein gesteigertes Aufklärungsbedürfnis der angesprochenen Verkehrskreise über Bedeutung und Inhalt der verwendeten Begriffe und Zeichen

³¹ a.a.O.- juris, Rn. 61

³² Urteil vom 27. Juni 2024 – [I ZR 98/23](#) – juris

³³ a.a.O. – juris, Rn. 23

³⁴ a.a.O. – juris, Rn. 24 unter Verweis auf Urteil vom 20. Oktober 1988 – I ZR 219/87 – Umweltengel – juris, Rn. 14

besteht. An die zur Vermeidung einer Irreführung erforderlichen aufklärenden Hinweise sind daher grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen, die sich im Einzelfall nach der Art des Produkts und dem Grad und Ausmaß seiner "Umweltfreundlichkeit" bestimmen. Fehlen die danach gebotenen aufklärenden Hinweise in der Werbung oder sind sie nicht deutlich sichtbar herausgestellt, besteht in besonders hohem Maße die Gefahr, dass bei den angesprochenen Verkehrskreisen irrige Vorstellungen über die Beschaffenheit der angebotenen Ware hervorgerufen werden und sie dadurch in ihrer Kaufentscheidung beeinflusst werden³⁵. Das Berufungsgericht habe hier nicht berücksichtigt, dass im Streitfall ein gesteigertes Aufklärungsbedürfnis der angesprochenen Verkehrskreise über Bedeutung und Inhalt des Begriffs "klimaneutral" besteht und an die zur Vermeidung einer Irreführung erforderlichen aufklärenden Hinweise strenge Anforderungen zu stellen sind. Das Berufungsgericht habe deshalb rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt, dass diese Anforderungen bei einer Werbung, die einen mehrdeutigen umweltbezogenen Begriff verwendet, regelmäßig nur dann erfüllt sein werden, wenn bereits in der Werbung selbst eindeutig und klar erläutert wird, welche konkrete Bedeutung maßgeblich ist. Eine solche Erläuterung sei im Streitfall insbesondere deshalb zur Aufklärung erforderlich, weil die Reduktion und die Kompensation von CO₂-Emissionen keine gleichwertigen Maßnahmen zur Herstellung von Klimaneutralität sind. Vielmehr gelte der Grundsatz des Vorrangs der Reduktion gegenüber der Kompensation³⁶. Die angegriffene Angabe sei daher mehrdeutig und umfasse, da die Beklagte in der Werbung selbst nicht eindeutig und klar die von ihr gemeinte konkrete Bedeutung einer bloßen Kompensation von CO₂ erklärt hat, nach der Verkehrsanschauung auch das Versprechen einer auf den Produktionsprozess bezogenen CO₂-Vermeidung. Diese Angabe entspreche nicht den Tatsachen, weil bei der Herstellung der Produkte der Beklagten unstreitig CO₂ entstehe³⁷.

³⁵ a.a.O. – juris, Rn. 25 f.

³⁶ a.a.O. – juris, Rn. 29.

³⁷ a.a.O. – juris, Rn. 40

c) „durchschnittliche Sternebewertung“ (§ 5a Abs. 1 UWG)

In der Entscheidung „durchschnittliche Sternebewertung“³⁸ bot die Beklagte auf ihrer Internetseite die Vermittlung von Immobilienverkäufern an Immobilienmakler an. Sie warb unter anderem damit, dass die Makler durch ihre Kunden im Durchschnitt mit 4,7 von 5 Sternen bewertet worden seien, ohne Angaben zur Gesamtzahl und zum Zeitraum der berücksichtigten Bewertungen oder zu deren Aufgliederung nach den einzelnen Sterneklassen zu machen. Die Vorinstanzen hatten die Beklagte verurteilt, es zu unterlassen, mit Kundenbewertungen unter Angabe einer durchschnittlichen Sternebewertung zu werben, ohne gleichzeitig die Gesamtzahl und den Zeitraum der berücksichtigten Kundenbewertungen zu nennen; der Antrag auf Unterlassung einer Werbung ohne Aufschlüsselung der Kundenbewertungen nach Sterneklassen war in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Die gegen diese Teilabweisung gerichtete Revision hatte keinen Erfolg.

Das Berufungsgericht ist nach Auffassung des I. Zivilsenats zutreffend davon ausgegangen, dass in der fehlenden Aufschlüsselung der in der Internetwerbung der Beklagten erwähnten Kundenbewertungen nach den einzelnen Sterneklassen keine nach § 5a Abs. 1 UWG unlautere und nach § 3 Abs. 1 UWG unzulässige geschäftliche Handlung zu sehen ist. Bei der von der Klägerin begehrten Aufschlüsselung der Kundenbewertungen nach den einzelnen Sterneklassen handele es sich – jedenfalls in der im Streitfall zu beurteilenden Konstellation – nicht um eine wesentliche Information i.S.v. § 5a Abs. 1 UWG³⁹. Zur Werbung mit Testsiegeln oder Prüfzeichen hat der Senat entschieden, dass regelmäßig ein erhebliches Interesse des Verbrauchers besteht zu erfahren, wie sich die Bewertung des Erzeugnisses in das Umfeld der anderen bei dem Test geprüften Produkte einfügt. Die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten geschäftlichen Entscheidung

³⁸ Urteil vom 25. Juli 2024 – [I ZR 143/23](#) - juris

³⁹ a.a.O. – juris, Rn. 12

wird spürbar beeinträchtigt, wenn er eine testbezogene Werbung nicht prüfen und insbesondere nicht in den Gesamtzusammenhang des Tests einordnen kann⁴⁰. Die dargestellte Senatsrechtsprechung ist, wie der Senat jetzt klarstellt, auf den Streitfall nur sehr eingeschränkt übertragbar. Die Beklagte hat mit der durchschnittlichen Sternebewertung von Immobilienmaklern (in ihrer Gesamtheit) durch Maklerkunden geworben. Daher besteht – anders als bei der Werbung mit einem Testsiegel oder Prüfzeichen – keine Situation, in der sich die bewerteten Dienstleistungen in das Umfeld anderer, durch dieselbe Stelle geprüfter Dienstleistungen einfügen. Auch stellt sich bei den Kundenbewertungen, die in der durchschnittlichen Sternebewertung zusammengefasst werden, nicht die Frage, anhand welcher (einheitlichen) Kriterien diese erfolgt sind. Vielmehr weiß der angesprochene Verbraucher nach der von der Revision hingenommenen und nicht zu beanstandenden Feststellung des Berufungsgerichts, dass den Kundenbewertungen weder ein einheitlicher Bewertungsmaßstab noch einheitliche Bewertungskriterien zugrunde liegen⁴¹. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wisse der angesprochene Verbraucher, dass einer durchschnittlichen Sternebewertung in aller Regel unterschiedlich gute und schlechte Bewertungen zugrunde liegen; er könne daher anhand der Gesamtzahl und des Zeitraums der berücksichtigten Bewertungen abschätzen, wie aussagekräftig die angegebene Durchschnittsbewertung ist und ob die Immobilienmakler im arithmetischen Mittel sehr positiv, positiv, neutral oder eher negativ bewertet werden⁴². Diese Feststellungen seien, so der Bundesgerichtshof, revi
sionsrechtlich nicht zu beanstanden.

⁴⁰ a.a.O. – juris, Rn. 21

⁴¹ a.a.O. – juris, Rn. 22

⁴² a.a.O. – juris, Rn. 25

d) EuGH-Vorlage: „Bequemer Kauf auf Rechnung“ (§ 5a; § 6 Abs. 1 Nr. 3 TMG)

Mit dem Beschluss „Bequemer Kauf auf Rechnung“⁴³ legt der I. Zivilsenat dem EuGH die Frage vor, ob die Werbung mit einer Zahlungsmodalität (hier: „bequemer Kauf auf Rechnung“) ein Angebot zur Verkaufsförderung i.S.v. Art. 6 Buchst. c) der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr darstellt. Nach § 5a Abs. 1 UWG handelt unlauter, wer unter näher bezeichneten Voraussetzungen einen Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer irreführt, indem er ihm eine wesentliche Information vorenthält. Gemäß § 5b Abs. 4 UWG gelten als wesentlich i.S.d. § 5a Abs. 1 UWG auch Informationen, die dem Verbraucher aufgrund unionsrechtlicher Verordnungen oder nach Rechtsvorschriften zur Umsetzung unionsrechtlicher Richtlinien für kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing nicht vorenthalten werden dürfen. Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, auf dessen Grundlage § 5b Abs. 4 UWG erlassen wurden, bestimmt, dass die im Unionsrecht festgelegten Informationsanforderungen in Bezug auf kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung oder Marketing, auf die in der (nicht erschöpfenden) Liste des Anhangs II der Richtlinie verwiesen wird, als wesentlich gelten. In der Liste des Anhangs II der Richtlinie 2005/29/EG wird auf Art. 6 der Richtlinie 2000/31/EG verwiesen, der durch § 6 Abs. 1 TMG ins deutsche Recht umgesetzt wird⁴⁴.

