

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 2. Halbjahr 2024

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

Dieser Beitrag fasst die im zweiten Halbjahr 2024 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht zusammen.¹ Wegen des zum Teil längeren Zeitraums zwischen Verkündung und Veröffentlichung der Entscheidungen ist die Übersicht auf die bis zum 31. Januar 2025 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 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

Seite 2 von 39

I. Lauterkeitsrecht

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

II. Kartellrecht

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

I. Lauterkeitsrecht

- 1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen**
(entfällt)
- 2. Per-se-Verbote**
(entfällt)

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

a) „Jobbörse“ (§ 3a UWG)

Nochmals mit dem Gebot der Staatsferne der Presse als Marktverhaltensregelung befasst sich der Bundesgerichtshof in seinem Urteil „Jobbörse“³ vom 26. September 2024. Der klagende Verlag nahm den dort beklagten Landkreis auf Unterlassung des Angebots kostenloser Stellenanzeigen in dessen Online-Portal in Anspruch. Der Bundesgerichtshof bejaht zunächst eine geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG⁴ nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen. Zu der Frage, wann die öffentliche Hand eine geschäftliche Handlung vornimmt, ist eine solche nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Berufungsgericht davon ausgegangen war, der beklagte Landkreis werde mit dem Angebot kostenloser Stellenanzeigen auf dem streitgegenständlichen Online-Portal nicht erwerbswirtschaftlich, sondern zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der kommunalen Wirtschaftsförderung, allerdings ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung tätig. In seinem ersten Leitsatz hebt der Senat hervor, bei der Beurteilung, ob eine geschäftliche Handlung der öffentlichen Hand vorliege, sei im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs zu berücksichtigen, dass die öffentliche Hand im Gegensatz zu privaten Unternehmen nicht auf die Erzielung von Gewinnen angewiesen ist und Verluste durch Steuern, Abgaben oder Beiträge decken kann. Geschäftliche Handlungen der öffentlichen Hand weisen aus diesem Grund nicht zwingend einen Unternehmensbezug im Sinne einer auf den

³ BGH, Urteil vom 26. September – [I ZR 142/23](#) – juris.

⁴ a.a.O. – juris, Rn. 11 f.

entgeltlichen Absatz von Waren oder Dienstleistungen gerichteten Beteiligung am wirtschaftlichen Verkehr auf⁵.

Seite 4 von 39

Auch die Annahme des Berufungsgerichts, das von der Klägerin beanstandete Angebot kostenloser Stellenanzeigen verstoße gegen das Gebot der Staatsferne der Presse, hat der Bundesgerichtshof bestätigt. Das Berufungsgericht habe zutreffend allein das beanstandete Angebot kostenloser Stellenanzeigen im Online-Portal des Beklagten in den Blick genommen, da im Streitfall – anders als in den Verfahren, in denen der redaktionelle Teil einer Publikation der Gemeinde als die Presse substituierend beanstandet wurde – nur dieser ebenfalls von der Pressefreiheit umfasste, wirtschaftliche Aspekt in Rede stehe. Das Angebot kostenloser Stellenanzeigen berge die Gefahr existenzieller Schäden für die Presse, weil Unternehmen nicht mehr in der Tageszeitung oder deren Online-Ausgabe, sondern bei der Kommune beziehungsweise dem Landkreis inserieren⁶. Dabei habe es in diesem Zusammenhang nicht zwingend der Feststellung bedurft, dass es sich bei der beanstandeten Jobbörse um den am häufigsten besuchten Bereich des streitgegenständlichen Portals handle. Dies stelle, so der Senat in Abgrenzung zu früheren Entscheidungen, nur eine Möglichkeit dar, bei Online-Informationsangeboten die Prägung des Gesamtangebots durch die beanstandeten Beiträge festzustellen⁷.

b) „Sonntagsverkauf im Gartencenter“ (§ 3a UWG; § 5 Abs. 1 LÖG NW)

Im Urteil „Sonntagsverkauf im Gartencenter“⁸ bestätigt der Bundesgerichtshof seine frühere Rechtsprechung, wonach die gesetzlichen Vorschriften über die Ladenöffnungszeiten – insbesondere das Verbot der Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen – das Marktverhalten regelnde Vorschriften i.S.v.

⁵ a.a.O. – juris, Leitsatz 1 und Rn. 21.

⁶ a.a.O. – juris, Rn. 31.

⁷ a.a.O. – juris, Rn. 33.

⁸ BGH, Urteil vom 05. Dezember 2024 – [I ZR 38/24](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

§ 3a UWG darstellen, weil sie nicht allein dem Arbeitsschutz, sondern im Interesse der Wettbewerber zugleich der Wettbewerbsneutralität dienen⁹. Nach der in dieser Sache in Streit stehenden Regelung in § 5 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 LÖG Nordrhein-Westfalen (NW) dürfen an Sonn- und Feiertagen Verkaufsstellen mit einem Kernsortiment u.a. für Blumen und Pflanzen diese Ware sowie „ein begrenztes Randsortiment“ für die Dauer von fünf Stunden abgeben. Die Wettbewerbszentrale hatte hier einen Gartenmarkt wegen des Verkaufs künstlicher Tannenzweige sowie diverser Gegenstände für Christbaumschmuck auf Unterlassung in Anspruch genommen. Der Bundesgerichtshof bestätigt die Auffassung des Berufungsgerichts, wonach die betroffenen Waren dem Randsortiment und daher der Ausnahmeregelung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 LÖG NW zuzuordnen seien. Aus der Eigenschaft als "Accessoires" ergebe sich der für die Zuordnung zum "begrenzten Randsortiment" erforderliche ergänzende Charakter der Waren und deren Beziehung zum Kernsortiment. Dies gelte unabhängig davon, ob die Waren des Randsortiments in Kombination mit solchen des Kernsortiments verkauft werden, beispielsweise als Bestandteil eines floristischen Gebindes, oder ob ein isolierter Verkauf erfolge¹⁰. Das verfassungsrechtliche Gebot des Schutzes der Sonn- und Feiertage nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV und Art. 22 Verf NW gebiete keine einschränkende Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 LÖG NW dahingehend, dass Waren des zulässigen Randsortiments ebenfalls zum sofortigen Ge- und Verbrauch bestimmt sein müssten¹¹. Für die Frage, welche Waren zu erweiterten Ladenöffnungszeiten verkauft werden dürfen, ohne dass der verfassungsrechtlich gebotene Schutz von Sonn- und Feiertagen in unzulässiger Weise eingeschränkt wird, sei das zum Verkauf angebotene Kernsortiment ausschlaggebend, auf das die in § 5 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 LÖG NW enthaltene Aufzählung Bezug nimmt. Aus der Zulässigkeit eines durch bestimmte Branchenbezeichnungen gekennzeichneten Kernsortiments folge zugleich, dass auch die der jeweiligen

⁹ a.a.O. – juris, Rn. 6.

¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 11.

¹¹ a.a.O. – juris, Rn. 17 f..

Branche zuzuordnenden Randsortimente zugelassen sind¹². Die Rechtsanwendung des Berufungsgerichts führe auch nicht zu einer den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzenden Bevorzugung von Gewerbetreibenden, die neben Blumen und Pflanzen auch Dekorationsartikel vertreiben, gegenüber solchen, die nur Dekorationsartikel anbieten. Indem der Landesgesetzgeber für die Frage, welche Ladengeschäfte außerhalb der regulären Öffnungszeiten geöffnet sein dürfen, darauf abgestellt hat, ob das angebotene Kernsortiment den typischerweise an Sonn- und Feiertagen anfallenden Bedarf befriedigt, habe er eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung vorgenommen. Niemand könne allein daraus, dass einer Gruppe aus besonderem Anlass Vergünstigungen zugestanden werden, für sich ein verfassungsrechtliches Gebot herleiten, dieselben Vorteile in Anspruch nehmen zu dürfen, sofern für ihn kein vergleichbarer besonderer Anlass besteht¹³.

c) „Hautfreundliches Desinfektionsmittel II“ (§ 3a UWG; Art. 72 Biozid-VO)

Nach Klärung durch den EuGH ¹⁴ hat der Bundesgerichtshof im Urteil „Hautfreundliches Desinfektionsmittel II“¹⁵ die Entscheidung getroffen, dass in der Werbung für ein Desinfektionsmittel die Bezeichnung „hautfreundlich“ nicht zulässig ist. Die Angabe verstoße gegen Art. 72 Abs. 3 Satz 2 der Verordnung Nr. 528/2012 (Biozid-VO) und stelle damit eine nach § 3a UWG unlautere geschäftliche Handlung dar. Die Vorschrift des Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO ordnet der Senat als Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG ein. Nach Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO darf die Werbung für ein Biozidprodukt auf keinen Fall die Angaben "Biozidprodukt mit niedrigem Risikopotenzial", "ungiftig", "unschädlich", "natürlich", "umweltfreundlich", "tierfreundlich" oder ähnliche

¹²a.a.O. – juris, Rn. 19.

¹³a.a.O. – juris, Rn. 22 unter Verweis auf BVerfG, Urteil vom 01. Dezember 2009 – [1 BvR 2857/07](#) u.a. – juris, Rn. 171.

¹⁴EuGH, Urteil vom 20. Juni 2024 – [C-296/23](#) – dm-drogerie markt;

¹⁵BGH, Urteil vom 10. Oktober 2024 – [I ZR 108/22](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Hinweise enthalten¹⁶. Die Bezeichnung des Desinfektionsmittels als "hautfreundlich" stellt, wie der Senat jetzt abweichend von seiner Beurteilung im Vorlagebeschluss entscheidet, eine Angabe dar, die als "ähnlicher Hinweis" unter das Verbot des Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO fällt¹⁷. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO dahin auszulegen, dass der Begriff "ähnliche Hinweise" im Sinne dieser Bestimmung jeden Hinweis in der Werbung für Biozidprodukte umfasst, der – wie die in dieser Bestimmung genannten Angaben – diese Produkte in einer Art und Weise darstellt, die hinsichtlich der Risiken dieser Produkte für die Gesundheit von Mensch oder Tier oder für die Umwelt oder ihrer Wirksamkeit irreführend ist, indem er diese Risiken verharmlost oder sogar negiert, ohne jedoch zwingend allgemeinen Charakter zu haben¹⁸. Den in Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO genannten Angaben einschließlich der "ähnlichen Hinweise" liege damit, so der Senat, eine abstrakte Irreführungsgefahr zugrunde, die das Verbot entsprechender Werbeaussagen rechtfertigt. Auf eine konkrete Irreführung im Einzelfall komme es nicht an¹⁹. Nach diesen Maßstäben unterliege die von der Klägerin beanstandete Angabe "hautfreundlich" als "ähnlicher Hinweis" dem Verbot des Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO. Die Angabe hebe eine positive Eigenschaft des beworbenen Desinfektionsmittels hervor und sei dadurch geeignet, die Risiken des Biozidprodukts zu verharmlosen. Die Betonung der positiven Eigenschaft könne zudem in Widerspruch zu dem von der Biozidverordnung verfolgten Ziel, den Einsatz von Biozidprodukten zu minimieren, zu einer übermäßigen Verwendung des Desinfektionsmittels führen. Da die in Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO genannten Angaben einschließlich der "ähnlichen Hinweise" eine abstrakte Irreführungsgefahr begründen, bedürfe es keiner tatgerichtlichen Feststellung zu einer konkreten Irreführung durch die streitgegenständliche Angabe²⁰.

¹⁶a.a.O. – juris, Rn. 18.

¹⁷a.a.O. – juris, Rn. 23.

¹⁸EuGH - a.a.O. – juris, Rn. 48.

¹⁹a.a.O. – juris, Rn. 29

²⁰a.a.O. – juris, Rn. 32.

d) „Desinfektionsschaum“ (§ 3a UWG; Art. 72 Abs. 3 Biozid-VO)

Seite 8 von 39

Ebenfalls die Werbung für Biozidprodukte betrifft das Urteil des Bundesgerichtshofs „Desinfektionsschaum“ vom 23. Januar 2025²¹. Die Beklagte hatte in der Lebensmittel-Zeitung für einen Desinfektions-Hand-Schaum mit der Angabe „Sanft zur Haut“ sowie den weiteren Angaben „Hautfreundliche Produktlösung als Schaum“ und „Konsumenten sind überzeugt – 100 % bestätigen die Hautverträglichkeit“ geworben. Das Berufungsgericht hatte auf die Unterlassungsklage der Wettbewerbszentrale unzulässige ähnliche Hinweise i.S.v. Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO verneint. Dieser Beurteilung ist der Bundesgerichtshof unter Verweis auf das vorgenannte Urteil des EuGH vom 20. Juni 2024 in der Rechtssache „dm-drogerie markt“ entgegengetreten. Nach der Würdigung des Bundesgerichtshofs heben alle drei Angaben eine positive Eigenschaft des beworbenen Desinfektionsmittels hervor, während sie keinerlei Risiken erwähnen. Dabei sei es unerheblich, dass mit den Angaben konkret auf das Empfinden und die Reaktion der Haut abgestellt wird und keine generalisierenden Begriffe verwendet werden. Für die Feststellung, ob ein Hinweis, der sich auf ein Biozidprodukt bezieht, unter den Begriff „ähnliche Hinweise“ i.S.v. Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO fällt, sei ein möglicher allgemeiner (oder spezifischer) Charakter der Angabe nicht von Belang²². Die mit der Klage beanstandeten Angaben seien dadurch auch geeignet, die Risiken des Biozidprodukts – insbesondere schädliche Nebenwirkungen des Produkts – zu verharmlosen. Dies gelte unabhängig davon, ob in der angegriffenen Werbung darüber hinaus gesagt oder suggeriert wird, das Produkt sei insgesamt und mit allen seinen Wirkungen unschädlich, natürlich, ungiftig oder ähnlich harmlos. Die Betonung positiver Eigenschaften könne zudem in Widerspruch zu dem von der Biozidverordnung verfolgten Ziel, den Einsatz von Biozidprodukten zu minimieren, zu einer übermäßigen

²¹BGH, Urteil vom 23. Januar 2025 – [I ZR 197/22](#) – juris

²² a.a.O. – juris, Rn. 36.

Verwendung des Desinfektionsmittels führen. Auf eine konkrete Irreführung durch die streitgegenständlichen Angaben komme es ebenfalls nicht an²³.

Seite 9 von 39

e) EuGH-Vorlage „gesund Gewicht verlieren“ (§ 3a UWG; Art. 10 Abs. 2 HCVO)

Mit seinem Beschluss „gesund Gewicht verlieren“²⁴ legt der Bundesgerichtshof dem EuGH Fragen zur Auslegung des Begriffs „Kennzeichnung“ i.S.v. Art. 10 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 (HCVO) vor. Der klagende Wettbewerbsverband hatte die Beklagte wegen der Bewerbung eines Nahrungsergänzungsmittels u.a. mit den Angaben „gesund Gewicht verlieren“ und „Glucomannan trägt im Rahmen einer kalorienarmen Ernährung zu Gewichtsverlust bei“ auf Unterlassung in Anspruch genommen. Gemäß Art. 10 Abs. 2 HCVO dürfen gesundheitsbezogene Angaben nur gemacht werden, wenn die Kennzeichnung oder, falls diese Kennzeichnung fehlt, die Aufmachung der Lebensmittel und die Lebensmittelwerbung die nachfolgend genannten Informationen tragen; hierzu gehört (Buchst. a)) ein Hinweis auf die Bedeutung einer abwechslungsreichen und ausgewogenen Ernährung und einer gesunden Lebensweise. Die danach geforderten Hinweise waren auf der Verpackung des Nahrungsergänzungsmittels enthalten, nicht aber in der Werbeanzeige. Der Senat legt dem EuGH daher die Frage vor, ob Art. 10 Abs. 2 HCVO so auszulegen ist, dass der Begriff „Kennzeichnung“ eines Lebensmittels auch eine schriftliche Werbung für das Lebensmittel umfasst und – soweit dies zu bejahen ist – die nach dieser Vorschrift bestehenden Informationspflichten auch dann in der Lebensmittelwerbung zu erfüllen sind, wenn die Kennzeichnung des Lebensmittels bereits die erforderlichen Informationen enthält.

4. Mitbewerberschutz/Aggressive geschäftliche Handlungen (entfällt)

²³ a.a.O. – juris, Rn. 37.

²⁴ Beschluss vom 26. September 2024 – [I ZR 130/23](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

5. Irreführung (§§ 5, 5a UWG)

Seite 10 von 39

a) „nikotinhaltige Liquids“ (§§ 3a, 5a UWG; CLP-VO Nr. 1272/2008)

In seinem Urteil „nikotinhaltige Liquids“²⁵ setzt der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung fort, wonach in Fällen der Verletzung einer Informationspflicht in Bezug auf kommerzielle Kommunikation die Unlauterkeit einer geschäftlichen Handlung allein nach § 5a Abs. 1 und § 5b Abs. 4 UWG zu beurteilen ist²⁶. In Streit standen in diesem Verfahren verschiedene Werbeaussagen für die von der Beklagten vertriebenen nikotinhaltigen Flüssigkeiten für elektronische Zigaretten (sog. Liquids). Die Kläger sahen in der Kennzeichnung und der Gestaltung der Faltschachteln für diese Liquids einen Verstoß gegen die Verordnung Nr. 1272/2008 über die Einstufung, Kennzeichnung und Verpackung von Stoffen und Gemischen (CLP-Verordnung und des Tabakerzeugnisgesetzes). Der Bundesgerichtshof bestätigt den von der Vorinstanz zugesprochenen Anspruch auf Unterlassung des Inverkehrbringens nikotinhaltiger Liquids in Faltschachteln, wenn keine Gefahrenpiktogramme, Signalwörter, Gefahrenhinweise und Sicherheitshinweise zusammen auf der Faltschachtel angeordnet sind. Das für diesen Unterlassungsantrag maßgebliche Gebot der gemeinsamen Anordnung der Kennzeichnungselemente auf den Kennzeichnungsetiketten oder der Verpackung des als gefährlich eingestuft und verpackten Gemisches gemäß Art. 32 Abs. 1 CLP-VO betreffe Informationspflichten in Bezug auf kommerzielle Kommunikation i.S.v. § 5a Abs. 1 und § 5b Abs. 4 UWG. Dem stehe nicht entgegen, dass die Kennzeichnungselemente gerade nicht die unmittelbare oder mittelbare Förderung des Absatzes der nikotinhaltigen Liquids bezwecken, sondern im Interesse des Schutzes der menschlichen Gesundheit auf Risiken der Gemische hinweisen²⁷. Ebenfalls bestätigt hat der Bun-

²⁵BGH, Urteil vom 11. Juli 2024 – [I ZR 164/23](#) – juris.