Im Streitfall komme, so der Senat, in Betracht, dass die Beklagte gegen die in § 6 Abs. 1 Nr. 3 TMG geregelte Informationspflicht verstoßen hat. Nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 TMG haben Diensteanbieter bei kommerziellen Kommunikationen, die Telemedien oder Bestandteile von Telemedien sind, die folgenden Voraussetzungen zu beachten: Angebote zur Verkaufsförderung wie Preisnachlässe, Zugaben und Geschenke müssen klar als solche erkennbar sein, und die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme müssen

⁴³ Beschluss vom 21. Dezember 2023 – [I ZR 14/23](#) – juris

⁴⁴ a.a.O. – juris, Rn. 16.

leicht zugänglich sein sowie klar und unzweideutig angegeben werden. Diese Vorschrift dient der Umsetzung von Art. 6 Buchst. c) der Richtlinie 2000/31/EG und bedarf daher der richtlinienkonformen Auslegung. Nach Art. 6 Buchst. c) der Richtlinie 2000/31/EG stellen die Mitgliedstaaten zusätzlich zu den sonstigen Informationsanforderungen nach dem Gemeinschaftsrecht sicher, dass kommerzielle Kommunikationen, die Bestandteil eines Dienstes der Informationsgesellschaft sind oder einen solchen Dienst darstellen, zumindest folgende Bedingungen erfüllen: Soweit Angebote zur Verkaufsförderung wie Preisnachlässe, Zugaben und Geschenke im Mitgliedstaat der Niederlassung des Diensteanbieters zulässig sind, müssen sie klar als solche erkennbar sein, und die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme müssen leicht zugänglich sein sowie klar und unzweideutig angegeben werden. Es ist aus Sicht des I. Zivilsenats klärungsbedürftig, ob die beanstandete Angabe, mit der die Möglichkeit eines "bequemen Kaufs auf Rechnung" beworben wird, unter den Begriff der Angebote zur Verkaufsförderung i.S.d. Art. 6 Buchst. c) der Richtlinie 2000/31/EG fällt⁴⁵. Sofern die beanstandete Angabe ein Angebot zur Verkaufsförderung i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 3 TMG darstellt, bestünden die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung und Abmahnkostenersatz, weil die Beklagte die in dieser Vorschrift vorgesehene Information über die Bedingungen für die Inanspruchnahme des Verkaufsförderungsangebots mangels Angabe darüber, dass die beworbene Möglichkeit des Kaufs auf Rechnung von einer vorherigen Prüfung der Kreditwürdigkeit abhängt, unterlassen hatte⁴⁶.

6. Vergleichende Werbung
(entfällt)

7. Unzumutbare Belästigung
(entfällt)

⁴⁵ a.a.O. – juris, Rn. 22

⁴⁶ a.a.O. – juris, Rn. 32

8. Rechtsfolgen: „Verwarnung aus Kennzeichenrecht III“ (§§ 195, 823 Abs. 1 BGB; §§ 4 Nr. 4 UWG)

Mit dem Verhältnis der Verjährungsfristen aus deliktischen und lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen beschäftigt sich das Urteil „Verwarnung aus Kennzeichenrecht III“⁴⁷.

Eine Verwarnung, mit welcher der Rechtsinhaber der Verletzung seines gewerblichen Schutzrechts entgegenwirkt, ist als solche grundsätzlich nicht zu beanstanden. Schutzrechtsverwarnungen können zu beanstanden sein, wenn sie sich mangels eines besonderen Rechts oder wegen Fehlens einer Rechtsverletzung als unbegründet erweisen, oder wenn sie wegen ihres sonstigen Inhalts oder ihrer Form nach als unzulässig zu beurteilen sind. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass die unberechtigte Verwarnung aus einem gewerblichen Schutzrecht unter dem Gesichtspunkt eines rechtswidrigen und schuldhaften Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zum Schadensersatz verpflichtet kann (§ 823 Abs. 1 BGB). Dabei ist ein Ausgleich vorzunehmen zwischen dem durch Art. 14 GG verfassungsrechtlich geschützten Interesse des Schutzrechtsinhabers, sein Recht geltend machen zu können, und dem gleichfalls durch das Grundgesetz geschützten Interesse des Wettbewerbs, sich außerhalb des Schutzbereichs bestehender Rechte unter Beachtung der Gesetze frei entfalten zu können. Das wird besonders deutlich bei einer Verwarnung von Abnehmern. Bei dieser macht der Schutzrechtsinhaber sein vermeintlich verletztes Recht nicht gegenüber dem unmittelbaren Mitbewerber, sondern – was ihm grundsätzlich freisteht – gegenüber dessen Abnehmern geltend. Das Interesse der Abnehmer, sich sachlich mit dem Schutzrechtsinhaber auseinanderzusetzen, ist typischerweise erheblich geringer als das entsprechende Interesse des mit dem Schutzrechtsinhaber konkurrierenden Herstellers⁴⁸.

⁴⁷ Urteil vom 29. Mai 2024 – [I ZR 145/23](#) - juris

⁴⁸ a.a.O. – juris, Rn. 23 f.

Verwarnungen können nach der Senatsrechtsprechung außerdem, ungeachtet der Frage, ob ein Eingriff in ein bestandskräftiges Schutzrecht gegeben oder zu befürchten ist, aufgrund der Wertungen des Wettbewerbsrechts als unlautere Behinderung von Mitbewerbern (§ 3 Abs. 1, § 4 Nr. 4 UWG) als unzulässig zu beurteilen sein⁴⁹.

Umstritten war bisher, ob auf Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen einer unberechtigten Schutzrechtsverwarnung die kurze Verjährung gemäß § 11 UWG anzuwenden ist, wenn das Verhalten des Verwarnenden zugleich einen wettbewerbsrechtlichen Anspruch begründet. Der Senat entscheidet diese Streitfrage dahin, dass für Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen einer unberechtigten Schutzrechtsverwarnung die kurze Verjährungsfrist des § 11 UWG und nicht die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB gilt, wenn – wie im Streitfall – das Verhalten des Verwarnenden zugleich einen wettbewerbsrechtlichen Anspruch begründet⁵⁰.

Bei der Abnehmerschutzrechtsverwarnung geht der Wettbewerbsverstoß regelmäßig mit dem Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Herstellers einher. Die Verwarnung kann dazu führen und dient regelmäßig dazu, dass die verwarnten Abnehmer auf die Produkte des verwarnenden Schutzrechtsinhabers statt derjenigen des durch die Abnehmerschutzrechtsverwarnung in seinem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betroffenen Mitbewerbers zurückgreifen. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb hat als Auffangtatbestand weiterhin einen lückenausfüllenden Charakter, auch wenn der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB nicht durch den wettbewerbsrechtlichen Anspruch verdrängt wird. Der Schwerpunkt der Abnehmerschutzrechtsverwarnung liegt damit nicht außerhalb des Lauterkeitsrechts. Für Ansprüche im Verhältnis von Wettbewerbern hat sich der Gesetzgeber jedoch mit § 11 UWG unter anderem deshalb für eine kurze Verjährungsfrist entschieden, weil dort ein Bedürfnis besteht, wegen der Schwierigkeiten der tatsächlichen

⁴⁹ a.a.O. – juris, Rn. 26

⁵⁰ a.a.O. – juris, Rn. 110 f.

Feststellbarkeit Wettbewerbsstreitigkeiten möglichst bald zum Austrag zu bringen⁵¹.

Seite 22 von 47

9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales

a) Ordnungsmittelverfahren (§ 890 ZPO)

Im Ordnungsmittelverfahren nach Erlass einer einstweiligen Verfügung kann sich die Frage stellen, ob die Prozessführungsbefugnis eines eingetragenen Vereins gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 UWG auch bei der anschließenden Durchsetzung des titulierten Unterlassungsanspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung vorliegen muss. Mit dieser Frage beschäftigt sich der Bundesgerichtshof im Beschluss vom 21. Dezember 2023⁵².

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht der Antragsbefugnis des Vereins als Gläubiger im Ordnungsmittelverfahren nicht entgegen, dass dieser – anders als noch im Erkenntnisverfahren auf Grundlage des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG in der bis zum 01. Dezember 2021 geltenden Fassung angenommen – gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG in der durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs vom 26. November 2020 geänderten und seit dem 01. Dezember 2021 geltenden Fassung (BGBl. I S. 2568, 2574; UWG) nicht mehr klagebefugt wäre, weil er nicht in die Liste der qualifizierten Wirtschaftsverbände nach § 8b UWG eingetragen ist⁵³. Die Bestimmung des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG regelt nicht nur die sachlich-rechtliche Anspruchsberechtigung, sondern auch die prozessuale Klagebefugnis für die Geltendmachung von Beseitigungs- und (bei Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr) Unterlassungsansprüchen nach § 8 Abs. 1 UWG im Erkenntnisverfahren. Ein Wegfall dieser Prozessführungsbefugnis durch die Neuregelung in § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG n.F. kann einer Festsetzung von Ordnungsmitteln im Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 890 Abs. 1 Satz 1 ZPO, für das es gemäß § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf die Parteistellung im

⁵¹ a.a.O. – juris, Rn. 112.

⁵² Beschluss vom 21. Dezember 2023 – [I ZB 42/23](#) – juris.

⁵³ a.a.O. – juris, Rn. 11 f.

Titel (oder der Klausel) ankommt, nicht entgegengehalten werden. Dem steht nicht die Intention des Gesetzgebers entgegen, mit der Neufassung des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG einer missbräuchlichen Anspruchsverfolgung entgegenzuwirken. Ein Missbrauch kann in erster Linie auf der Ebene der prozessualen Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs durch die Einschränkung der Prozessführungsbefugnis wirksam verhindert werden. Für eine Übertragung dieser Einschränkung in das formalisierte Zwangsvollstreckungsverfahren, das sich an der Parteistellung im zu vollstreckenden Titel orientiert, besteht kein Bedürfnis⁵⁴.

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

In der Entscheidung „Eindrehpapier“⁵⁵ beschäftigt sich der I. Zivilsenat mit der Reichweite der Klagebefugnis von Wirtschaftsverbänden gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG in der bis zum 30. November 2020 geltenden Fassung bei der Durchsetzung von Mitbewerberansprüchen nach § 4 UWG. Der Senat stellt klar, dass die Vorschrift des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG nicht dahingehend teleologisch zu reduzieren ist, dass allein die in ihrem individuellen Schutzinteresse betroffenen Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) zur Geltendmachung von Ansprüchen wegen einer (möglichen) Anschwärtzung gemäß § 4 Nr. 2 UWG befugt sind. Eine kollektive Anspruchsdurchsetzung durch Wirtschaftsverbände im Sinn des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG ist vielmehr dann zulässig, wenn sich diese nicht lediglich gegen einen individualisierten Mitbewerber, sondern gegen eine Mehrheit von Mitbewerbern richtet, und zumindest einer der betroffenen Mitbewerber Mitglied des klagenden Verbands ist. Zum Tatbestand der gezielten Behinderung von Mitbewerbern nach § 4 Nr. 4 UWG hat der Senat entschieden, dass es den einzelnen Mitbewerbern, die von einer möglichen Behinderung betroffen werden, überlassen bleiben muss, ob sie diese hinnehmen wollen oder nicht. Der Begriff des Mitbewerbers gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG ist insoweit teleologisch zu reduzieren. Entsprechendes gilt für den Anschwärtzungstatbestand nach

⁵⁴ a.a.O. – juris, Rn. 18 f.

⁵⁵ Urteil vom 23. Januar 2024 – [I ZR 147/22](#) – juris; an dem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

§ 4 Nr. 2 UWG, für Ansprüche aus wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz nach § 4 Nr. 3 UWG und für Verstöße gegen den Behinderungstatbestand des § 4 Nr. 4 UWG⁵⁶. Richtet sich die (mögliche) Anschwärtzung allerdings nicht lediglich gegen einen individualisierten Mitbewerber, sondern gegen eine Mehrheit von Mitbewerbern, liegt es nicht mehr in der Hand eines Einzelnen, ob er sie hinnimmt oder nicht. In diesem Fall ist es gerechtfertigt, dass neben allen einzelnen betroffenen Mitbewerbern auch ein Verband, dem ein solcher Mitbewerber angehört, prozessual dagegen vorgehen kann. Eine teleologische Reduktion des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG ist insoweit nicht angezeigt. Dies folgt nicht zuletzt daraus, dass der Tatbestand der Anschwärtzung nach § 4 Nr. 2 UWG zwar vorrangig den betroffenen Mitbewerber vor unwahren geschäftsschädigenden Äußerungen bewahren soll, aber – zumindest mittelbar – auch das Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb schützt⁵⁷.

Weiter befasst sich der Senat in dieser Entscheidung mit der Frage, ob bei angegriffenen anschwärtzenden Aussagen in einem online verfügbaren Video in englischer Sprache ein Unterlassungsanspruch in deutscher Sprache zugesprochen werden kann. Das Berufungsgericht hatte festgestellt, dass die angesprochenen Verkehrskreise überwiegend Personen sind, deren Muttersprache deutsch ist und die die englische Sprache als Fremdsprache erlernt haben; dieser Adressatenkreis nehme den Inhalt der streitgegenständlichen (englisch-sprachigen) Aussagen zumindest sinngemäß wahr. Auf der Grundlage dieser Würdigung hatte das Berufungsgericht einen Anspruch auf Unterlassung der streitgegenständlichen Äußerungen auch in deutscher Sprache zugesprochen. Diese Würdigung hat der Bundesgerichtshof nicht beanstandet. Nach der Rechtsprechung des Senats können Ansprüche auf Unterlassung über die konkrete Verletzungshandlung hinaus gegeben sein, soweit in der erweiterten Form das Charakteristische der Verletzungshandlung noch zum Ausdruck kommt. Ausgehend

⁵⁶ a.a.O. – juris, Rn. 23 f., jeweils m.w.N. zur Rspr.

⁵⁷ a.a.O. – juris, Rn. 26 f.

davon unterliegt es keinen revisionsrechtlichen Bedenken, dass das Berufungsgericht das Charakteristische der streitgegenständlichen Äußerung, die nach den getroffenen Feststellungen bestimmungsgemäß auch an den deutschen Markt gerichtet war, nicht in der verwendeten Sprache, sondern in ihrem Inhalt gesehen, und eine Wiederholung der Äußerung in deutscher Sprache als eine aus Sicht der angesprochenen inländischen Verkehrskreise im Kern gleichartige Verletzungshandlungen eingestuft hat⁵⁸.

c) „Vielfachabmahner II“ (§ 242 BGB, § 8c UWG)

In seiner Entscheidung „Vielfachabmahner II“⁵⁹ bekräftigt der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung, wonach der Geltendmachung einer Vertragsstrafe wegen Verstoßes gegen die Unterlassungspflicht aus einem aufgrund einer missbräuchlichen Abmahnung geschlossenen Unterlassungsvertrag der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenstehen kann⁶⁰. Die Frage, ob die Geltendmachung der auf einer Unterlassungsvereinbarung beruhenden Vertragsstrafe rechtsmissbräuchlich ist, beurteilt sich aufgrund des auf Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nach § 8 Abs. 1 UWG beschränkten Anwendungsbereichs des § 8c Abs. 1 UWG nach den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Die Umstände, die im Rahmen des § 8c Abs. 1 UWG einen Rechtsmissbrauch begründen, können auch im Rahmen der Prüfung des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB herangezogen werden⁶¹.

Ein Indiz für rechtsmissbräuchliches Vorgehen stellt es dar, wenn bei wettbewerbsrechtlich zweifelhafter Beurteilung in großer Zahl Abmahnungen ausgesprochen werden, ohne dass bei Ausbleiben einer Unterwerfung eine gerichtliche Klärung herbeigeführt wird. Dadurch kann sich der Verdacht

⁵⁸ a.a.O. – juris, Rn. 50 f.

⁵⁹ Urteil vom 07. März 2024 – [I ZR 83/23](#) - juris

⁶⁰ a.a.O. – juris, Rn. 7 unter Verweis auf Urteil vom 14. Februar 2019 – [I ZR 6/17](#) – Kündigung der Unterlassungsvereinbarung – juris, Rn. 33 f.

⁶¹ a.a.O.- juris, Rn. 8

aufdrängen, die Abmahn­tätigkeit werde in erster Linie dazu eingesetzt, Ansprüche auf Aufwendungsersatz und ggf. Vertragsstrafeansprüche entstehen zu lassen. Allerdings können in gewissen, den Verbandszweck nicht außer Acht lassenden Grenzen Überlegungen, Kostenrisiken des Vorgehens gegen Wettbewerbsverstöße vorsichtig abzuschätzen und möglichst begrenzt zu halten, sachgerecht sein. Entscheidend ist, ob solche Überlegungen und Verhaltensweisen als dem Vereinszweck der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs dienlich und diesem untergeordnet angesehen werden können oder ob sie so bestimmend in den Vordergrund treten, dass der angebliche Vereinszweck als vorgeschobenes Mittel zur Verwirklichung der Einnahmeerzielung angesehen werden muss⁶².

Grundsätzlich ist es Sache des Beklagten, Tatsachen für das Vorliegen eines Missbrauchs darzulegen und dafür Beweis anzubieten. Dies gilt auch für das Vorgehen eines Verbands, für den die Vermutung spricht, seinen satzungsmäßigen Zwecken nachzugehen. Ist diese Vermutung allerdings durch entsprechenden Tatsachenvortrag erschüttert, so muss der Kläger substantiiert die Gründe darlegen, die gegen einen Missbrauch sprechen⁶³.

10. Sonstiges (entfällt)

II. Kartellrecht

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

⁶² a.a.O. – juris, Rn. 10 f.