²⁶a.a.O. – juris, Rn. 21 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 07. April 2022 – [I ZR 143/19](#) – . Knuspermüsli II – juris, Rn. 16 f.

²⁷a.a.O. – juris, Rn. 24 f. unter Verweis auf BGH, Urteil vom 26. Oktober 2023 – [I ZR 176/19](#) – Zigarettenausgabeautomat III – juris, Rn. 17 f.

desgerichtshof die Annahme des Berufungsgerichts, die bildlichen Darstellungen der Aromastoffe auf den Faltschachteln stellten Designs dar, welche die aktive Neugier von Kindern weckten oder anziehen könnten und daher gegen Art. 35 Abs. 2 CLP-VO verstießen²⁸.

Mit Recht habe das Berufungsgericht auch den weiteren Antrag betreffend die Angabe „keine suchtvorstärkenden Zusatzstoffe“ nach § 3a UWG i.V.m. § 18 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3, Abs. 4 TabakerzG für begründet erachtet²⁹. Nach § 18 Abs. 2 TabakerzG ist es verboten, Tabakerzeugnisse unter Verwendung irreführender werblicher Informationen in den Verkehr zu bringen, wobei eine Irreführung insbesondere dann vorliegt, wenn sich die werblichen Informationen auf Geschmack, Geruch, Aromastoffe oder sonstige Zusatzstoffe oder deren Fehlen beziehen. Dieses Irreführungsverbot gilt nach § 18 Abs. 4 TabakerzG für elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter in dem vom Senat entschiedenen Zusammenhang entsprechend. Die beworbene Aussage „keine suchtvorstärkenden Zusatzstoffe“ verstoße gegen das Verbot werblicher Informationen im Sinne der genannten Bestimmung. Begründet sei auch der Unterlassungsantrag betreffend die Angabe „kein Teer und kein Kohlenmonoxid“; hierin liege ein Verstoß gegen § 18 Abs. 3 Nr. 1 Abs. 4 TabakerzG i.V.m. § 3a UWG. Das Berufungsgericht hatte aus Sicht des Bundesgerichtshofs insoweit zu Recht angenommen, dass mit der Angabe auf den Faltschachteln, das Liquid enthalte „keinen Teer und Kohlenmonoxid“ die Beklagte mit einem Teer- und Kohlenmonoxidgehalt von „0“ geworben und deshalb gegen das Verbot in § 18 Abs. 3 Nr. 1 TabakerzG verstoßen habe.

Ebenfalls zu Recht zugesprochen habe das Berufungsgericht auch den Unterlassungsanspruch betreffend die Angabe „keine krebserregenden Stoffe“; hierbei handele es sich um eine irreführende Werbung mit einer

²⁸a.a.O. – juris, Rn. 56.

²⁹a.a.O. – juris, Rn. 72

Selbstverständlichkeit i.S.v. § 5 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 UWG. Eine Werbung, die Selbstverständlichkeiten herausstellt, kann trotz objektiver Richtigkeit der Angaben gegen § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG verstoßen, wenn dem angesprochenen Verkehr nicht bekannt ist, dass es sich bei der betonten Eigenschaft um einen gesetzlich vorgeschriebenen oder zum Wesen der Ware gehörenden Umstand handelt, und der angesprochene Verkehr deshalb annimmt, dass mit der Werbung ein Vorzug gegenüber anderen Erzeugnissen der gleichen Gattung und den Angeboten von Mitbewerbern hervorgehoben wird³⁰. Nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 TabakerzG dürfen elektronische Zigaretten und Nachfüllbehälter nur in den Verkehr gebracht werden, wenn bei der Herstellung der zu verdampfenden Flüssigkeit außer Nikotin nur Inhaltsstoffe verwendet werden, die in erhitzter und nicht erhitzter Form kein Risiko für die menschliche Gesundheit darstellen. Das Berufungsgericht habe insoweit rechtsfehlerfrei angenommen, bei der Werbeaussage „keine krebserregenden Stoffe“ handele es sich um eine unzulässige Werbung mit einer Selbstverständlichkeit³¹.

Im Ergebnis zu Recht habe das Berufungsgericht schließlich den geltend gemachten Unterlassungsanspruch zuerkannt, nikotinhaltige Nachfüllbehälter für elektronische Zigaretten mit der Werbeaussage „Nikotinkonzentrat in gereinigter Arzneimittelqualität (Ph. Eur. Qualität)“ zu bewerben. Der Anspruch ergebe sich allerdings nicht aus § 3a UWG i.V.m. § 18 TabakerzG. Die Werbung als solche, auf deren Unterlassung der Antrag zielt, werde von der Vorschrift in § 18 Abs. 2 TabakerzG nicht erfasst³². Die Werbung verstoße allerdings gegen das allgemeine Irreführungsverbot nach § 5 Abs. 1 UWG. Das Berufungsgericht habe insoweit zu Recht angenommen, der angesprochene Verkehr verstehe die beanstandete Werbeaussage dahin, dass es sich bei dem von der Beklagten verwendeten Nikotinkonzentrat um ein besonders reines Nikotinkonzentrat handele, das in besonderem Maße frei von möglicherweise schädlichen Beimengungen

³⁰a.a.O. – juris, Rn. 85.

³¹a.a.O. – juris, Rn. 87.

³²a.a.O. – juris, Rn. 96.

oder Rückständen anderer Stoffe sei. Im Ergebnis habe die Beklagte in unzulässiger Weise damit geworben, dass ihr Produkt wegen der besonderen Reinheit des von ihr verwendeten Nikotinkonzentrats weniger schädlich als die Liquids anderer Hersteller sei³³.

b) EuGH-Vorlage: „Bearbeitungspauschale“

Nach § 3 Abs. 1 PAngV hat, wer als Unternehmer Verbrauchern Waren oder Leistungen anbietet, die Gesamtpreise anzugeben. Gemäß § 2 Nr. 3 PAngV bedeutet „Gesamtpreis“ der Preis je Mengeneinheit einer Ware einschließlich der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile. Die Pflicht zur Angabe des Gesamtpreises, die eine wesentliche Informationspflicht gemäß §§ 5a Abs. 1 Satz 1; 5b Abs. 4 UWG und Art. 7 Abs. 5 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG darstellt, hat ihre Grundlage in Art. 2 Buchst. a, Art. 3 Abs. 1 und Abs. 4 der Richtlinie 98/6/EG und ist daher richtlinienkonform auszulegen. Mit Beschluss vom 23. Januar 2025 in dem Verfahren „Bearbeitungspauschale“³⁴ legt der I. Zivilsenat dem EuGH die Frage vor, ob eine Bearbeitungspauschale, die nur entfällt, wenn der Gesamtbestellwert einen Mindestbetrag übersteigt, in den für eine Produkteinheit anzugebenden Verkaufspreis im Sinne von Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 98/6/EG einzurechnen ist. Der Senat selbst neigt dazu, die Vorlagefrage zu verneinen, also in dieser Fallgestaltung die Bearbeitungspauschale nicht in den Verkaufspreis i.S.d. Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 98/6/EG einzurechnen³⁵. Einerseits sei festzustellen, dass dem Verbraucher ein einfacher Preisvergleich nicht möglich ist, wenn ein Preiszuschlag, der bei Unterschreiten eines Mindestbestellwerts anfällt, nicht in den für eine Produkteinheit angegebenen Verkaufspreis eingerechnet ist. Andererseits könne auch die Einrechnung des Zuschlags zu verwirrenden Ergebnissen führen, wenn der Verbraucher den Zuschlag bei der Kalkulation einer mehrere Produktein-

³³a.a.O. – juris, Rn. 100 f.

³⁴BGH, Beschluss vom 23. Januar 2025 – [I ZR 49/24](#) – juris.