⁶³ a.a.O. – juris, Rn. 12

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

3. Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung (§ 19a GWB): „Amazon“

In seinem Beschluss „Amazon“ vom 23. April 2024⁶⁴ befasst sich der Kartellsenat erstmals mit dem durch die 10. GWB-Novelle eingefügten Begriff der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb i.S.v. § 19a Abs. 1 GWB. Mit Beschluss vom 05. Juli 2022 hatte das Bundeskartellamt gegenüber der Konzernobergesellschaft des Amazon-Konzern einschließlich aller mit ihr verbundenen Unternehmen festgestellt, dass diesen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb i.S.v. § 19a Abs. 1 GWB zukomme, und sogleich diese Feststellung gemäß Satz 3 der Bestimmung auf fünf Jahre nach Eintritt der Bestandskraft befristet.

a) Voraussetzungen des § 19a Abs. 1 GWB

Der angefochtene Beschluss sei, so der Bundesgerichtshof, materiell rechtmäßig, insbesondere ermessensfehlerfrei ergangen⁶⁵. Der Kartellsenat stellt zunächst fest, dass Amazon auf mehrseitigen Märkten gemäß § 18 Abs. 3a GWB tätig ist. Ein mehrseitiger Markt oder der damit synonym verwendete Begriff der Plattform ist ein Markt, auf dem mindestens zwei unterschiedliche Nutzergruppen zusammenkommen. Dadurch entstehen (positive) indirekte Netzwerkeffekte, wenn sich für jede Nutzergruppe ein Zusatznutzen dadurch ergibt, dass die Zahl der Nutzer der anderen Nutzergruppe steigt. Indirekte Netzwerkeffekte können mit der zunehmenden Größe einer Plattform wachsen und sich verstärken. Der Betrieb einer Vermittlungsplattform gemäß § 18 Abs. 3b GWB, auf der der Intermediär auch als Nutzer und mithin in einer Doppelrolle tätig ist, ist eine Tätigkeit "auf"

⁶⁴ Beschluss vom 23. April 2024 – [KVB 56/22](#) – juris.

⁶⁵a.a.O. – juris, Rn. 33 ff.

mehrseitigen Märkten. Der Gesetzgeber wollte mit § 19a GWB gerade auch die Gefahren für den Wettbewerb adressieren, die sich aus einer außerordentlich starken Stellung des Intermediärs ergeben⁶⁶. Amazon betreibt Amazon Marketplace und damit eine Plattform, auf der Dritthändler und Endkunden zusammenkommen. Je mehr Endkunden Amazon Store – auch wegen der hybriden Verknüpfung mit dem dort ebenfalls von Amazon betriebenen Einzelhandelsgeschäft – aufsuchen, desto attraktiver werde es für Dritthändler, ihre Produkte über Amazon Marketplace anzubieten, und dafür eine Grundgebühr und Umsatzprovisionen an Amazon zu zahlen. Amazon vermittele zudem – auch in Deutschland – Versandaufträge zwischen der Nutzergruppe der dritten Online-Händler und der Nutzergruppe der Versanddienstleister (Buy Shipping) und Werbeflächen zwischen Anbietern von Werbeflächen und Werbekunden (Amazon Advertising)⁶⁷. Die Tätigkeit von Amazon auf mehrseitigen Märkten weise einen erheblichen Umfang i.S.v. § 19a Abs. 1 Satz 1 GWB auf. Das Kriterium der Erheblichkeit soll sicherstellen, dass von der Vorschrift keine Unternehmen erfasst werden, bei denen die Tätigkeit als Plattform oder Netzwerk im Vergleich zu ihrer sonstigen Tätigkeit nur eine vollkommen untergeordnete Rolle spielt, oder die auf den betreffenden Märkten im Vergleich zu ihren Wettbewerbern nur eine untergeordnete Bedeutung haben. Nach diesen Maßgaben habe das Bundeskartellamt zutreffend angenommen, dass die Tätigkeit von Amazon auf mehrseitigen Märkten sowohl bezogen auf die erzielten Umsätze als auch bezogen auf die aktiven Endnutzer und aktiven gewerblichen Nutzer von Amazon Marketplace weltweit und in Deutschland einen erheblichen Umfang aufweist⁶⁸.

Wie das Bundeskartellamt zu Recht festgestellt habe, komme Amazon auch eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb i.S.v. § 19a Abs. 1 Satz 1 GWB zu. Die Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung gemäß § 19a Abs. 1 GWB setzt nicht voraus,

⁶⁶a.a.O. – juris, Rn. 35.

⁶⁷ juris, Rn. 36.

⁶⁸ juris, Rn. 38 f.

dass die Tätigkeit des betroffenen Unternehmens eine konkrete Gefahr für den Wettbewerb begründet oder ihn bereits beeinträchtigt⁶⁹. Bei der zweistufig aufgebauten Vorschrift des § 19a GWB ist eine (konkrete) Wettbewerbsgefahr oder Wettbewerbsbeeinträchtigung erst für Verfügungen nach dessen Absatz 2 erforderlich. Diese setzen grundsätzlich eine Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr voraus, wenn nicht unter Berücksichtigung der Besonderheiten der digitalen Wirtschaft ein früheres Eingreifen erforderlich erscheint. Dagegen reicht für die Feststellung nach § 19a Abs. 1 GWB das Vorliegen der strategischen und wettbewerblchen Möglichkeiten eines Unternehmens mit überragender marktübergreifender Bedeutung, deren abstraktes Gefährdungspotential durch die Vorschrift adressiert wird. Einer Verfügung nach § 19a Abs. 1 GWB kommt vor diesem Hintergrund die Funktion zu, rechtsbeständig diejenigen Unternehmen zu benennen, die die von der Vorschrift adressierten strukturellen und wettbewerblchen Möglichkeiten und mithin die vom Gesetzgeber erkannten erheblichen Gefährdungspotentiale aufweisen, damit sodann bei tatsächlich eintretenden Wettbewerbsgefahren oder -beeinträchtigungen durch Verfügungen nach § 19a Abs. 2 GWB schneller eingegriffen werden kann⁷⁰.

Die Anwendbarkeit von § 19a Abs. 1 GWB wird auch nicht grundsätzlich dadurch in Frage gestellt, dass Endkunden und Dritthändler andere Online-Marktplätze sowie Dritthändler andere Vertriebskanäle und Endkunden andere Einkaufsmöglichkeiten nutzen (können)⁷¹.

Der – von § 19a GWB nicht verwendete, aber seiner Ratio zugrundeliegende – Begriff des digitalen Ökosystems umfasst sowohl Multi-Produkt-Ökosysteme als auch Multi-Akteur-Ökosysteme. Dabei wird unter einem Multi-Produkt-Ökosystem ein System verstanden, dessen Produkte in hohem Maße oder stark komplementär sind, dessen Betreiber die Interoperabilität zwischen den Produkten kontrolliert und bei dem die Substitution

⁶⁹ juris, Rn. 43.

⁷⁰ juris, Rn. 48.

⁷¹ juris, Rn. 50.

eines Produkts aus diesem Ökosystem durch ein Produkt außerhalb des Systems hohe Wechselkosten verursacht. Ein Multi-Akteur-Ökosystem ist demgegenüber ein Plattformdienst, der durch eine Doppelrolle des Plattformdienstbetreibers gekennzeichnet ist. Amazon sei in diesem Zusammenhang als Betreiber eines digitalen Ökosystems einzuordnen. Die eingenommene Doppelrolle erlaube dem Plattformbetreiber umfassenden und ausschließlichen Zugang zu den Daten sowohl der Endkunden als auch seiner Wettbewerber auf Anbieterseite und führe zu erheblichen Rückkopplungseffekten, die sich umso mehr verstärken, je mehr die Zahl der Nutzer steigt⁷². Die mit der Nutzung eines Online-Marktplatzes nicht vergleichbaren Vertriebs- und Einkaufsmöglichkeiten seien daher nicht geeignet, die Amazon zukommende Gatekeeper-Stellung entfallen zu lassen. Hieran gemessen habe das Bundeskartellamt zu Recht und ermessensfehlerfrei angenommen, dass Amazon eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb i.S.d. § 19a Abs. 1 GWB zukomme.

§ 19a Abs. 1 GWB setzt nicht voraus, dass der Normadressat von Leistungen anderer Unternehmen (vollständig) unabhängig ist. Es ist daher unerheblich, dass Amazon nach wie vor auf andere Transportdienstleister angewiesen ist und diese Transportdienstleister auch andere Kunden haben. Maßgeblich ist vielmehr, dass Amazon seit etwa 2010 in der Lage war, in Deutschland eine eigene Logistikinfrastruktur aufzubauen, die mittlerweile den größten Teil des eigenen Geschäfts abdeckt, kontinuierlich wächst und den Versanddienstleistern erhebliche Konkurrenz macht⁷³.

in § 19a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB verwendete Begriff der Finanzkraft umfasst die Gesamtheit der finanziellen Mittel und Möglichkeiten eines Unternehmens. Das in beiden Vorschriften gleichlautende und im Ausgangspunkt gleich auszulegende Kriterium hat allerdings wegen der unterschiedlichen Normzwecke der §§ 19, 18 Abs. 1, Abs. 3, Abs. 3a und Abs. 3b GWB einerseits und § 19a GWB andererseits bei der Anwendung

⁷² juris, Rn. 53.

⁷³ juris, Rn. 72.

dieser Vorschriften jeweils eine eigenständige Bedeutung. § 19a GWB soll – wie ausgeführt – nach Sinn und Zweck die Unternehmen erfassen, die über Größen- und Ressourcenvorteile und eine zentrale strategische Positionierung verfügen, die ihnen erlauben, erheblichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter zu nehmen sowie die eigene Geschäftstätigkeit in immer neue Märkte und Sektoren auszuweiten. Aufgrund der notwendigen marktübergreifenden Betrachtung ist schon aus Rechtsgründen entgegen dem von den Beschwerdeführerinnen vorgelegten ökonomischen Gutachten nicht erforderlich, dass es (gar) keine Wettbewerber (mehr) gibt, deren Finanzkraft ihnen den Versuch erlauben würde, mit dem Normadressaten auf bestimmten (Teil-) Märkten in Wettbewerb zu treten⁷⁴.