³⁵a.a.O. – juris, Rn. 25 f.

heiten umfassenden Bestellung auf der Grundlage des (den Zuschlag einschließenden) Einzelpreises irrigerweise mehrfach einrechnet. Bei dieser Sachlage dürfte – so der Senat in seinem Vorlagebeschluss – eine Irreführung der Verbraucher am ehesten dadurch vermieden werden, dass der geforderte Verkaufspreis (ohne Bearbeitungspauschale) sowie der Hinweis auf die bei Unterschreitung des Schwellenwerts anfallenden zusätzlichen Kosten und deren Höhe angegeben werden³⁶.

c) EuGH-Vorlage: „Energieeffizienzklasse IV“

Ebenfalls das Vorenthaltsungsverbot gemäß §§ 5a Abs. 1, 5b Abs. 4 UWG sowie Art. 7 Abs. 1 der UGP-Richtlinie 2005/29/EG betrifft der Vorlagebeschluss vom gleichen Tag in der Sache „Energieeffizienzklasse IV“³⁷. Die dort beklagte Betreiberin eines Multipartner-Bonusprogramms hatte zur Kundenbindung und -gewinnung ein Gewinnspiel veranstaltet, das u.a. ein TV-Gerät umfasste, ohne dass für dieses TV-Gerät ein Hinweis auf die Energieeffizienzklasse oder das auf dem Etikett vorhandene Spektrum der Energieeffizienzklassen erfolgt wäre. Wegen der vom klagenden Wettbewerbsverein geltend gemachten Verletzung der Vorgaben in der Verordnung (EU) Nr. 2017/1369 zur Energieverbrauchskennnung und der diesbezüglichen Delegiertenverordnung (EU) Nr. 2019/2023 stellte sich in diesem Verfahren die Frage, ob die Beklagte als Veranstalterin des streitgegenständlichen Gewinnspiels in Bezug auf die als Gewinn ausgelobten Produkte auch als „Händlerin“ i.S.v. Art. 6 Unterabs. 1 Buchst. a), Art. 2 Nr. 13 der Verordnung Nr. 2017/1369 anzusehen ist. Der klagende Wettbewerbsverein hatte geltend gemacht, die Definition des Händlerbegriffs in Art. 2 Nr. 13 der Verordnung umfasse ihrem Wortlaut nach das Anbieten oder Ausstellen von Produkten an bzw. für Kunden zum „unentgeltlichen Kauf“ und damit beispielsweise auch im Wege der Auslobung als Gewinn³⁸. Der Bundesgerichtshof hat den Begriff des

³⁶a.a.O. – juris, Rn. 27

³⁷BGH, Beschluss vom 23. Januar 2025 – [I ZR 53/24](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

³⁸a.a.O. – juris, Rn. 23.

Händlers als auslegungsbedürftig angesehen und ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet.

Seite 15 von 39

6. Vergleichende Werbung
(entfällt)

7. Unzumutbare Belästigung
(entfällt)

8. Rechtsfolgen: „Payout Fee“ (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG)

Die grundlegende Entscheidung “Payout Fee”³⁹ betrifft die Reichweite des wettbewerblichen Beseitigungsanspruchs. Der beklagte Konzertveranstalter hatte gegenüber der Verbraucherzentrale Bundesverband eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben, die Erhebung einer Rückerstattungsgebühr i.H.v. 2,50 € gegenüber Kunden zu unterlassen. Gestützt hierauf klagte der Bundesverband in der Hauptsache auf Rückzahlung dieser Gebühr (Payout Fee) gegenüber allen Verbrauchern; hilfsweise begehrte die Klägerin, den Beklagten zu verurteilen, die bezifferte Gebühr i.H.v. 2,50 € zurückzuzahlen (Hilfsantrag a)) sowie dem Kläger Auskunft über die Kunden zu erteilen, denen gegenüber er diese Gebühr einbehalten hat (Hilfsantrag b)). Der Bundesgerichtshof betrachtet die Klage bereits als teilweise unzulässig. Der Hauptantrag und der Hilfsantrag a) seien auf eine Verurteilung des Beklagten zur Rückerstattung einbehaltener Restguthaben an "alle Kunden" gerichtet, die Verbraucher und von einem solchen Einbehalt betroffen sind⁴⁰. In beiden Anträgen fehle es allerdings an der erforderlichen Individualisierung der Kunden, an die die Rückzahlung erfolgen solle. Dem Erfordernis einer Konkretisierung der Zahlungsempfänger lasse sich nicht entgegenhalten, dass der effektive Rechtsschutz für Verbraucher nicht mehr gewährleistet wäre. Bereits die Möglichkeit, eine Feststellungs- oder Stufenklage zu erheben, gewährleistet hinreichenden Rechtsschutz. Zudem sehe § 15 Abs. 2 VDuG nunmehr vor, dass einer klageberechtigten Stelle ermöglicht wird, die Verurteilung eines

³⁹Urteil vom 11. September 2024 – [I ZR 168/23](#) – juris.

⁴⁰a.a.O. – juris, Rn. 12.

Unternehmens zur Leistung an Verbraucher zu beantragen, die nur anhand ihrer gleichartigen Ansprüche konkretisiert sind. Die Erfüllung der berechtigten Ansprüche betroffener Verbraucher, die sich dem Abhilfeverfahren angeschlossen haben, aber in dem Abhilfeendurteil nicht namentlich bezeichnet sind, erfolge dann in einem vom Gericht nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 VDuG angeordneten Umsetzungsverfahren⁴¹. Der Hauptantrag auf Rückzahlung der einbehaltenen Payout Fee sei zudem nicht – wie grundsätzlich erforderlich – auf einen ziffernmäßig angegebenen Betrag gerichtet⁴².

Der auf Auskunftserteilung gerichtete Hilfsantrag b) sei zwar zulässig, aber in der Sache unbegründet. Insoweit fehle es an einem Hauptanspruch, der mit der Auskunftserteilung vorbereitet und durchgesetzt werden könne. Der vom Kläger geltend gemachte Beseitigungsanspruch auf Rückzahlung der einbehaltenen Payout Fee komme weder aus § 1 UKlaG noch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 UWG in Betracht. Der auf (Folgen-) Beseitigung gerichtete Hauptanspruch, der mit dem Auskunftsanspruch vorbereitet werden soll, lasse sich nicht aus § 1 UKlaG herleiten; die Vorschrift des § 1 UKlaG begründe nur einen Anspruch auf Unterlassung, nicht aber auch auf Beseitigung⁴³. Dem Kläger stehe gegen den Beklagten auch kein (Folgen-) Beseitigungsanspruch auf Rückzahlung der einbehaltenen Payout Fee an die betroffenen Verbraucher gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, Abs. 3 Nr. 3 UWG unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs gemäß §§ 3, 3a UWG i.V.m. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB zu⁴⁴.

Das Berufungsgericht habe im Ausgangspunkt zu Recht angenommen, dass die Klausel über die Erhebung einer Payout Fee in Höhe von 2,50 € bei Auszahlung nicht verbrauchten Guthabens gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sei, weil der Beklagte mit der Rückerstattung nicht verbrauchter Geldbeträge keine eigenständige vergütungsfähige

⁴¹a.a.O. – juris, Rn. 15.

⁴²a.a.O. – juris, Rn. 16.

⁴³a.a.O. – juris, Rn. 21.

⁴⁴a.a.O. – juris, Rn. 22 f.

Leistung erbringe, sondern eine ohnehin bestehende vertragliche Verpflichtung erfülle⁴⁵. Zutreffend habe das Berufungsgericht aber auch angenommen, dass der Kläger nicht gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 UWG verlangen könne, dass der Beklagte den Kunden, die Verbraucher sind, die aufgrund der unwirksamen Klausel in den Nutzungsbedingungen des Beklagten einbehaltene Payout Fee unmittelbar auszahlt⁴⁶. Die Zuerkennung eines (Folgen-) Beseitigungsanspruchs auf Rückzahlung zu Lasten einer Vielzahl von Verbrauchern einbehaltener Geldbeträge an die betroffenen Verbraucher stehe mit der Systematik des kollektiven Rechtsschutzes nach dem geltenden Recht nicht im Einklang. Der Gesetzgeber habe bereits bei Regelung des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG im Jahr 2004 erkannt, dass Durchsetzungsdefizite bei sogenannten Streuschäden bestehen, also in Fallkonstellationen, in denen – wie im Streitfall – durch unlauteres Verhalten eine Vielzahl von Verbrauchern geschädigt wird, die Schadenshöhe im Einzelnen aber so gering ist, dass Betroffene aus Zweckmäßigkeitserwägungen regelmäßig von einer Rechtsverfolgung absehen. Der Anspruch auf Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG setze – wie auch der im Jahr 2022 eingeführte Anspruch auf Verbraucherschadensersatz nach § 9 Abs. 2 UWG – Verschulden voraus. Diese Systematik würde durch einen verschuldensunabhängigen Ausgleich zu Gunsten von Verbrauchern mit dem Beseitigungsanspruch des § 8 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 UWG unterlaufen⁴⁷. Mit der im Jahr 2023 durch das Verbraucherrechterdurchsetzungsgesetz eingeführten Abhilfeklage (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, § 14 VDuG) und der schon seit dem Jahr 2018 bestehenden Musterfeststellungsklage (zuvor §§ 606 ff. ZPO; jetzt § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 41 VDuG) habe der Gesetzgeber ermöglicht, dass qualifizierte Verbraucherverbände (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 VDuG) gegen Unternehmer gerichtete Ansprüche von Verbrauchern auf Leistung geltend machen und dass Feststellungen getroffen werden, die für eine Vielzahl von individuellen Ansprüchen

⁴⁵a.a.O. – juris, Rn. 25.