So verhalte es sich auch mit dem in § 19a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4, § 18 Abs. 3 Nr. 3 und § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB verwendeten und im GWB nicht definierten Begriff der wettbewerbsrelevanten Daten, der im Ausgangspunkt in allen genannten Vorschriften gleich auszulegen sei. Das Kriterium des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten gewinnt wegen der unterschiedlichen weiteren Voraussetzungen von §§ 19, 18 Abs. 1, Abs. 3, Abs. 3a und Abs. 3b GWB einerseits und § 19a GWB andererseits bei der Anwendung dieser Vorschriften jeweils eine eigenständige Bedeutung. Bei der Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung gemäß § 19a Abs. 1 GWB sind dabei alle Möglichkeiten des Datenzugangs relevant, die einem Unternehmen auf allen seinen Tätigkeitsfeldern zur Verfügung stehen, sowie die (marktübergreifenden) Größen- und Ressourcenvorteile, die ihm dadurch erwachsen können⁷⁵. Die erhebliche Wettbewerbsrelevanz der von Amazon erhobenen und verarbeiteten Daten ergebe sich daraus, dass Amazon Zugriff auf eine außerordentlich große Menge von Daten hat, die sich aus vielen verschiedenen Datenquellen speisen, eine Vielzahl an Datenarten abdecken und auch im Hinblick auf Genauigkeit, Vollständigkeit

⁷⁴ juris, Rn. 77.

⁷⁵ juris, Rn. 84.

und Konsistenz, mithin Verlässlichkeit und Aussagekraft (sogenannte "Datenwahrhaftigkeit"), von hoher Qualität sind⁷⁶. Amazon habe aufgrund der Größen- und Ressourcenvorteile des Konzerns und der Vielfalt seiner Geschäftstätigkeiten Zugang zu einer überragenden Menge von Daten aus den verschiedensten Geschäftsfeldern, die miteinander kombiniert, ausgewertet und marktübergreifend genutzt werden können. Entsprechende Möglichkeiten stünden Wettbewerbern, die nicht in vergleichbarem Maße vertikal integriert sind und deren Geschäftstätigkeiten keine vergleichbare Breite erreichen, nicht zur Verfügung⁷⁷.

Zutreffend habe das Bundeskartellamt auch angenommen, die Tätigkeit von Amazon habe erhebliche Bedeutung für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten und erheblichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter i.S.v. § 19a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 GWB. Dieses Kriterium des § 19a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 GWB nimmt – ebenso wie § 18a Abs. 3b GWB – die Abhängigkeit der Geschäftspartner des Normadressaten in den Blick. Ihm kommt im Hinblick auf den Sinn und Zweck des § 19a GWB, eine besondere Missbrauchsaufsicht über den kleinen Kreis von Unternehmen zu gewährleisten, deren Ressourcen und strategische Positionierung es ihnen ermöglichen, erheblichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter zu nehmen, besondere Bedeutung zu. Die Intermediärs- und Regelsetzungsmacht kann bemessen werden nach der Anzahl und wirtschaftlichen Relevanz der vermittelten Geschäfte, insbesondere ihrem Anteil am Gesamtvolumen und der den Geschäftspartnern zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, stattdessen vergleichbare Dienste zu nutzen⁷⁸.

b) Gesamtbetrachtung

Das Bundeskartellamt habe schließlich auf der Grundlage der dafür erforderlichen Gesamtbetrachtung zutreffend angenommen, dass Amazon über

⁷⁶ juris, Rn. 91.

⁷⁷ juris, Rn. 97.

⁷⁸ juris, Rn. 100.

eine marktbeherrschende Stellung (§ 18 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3, Abs. 3a und Abs. 3b GWB) auf dem räumlich auf Deutschland begrenzten Markt für Online-Marktplatzdienstleistungen für gewerbliche Händler verfügt und damit auch das Kriterium des § 19a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB erfüllt ist. Zutreffend habe das Bundeskartellamt als sachlich relevanten Markt den Markt für Online-Marktplatzdienstleistungen für gewerbliche Händler zugrunde gelegt⁷⁹. Nicht austauschbar mit diesem Leistungsangebot nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preis sei aus der (objektiven) Sicht der gewerblichen Händler der stationäre Vertrieb, mit dem Kunden nur bis etwa 30 km um das Ladengeschäft herum erreicht werden können⁸⁰. Der räumlich relevante Markt sei national abzugrenzen, da der Schwerpunkt der Leistungserbringung von Betreibern von Online-Marktplätzen weit überwiegend auf der Vermittlung von Transaktionen in dem Land liegt, auf das ihre Tätigkeit ausgerichtet ist. Endkunden kaufen aus sprachlichen Gründen und wegen der unterschiedlichen Nutzergewohnheiten und Bedarfe vorrangig bei Online-Marktplätzen ein, die eine länderspezifische Domain aufweisen und auf ihr Land ausgerichtet sind⁸¹. Zutreffend habe das Bundeskartellamt auf der Grundlage der erforderlichen Gesamtbetrachtung angenommen, dass Amazon auf dem so abgegrenzten nationalen Markt für die Erbringung von Online-Marktplatzdienstleistungen für gewerbliche Händler nach § 18 Abs. 1, Abs. 3, Abs. 3a und Abs. 3b GWB marktbeherrschend ist⁸².

Im Ergebnis habe das Bundeskartellamt die Feststellung nach § 19a Abs. 1 Satz 1 GWB in Bezug auf Amazon aufgrund der von ihm vorgenommenen Gesamtwürdigung zu Recht und ermessensfehlerfrei getroffen. Die nach § 19a Abs. 1 Satz 2 GWB relevanten Kriterien begründeten sämtlich die überragende marktübergreifende Bedeutung von Amazon für den Wettbewerb. Die Struktur des Konzerns und seiner weltweit entfalteten geschäftlichen Aktivitäten trage dazu erheblich bei. Amazon habe als eines der weltweit größten, umsatzstärksten und profitabelsten Unternehmen aufgrund

⁷⁹ juris, Rn. 112 f.

⁸⁰ juris, Rn. 117.

⁸¹ juris, Rn. 134.

⁸² juris, Rn. 139.

seiner weltweiten und vielfältig miteinander verbundenen Geschäftstätigkeiten, seiner erheblichen Bedeutung für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten und seines erheblichen Einflusses auf die Geschäftstätigkeit Dritter, seines weltweiten und überragenden Datenzugangs, seiner überragenden Finanzkraft und sonstigen Ressourcen sowie seiner marktbeherrschenden Stellung auf dem deutschen Markt für Online-Marktplatzdienste Größen- und Ressourcenvorteile, die ihm die von § 19a GWB adressierten wettbewerblichen und strategischen Möglichkeiten eröffnen. Das gelte (sogar) dann, wenn man nicht von einer marktbeherrschenden Stellung Amazons ausgehen wollte, da Amazon jedenfalls über eine außerordentlich starke Marktposition auf dem nationalen Markt für Online-Marktplatzdienste verfügt. Diese reiche in der Zusammenschau mit den Merkmalen nach § 19a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 bis Nr. 5 GWB aus, um die überragende marktübergreifende Bedeutung Amazons zu begründen. Entgegen den Beschwerdeführerinnen war eine weitergehende Analyse der (weltweit) betroffenen Märkte aus Rechtsgründen nicht erforderlich⁸³.

c) Verwaltungsakt mit Dauerwirkung

Die Feststellung nach § 19a Abs. 1 Satz 1 GWB stellt einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung dar, für dessen Rechtmäßigkeit es auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommt. Das Beschwerdegericht ist jedoch auch bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung zu weiteren Ermittlungen über die Entwicklung nach Erlass der angefochtenen Verfügung nur dann verpflichtet, wenn sich aus dem Vortrag der Beteiligten hinreichende Anhaltspunkte für eine entscheidungserhebliche Veränderung ergeben oder wenn sich aus dem sonstigen Sachverhalt Hinweise auf eine derartige Änderung der Tatsachengrundlage der angefochtenen Entscheidung aufdrängen. Das sei hier nicht der Fall⁸⁴. Die gemäß § 19a Abs. 1 Satz 3 GWB erfolgte Befristung der Feststellungsverfügung auf fünf Jahre nach Rechtskraft sei sowohl materiell als auch verfahrensrechtlich fehlerfrei erfolgt. Die

⁸³ juris, Rn. 147 f.

⁸⁴ juris, Rn. 152 f.