⁴⁶a.a.O. – juris, Rn. 26.

⁴⁷a.a.O. – juris, Rn. 36.

relevant sind. Um an einem Abhilfeverfahren oder einem Musterfeststellungsverfahren teilnehmen zu können, müssten Verbraucher ihre Ansprüche wirksam zur Eintragung im Verbandsklageregister anmelden (§ 4 Abs. 1, § 46 VDuG). Werden Verbraucher nicht namentlich bezeichnet, sondern anhand der Voraussetzungen ihrer Anspruchsberechtigung kollektiv beschrieben, richte sich die Klage auf Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrags (§ 15 Abs. 2 Satz 2, § 19 VDuG), der in einem späteren Umsetzungsverfahren (§§ 22 bis 38 VDuG) an alle berechtigten Verbraucher verteilt wird. Ein aus § 8 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 UWG abgeleiteter verschuldensunabhängiger Beseitigungsanspruch der Berechtigten aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 bis Nr. 4 UWG, mit der ein Unternehmer zur Rückzahlung der von ihm zu Lasten einer Vielzahl von Verbrauchern einbehaltenen Geldbeträge an die betroffenen Verbraucher verpflichtet werden könnte, träte – so der Senat – neben dieses vom Gesetzgeber austarierte Konzept des kollektiven Rechtsschutzes. Die Zuerkennung eines (Folgen-) Beseitigungsanspruchs auf Rückzahlung der zu Lasten einer Vielzahl von Verbrauchern einbehaltenen Geldbeträge an die betroffenen Verbraucher sei auch nicht zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes geboten⁴⁸.

9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales

a) „DFL-Supercup“ (§§ 2 Abs. 1 Nr. 4, 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG)

In seiner Entscheidung „DFL-Supercup“⁴⁹ konkretisiert der I. Zivilsenat den Begriff des Mitbewerbers i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG. Die Klägerin dieses Verfahrens, die Veranstalterin des DFL-Supercups, hatte im Rahmen eines Testkaufs Tickets für eines ihrer eigenen Spiele über die Plattform der Beklagten erworben, einer Betreiberin einer Online-Ticketbörse. Mit ihrem Unterlassungsbegehren beanstandete die Klägerin u.a., dass die Beklagte den Verkauf von Eintrittskarten für Veranstaltungen der Klägerin ermögliche, bevor für die jeweilige Veranstaltung bei der Klägerin oder autorisierten Stellen

⁴⁸a.a.O. – juris, Rn. 37 f.

⁴⁹BGH, Urteil vom 21. November 2024 – [I ZR 107/23](#) – juris.

Karten verfügbar seien. Nach erstinstanzlicher antragsgemäßer Verurteilung hatte das Berufungsgericht die Klage wegen fehlender Aktivlegitimation der Klägerin für unbegründet erachtet. Das gab dem Senat Gelegenheit, den Mitbewerberbegriff i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG unter den in Betracht kommenden Aspekten klarzustellen.

Der Bundesgerichtshof tritt zunächst der Auffassung des Berufungsgerichts bei, dass kein unmittelbares Wettbewerbsverhältnis unter dem Gesichtspunkt des Substitutionswettbewerbs zwischen den Parteien bestanden habe. Weder seien die Parteien auf dem gleichen sachlichen Markt noch in der gleichen Branche tätig. Die Klägerin verkaufe Eintrittskarten im Erstverkauf. Die Beklagte stelle als Dienstleister gegen eine umsatzabhängige Vergütung eine Verkaufsplattform für den Verkauf von Eintrittskarten zur Verfügung. Eine Substituierbarkeit der Leistungen beider Parteien lasse sich nicht allein daraus ableiten, dass beide ihr Angebot an Fußballinteressierte richten, die Tickets für ein Spiel erwerben wollen. Die Ausrichtung der Leistungen an denselben Endkundenkreis reiche insoweit nicht aus. Denn die Parteien seien nicht lediglich auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen mit der gleichen Leistung befasst. Die Leistung eines Plattformbetreibers, der Angebote Dritter vermittelt, ohne selbst die von Dritten angebotenen Produkte anzubieten, sei nicht mit dem Angebot dieser Produkte austauschbar⁵⁰. Die weitere Beurteilung des Berufungsgerichts, es bestehe auch kein mittelbares Wettbewerbsverhältnis unter dem Gesichtspunkt der Förderung fremden Wettbewerbs durch die Beklagte, ist aus Sicht des Senats gleichfalls revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht habe zu Recht angenommen, die allgemeine Behauptung der Klägerin, die Plattform der Beklagten werde sowohl von privaten als auch von gewerblichen Anbietern genutzt, erlaube nicht den Schluss darauf, dass dort auch Fußballtickets von gewerblichen Anbietern verkauft würden⁵¹.

⁵⁰a.a.O. – juris, Rn. 46.

⁵¹a.a.O. – juris, Rn. 47.

Ein unmittelbares Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien könne mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung indes unter dem Gesichtspunkt der Förderung eigenen und der Beeinträchtigung fremden Wettbewerbs nicht verneint werden. Das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Falle fehlender Substituierbarkeit der angebotenen Waren oder Dienstleistungen auch vorliegen kann, wenn zwischen den Vorteilen, welche die Beklagte als Betreiberin eines Internetmarktplatzes zur Vermittlung von Wiederverkäufen von Tickets auf dem Zweitmarkt zu erreichen sucht, und den Nachteilen, welche die Klägerin als Direktvermarkter von Originaltickets auf dem Erstmarkt erleidet, eine Wechselwirkung und ein hinreichender wettbewerbslicher Bezug bestünden. Da es für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung regelmäßig nur um die konkret beanstandete Wettbewerbsbehandlung geht, genüge es, dass das Wettbewerbsverhältnis erst durch diese Wettbewerbshandlung begründet worden ist, auch wenn die Parteien unterschiedlichen Branchen angehören⁵². Im Streitfall komme in Betracht, dass die für die Begründung eines Wettbewerbsverhältnisses notwendige Wechselwirkung durch die mit der Klage beanstandeten Werbeaussagen begründet wird, die die Beklagte auf ihrer Internetplattform im Zuge des Verkaufsvorgangs von Eintrittskarten getätigt hat. Diese Aussagen, mit denen die Beklagte den Verkauf von Eintrittskarten für die Veranstaltung der Klägerin fördert, seien geeignet, sich nachteilig auf das Ansehen der Klägerin und die Vermarktung ihrer Fußballspiele auszuwirken⁵³.

b) Festsetzung eines Ordnungsgelds (§§ 890, 891 ZPOP)

Im Beschluss vom 11. September 2024⁵⁴ setzt der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs seine Rechtsprechung zu der für eine sofortige Beschwerde notwendigen Beschwer des Gläubigers bei einem Antrag auf Festsetzung eines Ordnungsgelds fort. Ergibt sich aus dem Ordnungsmittelantrag des

⁵²a.a.O. – juris, Rn. 55.

⁵³a.a.O. – juris, Rn. 56.

⁵⁴Beschluss vom 11. September 2024 – [I ZB 93/23](#) – juris.

Gläubigers – einschließlich dessen Begründung – weder ein (Mindest-) Betrag noch eine Größenordnung für das beantragte Ordnungsgeld, legt 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 hier – sein Ermessen aus und verhängt ein Ordnungsmittel, ist ein solches vom Gläubiger verfolgtes Rechtsschutzziel erfüllt und fehlt es an einer Beschwer⁵⁵. Diese Grundsätze gelten – wie der Senat jetzt klarstellt – auch für den Fall der Beantragung von Ordnungsmitteln durch einen qualifizierten Verbraucherverband i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG. Der Umstand, dass ein qualifizierter Verbraucherverband lauterkeitsrechtliche Ansprüche zwar im eigenen Namen, aber im Kollektivinteresse verfolgt, rechtfertigt es nicht, ihn von einem nach den §§ 91 ff. ZPO jeden Antragsteller treffenden Kostenrisiko freizustellen, das sich realisieren kann, wenn die gerichtliche Entscheidung hinter dem gestellten Antrag zurückbleibt. Es sei nicht ersichtlich, dass ein Verbraucherverband an der effektiven Rechtsdurchsetzung, insbesondere an der Stellung von Ordnungsmittelanträgen, gehindert würde. Gleichermaßen sei es einem Verbraucherverband zuzumuten, bereits bei Antragstellung die Möglichkeit eines Rechtsmittels einzukalkulieren⁵⁶.

c) Prozesskostenhilfe für juristische Person

Nach § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO erhält eine inländische juristische Person oder parteifähige Vereinigung auf Antrag nur dann Prozesskostenhilfe, wenn die Kosten weder von ihr noch von am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde⁵⁷. Das erforderliche allgemeine Interesse an der

⁵⁵a.a.O. – juris, Rn. 9; unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 23. November 2023 – [I ZB 29/23](#) – juris, Rn. 18

⁵⁶a.a.O. – juris, Rn. 12.

⁵⁷BGH, Beschluss vom 13. Juni 2024 – [I ZA 2/24](#) – juris, Rn. 2

beabsichtigten Rechtsverfolgung oder -verteidigung soll verhindern, dass Kapitalgesellschaften, deren Rechtsträgerschaft an ein ausreichendes Vermögen gebunden ist und die eine von der Rechtsordnung anerkannte Existenzberechtigung nur besitzen, wenn sie in der Lage sind, ihre Ziele aus eigener Kraft zu verfolgen, ihre wirtschaftlichen Interessen auf Kosten der Allgemeinheit verwirklichen. Der Anwendungsbereich des § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO beschränkt sich mithin auf Sachverhalte, die größere Kreise der Bevölkerung oder des Wirtschaftslebens ansprechen und soziale Wirkungen nach sich ziehen⁵⁸.

Die Voraussetzung für die Gewährung von Prozesskostenhilfe, dass ohne die beabsichtigte Rechtsverfolgung allgemeine Interessen beeinträchtigt wären, liegt regelmäßig nicht vor, wenn die Antragstellerin mit einer auf § 17 UWG a.F. gestützten Klage allein ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen am Schutz von Betriebsgeheimnissen verfolgt (hier: in Bezug auf eine mobile Saatgutaufbereitungsanlage) und nicht einmal geltend gemacht wird, dass von der Durchführung des Prozesses die Existenz eines Unternehmens abhinge, an dessen Erhaltung wegen der großen Zahl von Arbeitsplätzen ein allgemeines Interesse besteht.⁵⁹

d) „Lieferantenausfall bei Mittelspannungskunden“ (§ 8 UWG; § 32 EnWG)

In der Rechtssache „Lieferantenausfall bei Mittelspannungskunden“⁶⁰ hält der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs fest, dass für den Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 UWG neben dem Anspruch aus § 32 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EnWG kein Raum ist. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass bei Kartellrechtsverstößen § 8 UWG von §§ 33 ff. GWB verdrängt wird, weil das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Anspruchsberechtigung für Verstöße

⁵⁸a.a.O. – juris, Rn. 3.

⁵⁹a.a.O. – juris, Rn. 4.

⁶⁰BGH, Urteil vom 17. September 2024 – [EnZR 57/23](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

gegen das Kartellrecht abschließend regelt und dies nicht mit der deutlich weiterreichenden Anspruchsberechtigung von Verbänden nach § 8 Abs. 3 UWG unterlaufen werden darf. Für § 32 EnWG gelte, wie der Kartellsenat jetzt klarstellt, nichts Anderes. Diese Bestimmung enthalte spezielle zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen im Zusammenhang mit dem Netzanschluss und dem Netzzugang, und zwar auch für Marktbeteiligte, gegen die sich der Verstoß nicht gezielt richtet. Der Gesetzgeber hat die zivilrechtlichen Sanktionen des EnWG ausdrücklich am Vorbild des Kartellrechts ausgerichtet⁶¹. Der auf § 8 Abs. 1 UWG gestützte und der aus § 32 Abs. 1 EnWG folgende Unterlassungsanspruch bildeten danach einen einheitlichen Streitgegenstand. Wenn die Klägerseite sich auf einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach § 20 Abs. 1 EnWG und gegen die in § 6a EnWG normierte Vertraulichkeit von Informationen beziehe, seien beide Angriffe auf denselben Lebenssachverhalt gestützt⁶².

10. Sonstiges (entfällt)

II. Kartellrecht

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

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

In seinen Urteilen „LKW-Kartell IV“⁶³ und „LKW-Kartell V“⁶⁴ vom 09. Juli 2024 bzw. 01. Oktober 2024 entwickelt der Kartellsenat seine Rechtsprechung zum Kartellschadensersatz fort.

⁶¹a.a.O. – juris, Rn. 28.

⁶²a.a.O. – juris, Rn. 29.

⁶³BGH, Urteil vom 09. Juli 2024 – [KZR 98/20](#) – juris.

⁶⁴BGH, Urteil vom 01. Oktober 2024 – [KZR 60/23](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Der Klage im Verfahren „LKW-Kartell IV“ lagen 112 Erwerbsvorgänge über von Tochtergesellschaften einer Kartellbeteiligten hergestellte Lastkraftwagen zugrunde, die der Kläger zum Teil über Mietkaufverträge oder Darlehensverträge finanziert hatte; bei einigen Fahrzeugen handelte es sich um Vorführ- oder Gebrauchtwagen. Den eingeklagten Schadensersatz stützte der Kläger auf eine von der EU-Kommission bei einer Beratungsfirma in Auftrag gegebene Studie zur Quantifizierung von Kartellschäden aus dem Jahr 2009, wonach Kartelle im Median zu einem kartellbedingten Preisaufschlag von 18 % des gezahlten Preises führen sollen. Für die Klage hatte der Kläger auf dieser Grundlage eine kartellbedingte Preiserhöhung von 15 % des jeweiligen Erwerbspreises zugrunde gelegt. Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hatte gemeint, es fehle an einer hinreichenden Substantiierung des Schadens durch den Kläger. Angesichts der Vielgestaltigkeit und Komplexität wettbewerbsbeschränkender Absprachen lasse sich anhand der vom Kläger vorgelegten Studie nicht auf wissenschaftlich-empirischer Grundlage belegen, dass im Fall des LKW-Kartells eine ausreichende Wahrscheinlichkeit für eine kartellbedingte Preiserhöhung von 15 % oder in Höhe eines anderen Prozentsatzes im Sinne eines Mindestschadens bestehe. Die für eine Schadensermittlung erforderlichen Anknüpfungstatsachen habe der Kläger nicht dargelegt. Dieser Würdigung ist der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs entgegengetreten.

Um die erforderliche Überzeugung von der Schadensentstehung i.S.v. § 287 Abs. 1 ZPO zu gewinnen, ist nach etablierter Senatsrechtsprechung im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigen, dass zugunsten des Abnehmers eines an einer Kartellabsprache beteiligten Unternehmens eine auf der hohen Wahrscheinlichkeit eines solchen Geschehens beruhende tatsächliche Vermutung – im Sinne eines Erfahrungssatzes – dafür streiten kann, dass die im Rahmen des Kartells erzielten Preise im Schnitt über diejenigen liegen, die sich ohne die wettbewerbs-

beschränkende Absprache gebildet hätten⁶⁵. Wie der Senat jetzt hervorhebt, dürfen im Rahmen des § 287 Abs. 1 ZPO an die Darlegung konkreter Anhaltspunkte für die Feststellung des aus einer wettbewerbswidrigen Absprache resultierenden Schadens eines Abnehmers keine zu hohen Anforderungen gestellt werden⁶⁶. Der Kartellgeschädigte, der seinen Schadensersatzanspruch gerichtlich durchsetzen möchte, verfüge typischerweise weder über die erforderlichen Daten noch den notwendigen Sachverstand, um den Preishöhenschaden zu ermitteln. Das gelte insbesondere für die Schadensermittlung auf Grundlage einer anerkannten ökonomischen Methode. Nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen sei er auch nicht verpflichtet, den Umfang des geltend gemachten Schadens durch ein privates Sachverständigengutachten näher darzulegen⁶⁷. Danach genüge es für die Darlegung eines kartellbedingten Preishöhenschadens, wenn der Kläger alle greifbaren Anhaltspunkte für die nach § 287 ZPO vorzunehmende Schadensschätzung vorträgt, zu deren Darlegung er (ohne weiteres) in der Lage ist. Solche Anhaltspunkte könnten sich aber nicht nur aus (ökonometrischen) Vergleichsbetrachtungen, sondern je nach den Umständen des Einzelfalls auch aus sonstigen Indizien ergeben, die unter Berücksichtigung des genannten Erfahrungssatzes geeignet sind, auf einen erheblichen Schaden des Klägers zu schließen, insbesondere aus den im Bußgeldbescheid festgestellten Umständen⁶⁸.

Für den vom Kläger wegen des Erwerbs von Gebrauch- und Vorführwagen geltend gemachten Schadensersatz führt der Senat erstmals aus, insoweit finde zwar der Erfahrungssatz, dass die im Rahmen des Kartells erzielten Preise im Schnitt über denjenigen liegen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache gebildet hätten, keine unmittelbare Anwendung. Denn die Absprachen der Kartellbeteiligten bezögen sich nach den bindenden Feststellungen des Kommissionsbeschlusses vom 19. Juli 2016

⁶⁵BGH, Urteil vom 09. Juli 2024 – [KZR 98/20](#) – juris, Rn.11.