Befristung des § 19a Abs. 1 Satz 3 GWB verstößt auch nicht deshalb gegen den durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Zugang zu den Gerichten, weil die Möglichkeit, dass sich im Falle eines erfolglosen Rechtsmittels der Zeitraum der Befristung verlängert, für die Betroffenen einen Anreiz setzen könnte, von der Einlegung einer Beschwerde gegen die Feststellungsverfügung abzusehen. Der Umstand, dass der Fristbeginn an die Bestandskraft der Feststellungsverfügung gekoppelt ist, habe den sachlichen Grund, dass es für die Rechtmäßigkeit der Feststellung auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung ankommt⁸⁵.

d) Verhältnis zu Unionsrecht (u.a. DMA)

§ 19a Abs. 1 GWB sowie der hier auf Grund dieser Vorschrift erlassenen Feststellungsverfügung stünden auch keine unionsrechtlichen Gründe entgegen. Trotz der Benennung von Amazon als Torwächter verstoße die Vorschrift nicht gegen Art. 1 Abs. 5 Satz 1 DMA⁸⁶. § 19a Abs. 1 GWB erlegt Torwächtern nicht entgegen Art. 1 Abs. 5 DMA weitere Verpflichtungen auf, sondern ist eine Vorschrift des nationalen Wettbewerbsrechts i.S.v. Art. 1 Abs. 6 Satz 2 Buchst. b) DMA, deren Anwendung zulässig ist. § 19a GWB ist eine gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zulässige strengere innerstaatliche Vorschrift des Wettbewerbsrechts. Der Umstand, dass Amazon aufgrund der Benennung als Torwächter nunmehr in Bezug auf seine Plattformen Amazon Marketplace und Amazon Advertising die Vorgaben des DMA zu erfüllen hat, lasse die überragende marktübergreifende Bedeutung des Unternehmens für den Wettbewerb gemäß § 19a Abs. 1 GWB nach seinem Sinn und Zweck nicht entfallen. Der mögliche Anwendungsbereich des § 19a GWB ist in persönlicher Hinsicht weiter, weil nach § 19a GWB auch Vorgaben für andere Unternehmen als die nach Art. 3 benannten Torwächter möglich sind. Während die Normadressaten nach Artt. 5, 6 DMA nur im Hinblick auf die im Benennungsbeschluss nach Art. 3 Abs. 9 DMA aufgeführten zentralen Plattformdienste den besonderen

⁸⁵ juris, Rn. 164.

⁸⁶ juris, Rn. 171 f.

Verhaltenspflichten unterliegen, erfasse die Feststellung nach § 19a Abs. 1 GWB das Unternehmen insgesamt, weshalb sich die Verhaltensgebote und -verbote nach § 19a Abs. 2 GWB auf sämtliche von ihm angebotenen Waren und Dienstleistungen beziehen können⁸⁷.

Die auf der Grundlage von § 19a Abs. 1 GWB ergangene Feststellungsverfügung verstoße auch nicht mangels Notifizierung gemäß § 3 Abs. 5 TMG (in der bis zum 13. Mai 2024 geltenden Fassung; nunmehr § 3 DDG) i.V.m. Art. 3 Abs. 4 Buchst. b) Richtlinie 2000/31 gegen das sich aus § 3 Abs. 2, Abs. 5 und Abs. 6 TMG (§ 3 Abs. 2, Abs. 5 und Abs. 6 DDG) i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2000/31 ergebende Verbot der Einschränkung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat⁸⁸. Die Feststellungsverfügung entfalte keine Rechtswirkungen im Hinblick auf einen bestimmten Dienst, weil sie sich nicht auf einen bestimmten Dienst beziehe.

§ 19a Abs. 1 GWB sei auch keine technische Vorschrift, die gemäß Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2015/1535 vor ihrem Erlass hätte notifiziert werden müssen. § 19a Abs. 1 GWB sei keine allgemein gehaltene Vorschrift betreffend Dienste der Informationsgesellschaft i.S.d. Art. 1 Abs. 1 Buchst. e) Richtlinie 2015/1535 und damit keine technische Vorschrift (Art. 1 Abs. 1 Buchst. f) Richtlinie 2015/1535). Die Voraussetzung "allgemein gehalten" sei nach Wortlaut, Systematik und Sinn und Zweck des Art. 1 Abs. 1 Buchst. e) Richtlinie 2015/1535 dahin auszulegen, dass die Vorschrift betreffend Dienste sich auf alle Dienste oder alle Diensteanbieter gleichermaßen beziehen muss. Es reiche entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen dagegen nicht aus, dass eine nur für bestimmte – wenige – Unternehmen (hier: Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb) geltende Vorschrift in abstrakt-genereller Weise formuliert ist⁸⁹.

⁸⁷ juris, Rn. 189 f.

⁸⁸ juris, Rn. 191.

⁸⁹ juris, Rn. 195 f.

e) Verfassungsmäßigkeit

Es bestünden schließlich auch keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit von § 19a Abs. 1 GWB. Die Entscheidung des Gesetzgebers, Unternehmen der Digitalwirtschaft, die auf mehrseitigen Märkten und Netzwerkmärkten im Sinn des § 18 Abs. 3a GWB tätig sind, unter den Voraussetzungen des § 19a Abs. 1 Satz 1 GWB weitergehenden kartellrechtlichen Verhaltensbeschränkungen zu unterwerfen, sei nicht zu beanstanden. Die darin liegende Beschränkung der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit der Normadressaten des § 19a GWB finde ihre sachliche Rechtfertigung in der besonderen Schutzbedürftigkeit des Wettbewerbs auf den betroffenen mehrseitigen Märkten und Netzwerkmärkten, die wegen der in ihnen vorherrschenden Netzwerkeffekte besondere Konzentrationstendenzen aufweisen. Zudem stehe hier nur eine geringe Belastung durch die keine Verhaltenspflichten begründende Feststellungsverfügung in Rede⁹⁰.

4. Zusammenschlusskontrolle

a) „Kartellbehördliche Zuständigkeit“ (Art. 21 FKVO)

Das Rechtsbeschwerdeverfahren „Kartellbehördliche Zuständigkeit“⁹¹ hat die Ablehnung der Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Auskunftersuchens des Bundeskartellamts zum Gegenstand.

Das zugrundeliegende Kartellverwaltungsverfahren des Bundeskartellamts betraf die Entscheidung der Kommission vom 02. Juli 2014 gemäß Art. 8 Abs. 2 FKVO, mit der die Kommission den Zusammenschluss zwischen Telefónica Deutschland und E-Plus Mobilfunk unter Bedingungen und Auflagen als mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar erklärte. Im Verfahren über den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gegen einen

⁹⁰ juris, Rn. 213 f.

⁹¹ Beschluss vom 16. Januar 2024 – [KVR 78/23](#) – juris.

Auskunftsbeschluss des Bundeskartellamts stellte sich die Frage, ob die kartellbehördliche Prüfung eines Vertrages, der auf der Grundlage der vorgenannten Kommissionsentscheidung geschlossen worden war, in die Zuständigkeit des Bundeskartellamts oder der Kommission fällt. Nach Art. 21 Abs. 2 FKVO ist die Kommission ausschließlich dafür zuständig, die in der Fusionskontrollverordnung vorgesehenen Entscheidungen zu treffen. Diese Verordnung verleiht der Kommission unter Ausschluss der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (s. Art. 21 Abs. 1, Halbsatz 2 FKVO) die Befugnis, einen Zusammenschluss i.S.d. Art. 3 FKVO am Maßstab des Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO daraufhin zu überprüfen, ob durch ihn wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, erheblich behindert wird. Die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission wird flankiert durch das an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbot nach Art. 21 Abs. 3 FKVO, ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung anzuwenden, sowie von der in Art. 21 Abs. 1, Halbsatz 2 FKVO angeordneten Unanwendbarkeit der Verordnung (EG) Nr. 1/2003. Diese Regelungen dienen der Verfahrensvereinfachung und der Rechtssicherheit. Sie sollen sicherstellen, dass Zusammenschlüsse im Sinne des Art. 3 FKVO einheitlich von einer einzigen zentralen Stelle ("one stop shop") beurteilt werden und die Fusionskontrollverordnung das einzige Verfahrensinstrument darstellt, das auf die vorherige Prüfung von Zusammenschlüssen anwendbar ist, um eine wirksame Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur zu ermöglichen⁹².

Allerdings schließen die Vorschriften der Fusionskontrollverordnung die Anwendung der Art. 101, 102 AEUV durch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten auf Zusammenschlüsse i.S.d. Art. 3 FKVO nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht generell aus. Ob die Prüfung eines Zusammenschlusses durch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten

⁹² a.a.O. – juris, Rn. 19 f.

unter dem Blickwinkel der Art. 101, 102 AEUV zulässig ist, erfordert eine Abwägung zwischen den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes auf der einen Seite, die mit der Funktionsweise der präventiv wirkenden Fusionskontrolle verbunden sind, und den subjektiven Rechten der übrigen Marktteilnehmer auf der anderen Seite, die von den unmittelbar anwendbaren Vorschriften der Art. 101, 102 AEUV geschützt werden⁹³. Inwieweit ein Verhalten, das – wie hier – in Zusammenhang mit von der Kommission nach Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 FKVO entgegengenommenen Verpflichtungszusagen steht, einer nachträglichen Kontrolle am Maßstab der Art. 101, 102 AEUV unterzogen werden kann, sei, so der Senat, in der Rechtsprechung des Gerichtshofs ebenso wenig geklärt wie die Frage, ob die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten in diesen Fällen zur Anwendung der Wettbewerbsregeln der Union oder des nationalen Wettbewerbsrechts befugt sind. Für die Zwecke der im Eilverfahren beschränkten Rechtmäßigkeitskontrolle geht der Senat davon aus, dass er seine eigene Beurteilung des Unionsrechts zugrunde zu legen habe. Ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof nach Art. 267 AEUV sei nicht veranlasst. In Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes entfällt die Vorlageverpflichtung des letztinstanzlichen Gerichts, sofern es, wie hier, jeder Partei unbenommen bleibt, ein Hauptverfahren entweder selbst einzuleiten oder dessen Einleitung zu verlangen, in dem jene im summarischen Verfahren vorläufig entschiedene Frage des Gemeinschaftsrechts erneut geprüft werden und den Gegenstand einer Vorlage bilden kann⁹⁴.

Anders als das Beschwerdegericht hält es der Senat für unionsrechtlich plausibel, dass das Marktverhalten des an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmens einer nachträglichen ex-post-Kontrolle am Maßstab der Art. 101, 102 AEUV entzogen ist, soweit es mit den in den Verpflichtungszusagen vorgesehenen Regelungen in Übereinstimmung steht und daher sowohl in sachlicher als auch in zeitlicher Hinsicht von den nach Art. 8

⁹³ a.a.O. – juris, Rn. 21 f.

⁹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 24 f.

Abs. 2 Unterabs. 2 FKVO mit der Freigabeentscheidung verbundenen Auflagen und Bedingungen gedeckt ist⁹⁵. Bei Anwendung dieser im Eilverfahren zugrunde zu legenden Maßstäbe ergibt sich nach Auffassung des Senats, dass sowohl das fragliche Wholesale-Verbot als auch die Regelung über Exzessive Datennutzung Teil des von der Kommission vorgesehenen Zugangsregimes und daher von den Verpflichtungszusagen gedeckt sind. Sie sind somit der Zuständigkeit des Bundeskartellamts zur Überprüfung am Maßstab der Art. 101, 102 AEUV sowie der Vorschriften des nationalen Wettbewerbsrechts nach Art. 21 Abs. 2 und 3 FKVO entzogen⁹⁶.

b) Reichweite der Beschwerdebefugnis (§§ 73 Abs. 2; 54 Abs. 2 GWB)

Zur gerichtlichen Überprüfbarkeit eines Freigabebeschlusses stellt der Kartellsenat im Beschluss vom 28. Mai 2024⁹⁷ zur Zurückweisung einer Nichtzulassungsbeschwerde die folgenden Grundsätze seiner Rechtsprechung klar: Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann das Beschwerdegericht, das über die von einem Dritten gegen eine Freigabeverfügung nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB eingelegte Beschwerde zu entscheiden hat, die angefochtene Verfügung nur insoweit überprüfen, als eine Beeinträchtigung der geschützten Interessen des Beschwerdeführers in Betracht kommt. Denn der als Beigeladener grundsätzlich gemäß § 73 Abs. 2, § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB beschwerdebefugte Dritte muss durch die Freigabeverfügung formell und materiell beschwert sein. Gleichzeitig beschränkt die Beschwer den Gegenstand der Überprüfung durch das Beschwerdegericht. Wird der Beschwerdeführer nur auf einem von mehreren in Rede stehenden Märkten nachteilig betroffen, muss er dartun, dass die Freigabe gerade in Bezug auf diesen Markt nicht gerechtfertigt erscheint⁹⁸.

Von diesen Grundsätzen sei das Beschwerdegericht zu Recht ausgegangen und habe sie zutreffend angewendet. Die gerichtliche Überprüfung sei

⁹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 26.

⁹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 38.

⁹⁷ Beschluss vom 28. Mai 2024 – [KVR 81/23](#) – juris.

⁹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 10

auf die Frage beschränkt, ob die Freigabe in Bezug auf die Heizstrommärkte gerechtfertigt erscheint. Darauf, ob durch die mit der Veräußerungsverpflichtung erzielten Verbesserungen auch die nachteiligen Auswirkungen auf den Ladestrommärkten ausgeglichen werden, komme es im vorliegenden Verfahren nicht an, weil die Beigeladene durch den Zusammenschluss auf diesen Märkten nicht betroffen sei. Soweit geltend gemacht werde, das Gewicht der Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen werde zwangsläufig überschätzt, weil die Abwägung nur hinsichtlich einer Behinderung des Wettbewerbs in solchen Märkten überprüft werde, in denen eine materielle Beschwer gegeben sei, treffe das nicht zu. Das Beschwerdegericht habe bereits im Hinblick auf die Heizstrommärkte überwiegende Verbesserungen festgestellt, durch die die auf diesen Märkten entstehenden Nachteile (mehr als) ausgeglichen werden⁹⁹.

Keine Grundsatzbedeutung sieht der Senat auch für die Frage, ob angesichts einer bereits sehr starken marktbeherrschenden Stellung des Erwerbers allein aufgrund der geringen Größe des zusammenschlussbedingten Marktanteilszuwachses eine Behinderung wirksamen Wettbewerbs auszuschließen ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird eine marktbeherrschende Stellung verstärkt, wenn rechtliche oder tatsächliche Umstände dem marktbeherrschenden Unternehmen mit einiger Wahrscheinlichkeit eine günstigere Wettbewerbsposition verschaffen würden. Dazu genügt es, wenn die Marktmacht ausgleichende Wirkung des Wettbewerbs durch eine Veränderung der markt- und unternehmensbezogenen Strukturen in noch höherem Maße eingeschränkt wird, als dies schon vor dem Zusammenschluss der Fall war. Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kann insbesondere schon in der Stärkung der Fähigkeit eines Unternehmens liegen, nachstoßenden Wettbewerb abzuwehren und den von aktuellen und potentiellen Wettbewerbern zu erwartenden Wettbewerbsdruck zu mindern, um die bereits errungene Marktposition zu erhalten und zu sichern. Auf einen bestimmten Grad an Spürbarkeit kommt es dabei

⁹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 11.

nicht an. Insbesondere genügt bei Märkten mit einem hohen Konzentrationsgrad schon eine geringfügige Beeinträchtigung des verbliebenen oder potentiellen Wettbewerbs für eine Verstärkungswirkung. Als Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung werden danach nur solche strukturellen Veränderungen erfasst, die überhaupt eine Auswirkung auf die Wettbewerbsbedingungen erwarten lassen und in diesem Sinne qualitativ oder quantitativ marktrelevant sind¹⁰⁰. Von diesen Maßgaben sei das Beschwerdegericht hier zutreffend ausgegangen.

5. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung (entfällt)

6. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales

a) „Berufungszuständigkeit III“ (§§ 87, 91, 92 GWB)

In der Sache „Berufungszuständigkeit III“¹⁰¹ beanstandet der Kartellsenat einen Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf, mit der die dort eingelegte und begründete Berufung mangels Vorliegens einer zuständigkeitsbegründenden Kartellsache verworfen worden war. Das Oberlandesgericht war davon ausgegangen, die dort statt beim Oberlandesgericht Köln eingelegte Berufung habe nicht die für die Berufung maßgeblichen Fristen wahren können. Dem ist der Kartellsenat entgegengetreten.

Gegenstand des dortigen Rechtsstreits bildeten bis zum Abschluss der ersten Instanz weder eine kartellrechtliche Hauptfrage noch eine kartellrechtliche Vorfrage i.S.d. § 87 GWB. Davon sei, so der Senat, das Berufungsgericht zu Recht ausgegangen¹⁰². Ebenfalls zutreffend sei das Berufungsgericht davon ausgegangen, das nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist gemäß § 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO gehaltene Vorbringen der Klägerin

¹⁰⁰ a.a.O. – juris, Rn. 12.

¹⁰¹ Beschluss vom 09. April 2024 – [KZB 75/22](#) – juris.

¹⁰² a.a.O. – juris, Rn. 13 f.

habe die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts Düsseldorf nicht mehr wirksam begründen können. Zwar kann wegen der materiell-rechtlichen Anknüpfung eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit auch erst in der Berufungsinstanz zu einer Kartellsache werden. Das komme dann in Betracht, wenn kartellrechtlich relevante Gesichtspunkte i.S.d. § 87 GWB erstmals im Berufungsverfahren geltend gemacht werden und diese nach §§ 529, 530, 531 ZPO berücksichtigungsfähig sind. Hat – wie hier – der Landesgesetzgeber von der Konzentrationsermächtigung gemäß § 92 Abs. 1, § 93 GWB Gebrauch gemacht und abweichend vom regulären Instanzenzug die Zuständigkeit für Berufungen in Kartellstreitsachen einem bestimmten Oberlandesgericht ("Kartelloberlandesgericht") zugewiesen, genügt es aber für eine wirksame Einlegung der Berufung bei diesem Kartelloberlandesgericht nicht, dass der Berufungsführer erst nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist gemäß § 520 Abs. 2 Satz 1 ZPO kartellrechtsrelevante Umstände vorbringt, die die Voraussetzungen des § 87 GWB erfüllen. Könnte in einer Sache, die in erster Instanz keine Kartellsache war und bei der auch keine vernünftigen Zweifel an der Zuständigkeit des allgemein zuständigen Oberlandesgerichts bestehen, die Berufung direkt beim Kartelloberlandesgericht eingelegt werden – was der Senat in dieser Sache offen lässt –, so wäre jedenfalls zu verlangen, dass der Berufungsführer in entsprechender Anwendung des § 520 Abs. 3 Satz 2 ZPO spätestens mit der Berufungsbegründungsschrift die Umstände vorbringt, aus denen sich die Zuständigkeit des Kartelloberlandesgerichts ergibt¹⁰³. Der erst nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist gehaltene Sachvortrag der Klägerin habe daher die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts Düsseldorf nach §§ 92, 93 GWB nicht mehr begründen können.