⁶⁶a.a.O. – juris, Rn. 17.

⁶⁷a.a.O. – juris, Rn. 20.

⁶⁸a.a.O. – juris, Rn. 21.

allein auf Neuwagen, der Erwerb eines gebrauchten Lastkraftwagens habe mithin auf einer nachgelagerten Marktstufe stattgefunden. Es sei jedoch nicht auszuschließen, dass dem Kläger auch wegen des Erwerbs der Gebraucht- und Vorführwagen ein kartellbedingter Schaden entstanden ist. Es bestehe die Möglichkeit, dass der jeweilige Verkäufer des Gebrauchtfahrzeugs einen ihm auf der ersten Marktstufe entstandenen Kartellschaden auf den Kläger – teilweise – abgewälzt haben könnte⁶⁹.

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

Im Klageverfahren „LKW-Kartell V“ hatte der dortige Kläger als Insolvenzverwalter des Erwerbers Schadensersatzansprüche wegen 27 Leasing- und 10 Mietkaufverträgen geltend gemacht. Nach erstinstanzlicher Abweisung der Klage hatte das Berufungsgericht die Klageabweisung teilweise bestätigt und die Sache teilweise wegen eines wesentlichen Verfahrensmangels nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO an das Landgericht zurückverwiesen. Unter Fortführung der Entscheidung „LKW-Kartell III“ führt der Senat zunächst zur Kartellbetroffenheit der Erwerbsvorgänge aus, sowohl der unmittelbare oder mittelbare Erwerb eines von der Kartellabsprache betroffenen Fahrzeugs der Beklagten und der Streithelferinnen als auch der Abschluss von Leasing- oder Mietkaufverträgen über solche Fahrzeuge seien geeignet, einen Schaden des Anspruchstellers zu begründen. Dafür genüge, dass die Fahrzeuge auf den Grundmodellen ("Ecktypen") aufbauten, deren Listenpreise Gegenstand der Absprachen waren, da die durch das Kartell bewirkte Verfälschung der Bedingungen des Marktgeschehens damit jedenfalls geeignet gewesen sei, sich auf die individuellen Transaktionspreise für Fahrzeuge der Kartellbeteiligten auszuwirken⁷⁰. Zu verneinen sei die Kartellbetroffenheit allerdings für solche Beschaffungsvorgänge, für die nach

⁶⁹a.a.O. – juris, Rn. 29.

⁷⁰BGH, Urteil vom 01. Oktober 2024 – [KZR 60/23](#) – juris, Rn. 22 unter Verweis auf Urteil vom 05. Dezember 2023 – [KZR 46/21](#) – LKW-Kartell III – juris, Rn. 15;

den Feststellungen des Berufungsgerichts jegliche Angaben zu den Leasingverträgen fehlen und der Kläger auch weder Beweisanträge gestellt noch gemäß § 33g GWB die Herausgabe der Leasing- und Mietkaufverträge verlangt hat⁷¹. Für einen weiteren Beschaffungsvorgang habe der Kläger jedenfalls nicht dargelegt, dass die Voraussetzungen des materiellrechtlichen Auskunfts- und Offenlegungsanspruch des § 33g Abs. 1 und 10 GWB erfüllt sind. Der Anspruch setze voraus, dass der Kläger eine substantiierte Begründung vorlegt, die mit zumutbarem Aufwand zugängliche Tatsachen und Beweismittel enthält, welche die Plausibilität eines Schadensersatzanspruchs ausreichend stützen. Der Kläger habe indes nicht vorgetragen, dass er sich an die Leasinggeberin gewendet habe, sie noch im Besitz des Vertrags sei und er (erfolglos) eine Abschrift des Vertrags erbeten habe. Es könne daher dahinstehen, ob sich der Anspruch des § 33g GWB angesichts der insoweit fehlenden Informationsasymmetrien von vornherein nicht auf Urkunden richtet, in deren Besitz der Kläger zunächst gewesen ist, die er aber verloren oder vernichtet hat, oder ob ein Anspruch in einem solchen Fall bestehen kann, wenn der Dritte, der noch im Besitz der Urkunde ist, eine Herausgabe gegenüber dem Kläger verweigert⁷².

Für die weiteren Beschaffungsvorgänge habe das Berufungsgericht die Voraussetzungen einer Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO verfahrensfehlerhaft bejaht. Die Klage sei allerdings nicht schon deswegen abweisungsreif, weil es an ausreichenden Darlegungen des Klägers zu einem Schaden der Insolvenzschuldnerin fehle. Der Senat habe in der Sache „LKW-Kartell III“ entschieden, dass unter bestimmten Voraussetzungen zugunsten eines Leasingnehmers und Mietkäufers der Erfahrungssatz herangezogen werden könne, dass die im Rahmen des Kartells erzielten Preise im Schnitt über diejenigen liegen, die sich ohne die wettbewerbsbeschränkende Absprache gebildet hätten⁷³. Dies gelte

⁷¹ a.a.O. – juris, Rn. 28.

⁷² a.a.O. – juris, Rn. 36.

⁷³ a.a.O. – juris, Rn. 42.

auch, soweit einzelne Leasingverträge als „Teilmortisations-leasing“ bezeichnet seien. Auch sogenannte "Teilmortisationsverträge" seien in der Regel auf Vollamortisation gerichtet, die bei dieser Vertragsgestaltung durch ein Andienungsrecht zu einem fest vereinbarten Preis oder eine Abschlusszahlung erreicht werde⁷⁴. Eine Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO wegen einer umfangreichen oder aufwendigen Beweisaufnahme dürfe allerdings nur erfolgen, wenn die Beweisaufnahme im weiteren Verlauf des Verfahrens sicher zu erwarten sei. Diese Voraussetzung habe das Berufungsgericht unter Verweis auf ein zwingend einzuholendes gerichtliches (ökonomisches) Gutachten zu Unrecht bejaht. Vielmehr werde das Berufungsgericht unter Berücksichtigung der für die Insolvenzschuldnerin streitenden Erfahrungssätze die für die Feststellung des Schadens gemäß § 287 Abs. 1 ZPO erforderliche umfassende Würdigung aller maßgeblichen Umstände vorzunehmen haben. Dabei würden auch die von den Parteien vorgelegten Gutachten zu berücksichtigen sein. Erst aufgrund einer solchen Gesamtwürdigung werde das Berufungsgericht darüber entscheiden können, ob eine (weitere) Beweisaufnahme erforderlich ist und – falls das zu bejahen sein sollte – worauf sie sich zu erstrecken hat. Sodann könne erst beurteilt werden, ob es sich um eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme i.S.v. § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO handelt⁷⁵.

2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung/sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (§ 18 bis § 21 GWB, Art. 102 AEUV): Mobilitätsplattform (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 GWB; Art. 102 AEUV)

Im Beschluss vom 12. November 2024⁷⁶ befasst sich der Kartellsenat mit der Frage, ob der sog. LRAIC-Maßstab auch für die Inanspruchnahme von Vertriebsleistungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen zur Anwendung kommt.

⁷⁴a.a.O. – juris, Rn. 43.

⁷⁵a.a.O. – juris, Rn. 52.

⁷⁶BGH, Beschluss vom 12. November 2024 – [KVR 2/24](#) – juris.

Mit Verfügung vom 26. Juni 2023 hatte das Bundeskartellamt festgestellt, dass sich die Deutsche Bahn AG (DB AG) rechtswidrig verhält, soweit sie gegenüber Anbietern von Mobilitätsplattformen keine Vergütung für Buchungs- und Zahlungsabwicklungen sowie keine Provision für den Verkauf von Fahrkarten zahle; gleichzeitig hatte das Bundeskartellamt die DB AG verpflichtet, Mobilitätsplattformen eine Vergütung für die Zahlungs- und Buchungsabwicklung und eine Vermittlungsprovision anzubieten, wobei die Vergütung bzw. Provision nicht die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals (Long Run Average Incremental Costs, LRAIC) unterschreiten dürfe, die bei der DB AG selbst für entsprechende Leistungen entstünden. In dem hiergegen gerichteten Beschwerdeverfahren hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf die aufschiebende Wirkung der Beschwerde im Hinblick auf die Verpflichtungen zur Zahlung einer Vergütung bzw. Provision nach dem LRAIC-Maßstab angeordnet. Die hiergegen von einem beigeladenen Anbieter einer Mobilitätsplattform erhobene Nichtzulassungsbeschwerde hatte keinen Erfolg. Auf der Grundlage der angegriffenen Verfügung könne, so der Senat, nicht die von der Nichtzulassungsbeschwerde aufgeworfene Frage beantwortet werden, ob sich die DB AG – und weitergehend jedes marktbeherrschende Unternehmen – stets missbräuchlich i.S.v. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 GWB, Art. 102 AEUV verhalte, wenn es für (Vertriebs-) Leistungen Vergütungen oder Provisionen zahle, die hinter den beim Eigenvertrieb anfallenden LRAIC zurückbleiben⁷⁷. Der LRAIC-Maßstab bestimme das Mittel aller variablen und fixen Kosten, die einem Unternehmen bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen. Dieser Maßstab habe bislang für die Beurteilung von preisbezogenen Behinderungsmissbräuchen nach Art. 102 AEUV Bedeutung erlangt, insbesondere bei der Anwendung von Kampfpreisen sowie bei Strategien zur Margenbeschneidung gegenüber Wettbewerbern⁷⁸. Indem sich das

⁷⁷a.a.O. – juris, Rn. 14.