Rechtsfehlerhaft sei das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, die Klägerin habe die Berufung auch nicht deshalb fristwährend beim Oberlandesgericht Düsseldorf einlegen können, weil keine Unsicherheit über das zuständige Berufungsgericht bestanden habe. Hat der Landesgesetzgeber

¹⁰³ a.a.O. – juris, Rn. 23.

von der Konzentrationsermächtigung gemäß § 92 Abs. 1, § 93 GWB Gebrauch gemacht, kann einer Partei bei Unsicherheit über das funktionell zuständige Gericht nicht zugemutet werden, zur Vermeidung der Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig Berufung sowohl bei dem allgemein zuständigen Berufungsgericht als auch bei dem nach §§ 91, 93, 92 GWB i.V.m. § 87 GWB zuständigen Berufungsgericht einzulegen. Das trägt dem Gebot der Rechtsmittelklarheit Rechnung. Ob keine vernünftigen Zweifel an der Zuständigkeit des allgemeinen Berufungsgerichts (§ 119 Abs. 1 Nr. 2 GVG) bestehen, bestimmt sich nach objektiven Kriterien unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls¹⁰⁴. Geht, wie in dieser Sache, das zuständige Landgericht selbst – wenn auch in der Sache letztlich zu Unrecht – vom Vorliegen einer Kartellsache aus, kann in der Regel nicht angenommen werden, dass für die Partei keinerlei vernünftige Zweifel an der Zuständigkeit des allgemeinen Berufungsgerichts bestehen. Dem steht nicht entgegen, dass das landgerichtliche Aktenzeichen nicht den Zusatz "Kart" aufweist oder das Landgericht ausweislich des Urteileingangs nicht als Kartellgericht oder Kartellkammer entschieden hat. Denn eine – allerdings vor dem Hintergrund des vorliegenden Falls, wie der Senat ausdrücklich hervorhebt, zukünftig wünschenswerte – einheitliche Verwendung dieser Bezeichnungen lasse die Praxis des Landgerichts nicht erkennen¹⁰⁵.

b) „Google-Offenlegung“ (§§ 54, 56 GWB)

Der Beschluss „Google-Offenlegung“¹⁰⁶ vom 20. Februar 2024 behandelt die Reichweite von Geschäftsgeheimnissen im Kartellverwaltungsverfahren im Verhältnis zu beigeladenen Wettbewerbern. Das Kartellamt hatte im Februar 2022 die betroffene Google-Konzernobergesellschaft sowie die konzernangehörige deutsche Gesellschaft über die Einleitung eines Kartellverwaltungsverfahrens nach § 19a Abs. 2 GWB sowie §§ 19, 20 GWB und

¹⁰⁴ a.a.O. – juris, Rn. 26.

¹⁰⁵ a.a.O. – juris, Rn. 29.

¹⁰⁶ Beschluss vom 20. Februar 2024 – [KVB 69/23](#) – juris.

Art. 102 AEUV u.a. im Zusammenhang mit dem Angebot der Google Automotive Services an Fahrzeughersteller informiert.

Seite 45 von 47

Nach Bekanntgabe eines ersten Entwurfs der beabsichtigten Verfügung erstellte das Bundeskartellamt einen überarbeiteten Entwurf einer Verfügung nach § 19a Abs. 2 GWB, in dem auf die Stellungnahme von Google Passagen teilweise als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gekennzeichnet waren. Gegen die Offenlegung dieser bereinigten Entwurfsfassung gegenüber den im Verwaltungsverfahren beigeladenen Wettbewerbern legte Google Beschwerde ein, der das Bundeskartellamt nicht abhalf. Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs bejaht zunächst seine Zuständigkeit auf der Grundlage von § 73 Abs. 5 GWB auch für Beschwerden gegen sonstige Verfahrenshandlungen¹⁰⁷. Sinn und Zweck des § 73 Abs. 5 GWB erfordere die Geltung der Rechtswegkonzentration für die Anfechtung aller Verfahrenshandlungen. In der Sache sah der Kartellsenat die Beschwerde von Google allerdings nur hinsichtlich eines wörtlichen Zitats aus den internen Unterlagen von Google als begründet an; die Offenlegung der übrigen Textpassagen gegenüber den Beigeladenen sei hingegen nicht zu beanstanden¹⁰⁸.

Der Kartellsenat hebt zunächst hervor, die Beteiligung von Wettbewerbern oder anderen Marktteilnehmern, die in ihren (erheblichen) wirtschaftlichen Interessen durch die das Verfahren abschließende Verfügung betroffen werden, solle der Kartellbehörde ermöglichen, ihre Entscheidung auf eine breitere, den Interessen der anderen Marktbeteiligten Rechnung tragende Grundlage zu stellen. Durch die Beiladung werden die beigeladenen Personen zu Verfahrensbeteiligten, denen gemäß § 56 Abs. 1 GWB Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist. Die Kartellbehörde sei daher grundsätzlich verpflichtet, die Verfahrensbeteiligten über die für die Entscheidung

¹⁰⁷ juris, Rn. 12 f.

¹⁰⁸ juris, Rn. 24 f.

erheblichen Tatsachen zu informieren sowie über die vorläufige ökonomische und rechtliche Würdigung des Sachverhalts in Kenntnis zu setzen¹⁰⁹. Soweit allerdings der Entwurf einer solchen Verfügung Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse des von den Ermittlungen betroffenen Unternehmens enthält, darf eine Offenlegung gegenüber Beigeladenen durch die Kartellbehörde nur erfolgen, wenn dies verhältnismäßig ist. Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach § 30 VwVfG findet gemäß § 54 Abs. 1 Satz 3 GWB mangels spezialgesetzlicher Regelung im GWB Anwendung auf die Offenlegung von Informationen bei der Anhörung von Beteiligten nach § 56 Abs. 1 GWB. Dabei sind überdies die mit § 30 VwVfG im engen Zusammenhang stehenden Regelungen zur Akteneinsicht in § 56 Abs. 3 bis Abs. 5 GWB zu beachten¹¹⁰. Daher muss die Weitergabe eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses des von der Ermittlung betroffenen Unternehmens an einen Beigeladenen geeignet und erforderlich sein, die Ermittlungen des Bundeskartellamts zu fördern. Zudem müssen das mit der Offenlegung verfolgte öffentliche Interesse an der Verfahrensförderung und die – insoweit gleichgerichteten – (Verfahrens-) Interessen des Beigeladenen das Geheimhaltungsinteresse des betroffenen Unternehmens überwiegen¹¹¹. Die Angemessenheit einer Offenlegung ist durch eine Abwägung zwischen den von der Offenlegung betroffenen Rechtsgütern festzustellen, die auf einen bestmöglichen Ausgleich der widerstreitenden Interessen gerichtet sein muss. Zugunsten in Deutschland und der Europäischen Union ansässiger Gesellschaften kann in die Abwägung eingestellt werden, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse den Schutz sowohl der deutschen Verfassung (Art. 12 Abs. 1 GG) als auch den damit und mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 8 EMRK) übereinstimmenden Schutz der Unionsgrundrechte (Art. 17 Abs. 2 GrCh, Art. 16 GrCh) genießen. Steht das Geschäftsgeheimnis allerdings in engem Zusammenhang mit einem Wettbewerbsverhalten, das die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs beeinträchtigt und daher (nach Einschätzung der Kartellbehörden)

¹⁰⁹ juris, Rn. 26.

¹¹⁰ juris, Rn. 27 f.

¹¹¹ juris, Rn. 31.

gesetzlich verboten oder untersagungsfähig ist, muss in den Blick genommen werden, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Reichweite des Freiheitsschutzes nach Art. 12 Abs. 1 GG auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt wird, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Art. 12 Abs. 1 GG sichert in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen. Diese Funktionsbedingungen werden durch die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geschützt¹¹². Hieran gemessen seien, so der Senat, Beeinträchtigungen des Schutzes der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Googles nur bei Vorliegen hinreichend gewichtiger Rechtfertigungsgründe hinnehmbar. Soll die Offenlegung – wie hier – an Wettbewerber erfolgen, sei zu berücksichtigen, dass das berechtigte Geheimhaltungsinteresse diesen gegenüber aufgrund des möglichen Nachahmungs- und Anpassungseffekts besonders ausgeprägt sein kann. Der Stellungnahmemöglichkeit von Beigeladenen, die direkte Wettbewerber des betroffenen Unternehmens sind, komme bei Verfahren nach § 19a GWB besonderes Gewicht zu. Wegen ihrer jeweils speziellen Kenntnisse der Marktgegebenheiten könne ihre Einschätzung der Auswirkungen von Strategien und Vertragskonditionen des betroffenen Unternehmens auf den Wettbewerb für die Bewertung des Sachverhalts von erheblicher Bedeutung sein.

7. Sonstiges
(entfällt)

Karlsruhe, den 13. November 2024

Dr. Peter Rädler

¹¹² juris, Rn. 34 f.