⁷⁸a.a.O. – juris, Rn. 17.

Bundeskartellamt zur Begründung einer allgemeinen Missbrauchsgrenze auf diese Rechtsprechung stütze, trage es dem Umstand keine Rechnung, dass sie Fallgruppen betreffe, in denen das marktbeherrschende Unternehmen missbräuchlich niedrige Preise für die eigenen Waren oder Dienstleistungen bestimme, um auf diese Weise Wettbewerber zu behindern. Die im vorliegenden Verfahren maßgebliche Sachverhaltsgestaltung weiche davon jedoch erheblich ab, weil das vom Bundeskartellamt beanstandete Verhalten die Preisbestimmungsmacht des marktbeherrschenden Unternehmens bei der Inanspruchnahme der Vertriebsleistungen von Dritten betreffe, die auf dem nachgelagerten Markt im Wettbewerb mit der Vertriebsgesellschaft des marktbeherrschenden Unternehmens stehe. Die insoweit bestehenden Unterschiede rechtfertigten nicht ohne Weiteres die Annahme, der LRAIC-Maßstab bilde eine allgemeine Missbrauchsgrenze im Sinne eines Erfahrungssatzes⁷⁹. Mit dieser Differenzierung habe sich das Bundeskartellamt in der angegriffenen Verfügung nicht hinreichend auseinandergesetzt.

3. Zusammenschlusskontrolle

a) „Ostthüringer Zeitung“ (§§ 1; 76 Abs. 2 GWB)

In seinem Beschluss „Ostthüringer Zeitung“ zur Zurückweisung einer Nichtzulassungsbeschwerde führt der Kartellsenat aus, die Möglichkeit, dass ein Begründungselement innerhalb der erledigten fusionskontrollrechtlichen Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts Bedeutung für eine auf §§ 1, 32 GWB gestützte Abstellungsverfügung haben könnte, begründe kein Fortsetzungsfeststellungsinteresse für das fusionskontrollrechtliche Beschwerdeverfahren⁸⁰. In dieser Sache hatte das Bundeskartellamt in seinem Beschluss zur Untersagung des angemeldeten Vorhabens ausgeführt, der im Falle des angemeldeten Erwerbs eintretenden erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs und der

⁷⁹a.a.O. – juris, Rn. 19.

⁸⁰BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2024 – [KVZ 5/23](#) – juris.

Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung stehe nicht entgegen, dass die vom Zusammenschluss betroffenen Zeitungen bereits durch eine Vielzahl von Kooperationen wirtschaftlich eng verbunden seien und damit der in der Vergleichsbetrachtung zugrundeliegende Wettbewerb bereits gedämpft sei; denn – so das Bundeskartellamt – die Kooperationsabsprachen im redaktionellen Bereich verstießen ihrerseits gegen das Kartellrecht. Mit der gegen dieses Begründungselement gerichteten Nichtzulassungsbeschwerde wollte die Betroffene geklärt wissen, ob ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse auch dann vorliegt, wenn durch eine nicht in Rechtskraft erwachsende behördliche Feststellung – wie hier der Vorwurf, die redaktionelle Kooperation der von dem Zusammenschluss betroffenen Zeitungen verstoße gegen § 1 GWB – eine unklare Rechtslage entstanden sei, die unmittelbaren Einfluss auf die kartellrechtliche Beurteilung des aktuellen und künftigen Verhaltens des Beschwerdeführers habe⁸¹. Einen Klärungsbedarf dieser Rechtsfrage unter dem Gesichtspunkt der Grundsatzbedeutung hat der Kartellsenat verneint. Auch ohne ein erneutes konkretes Zusammenschlussvorhaben könne sich zwar im Verfahren der Fusionskontrolle ausnahmsweise ein schützenswertes Interesse an einer gerichtlichen Klärung aus dem Gesichtspunkt der Präjudizierung für ein derzeit noch nicht absehbares Zusammenschlussvorhaben ergeben. Allerdings könne eine Präjudizwirkung nicht angenommen werden, wenn sich die aus der rechtlichen Sicht der Kartellbehörde für die Untersagung maßgeblichen Gesamtumstände, insbesondere die Marktverhältnisse, so wesentlich geändert haben, dass die frühere Beurteilung keine prägende Bedeutung für die spätere Prüfung eines erneuten Zusammenschlussvorhabens (mehr) haben kann⁸². Von diesen Maßstäben sei das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei ausgegangen. Es habe unter Würdigung der konkreten Umstände sowohl eine Wiederholungsgefahr als auch eine Präjudizwirkung für ihr künftiges Zusammenschlussvorhaben verneint. Bei der beanstandeten Beurteilung des Bundeskartellamts handele es sich

⁸¹a.a.O. – juris, Rn. 9.

⁸²a.a.O. – juris, Rn. 12 f.

lediglich um ein Begründungselement innerhalb der fusionskontrollrechtlichen Bewertung; einzelne Begründungselemente der Untersagung könnten aber grundsätzlich nicht getrennt zur Überprüfung gestellt werden, auch wenn sie für künftige Entscheidungen Bedeutung haben können. Dies gelte nicht nur im Hinblick auf ihre Bedeutung für künftige fusionskontrollrechtliche Entscheidungen, sondern erst recht, soweit sie unabhängig von einem Zusammenschluss für andere Verfahrensarten, etwa kartellrechtliche Untersagungsverfügungen nach § 32 GWB, Bedeutung haben könnten⁸³

b) Heizstrommärkte (§ 36 GWB)

In dem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren betreffend ein Fusionskontrollverfahren zu Heizstrommärkten führt der Bundesgerichtshof im Beschluss vom 28. Mai 2024⁸⁴ aus, keine grundsätzliche Bedeutung komme der Frage zu, ob das Fehlen einer materiellen Beschwer des Beschwerdeführers hinsichtlich einzelner zusammenschlussbetroffener Märkte die gerichtliche Überprüfbarkeit dahingehend beschränkt, dass wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen in diesen Märkten bei einer Abwägung nach § 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB außer Betracht bleiben müssen. Diese Frage sei bereits geklärt und daher nicht klärungsbedürftig. 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

⁸³a.a.O. – juris, Rn. 14.

⁸⁴BGH, Beschluss vom 24. Mai 2024 – [KVR 81/23](#) – juris.

betroffen, muss er dartun, dass die Freigabe gerade in Bezug auf diesen Markt nicht gerechtfertigt erscheint⁸⁵.

Seite 33 von 39

Geklärt sei, so der Senat, aber auch die als grundsätzlich aufgeworfene Frage, ob angesichts einer bereits sehr starken marktbeherrschenden Stellung des Erwerbers allein aufgrund der geringen Größe des Zusammenschlussbedingten Marktanteilszuwachses eine Behinderung wirksamen Wettbewerbs auszuschließen sei. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung 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 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 sind. Die Anforderungen an die Verstärkungswirkung lassen sich allerdings nicht abstrakt festlegen⁸⁶. Von diesen Maßgaben sei das Beschwerdegericht zutreffend ausgegangen.

4. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung
(entfällt)

5. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales
(entfällt)

6. Sonstiges

⁸⁵ a.a.O. – juris, Rn. 9 f. unter Verweis auf Beschlüsse vom 24. Juni 2003 – [KVR 14/01](#) – HABET/Lekkerland – juris, Rn. 8; vom 12. September 2023 – [KVZ 73/20](#) – juris, Rn. 11 f..

⁸⁶ a.a.O. – juris, Rn. 13.

a) TÜV-Süd (§ 81 GWB; § 31 OWiG)

Seite 34 von 39

In seinem Beschluss vom 17. September 2024⁸⁷ befasst sich der Kartellsenat mit dem Eintritt der Verjährung von Ordnungswidrigkeiten nach § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 101 AEUV wie auch nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB. Die Verjährung ist gemäß § 81g GWB i.V.m. §§ 31 ff. OWiG zu bestimmen. Der Senat bekräftigt seine ständige Rechtsprechung, wonach im Fall einer Submissionsabsprache die Verjährung nicht schon mit dem sich aus der wettbewerbsbeschränkenden Absprache ergebenden Vertragsschluss, sondern erst mit der vollständigen Vertragsabwicklung beginnt. Dieser Zeitpunkt, der regelmäßig nicht vor der Erstellung der Schlussrechnung liege, sei maßgebend nicht nur für den von der Submissionsabsprache Begünstigten, sondern für sämtliche Personen, welche die Absprache getroffen haben, auch soweit sie absprachegemäß von einem eigenen Angebot abgesehen haben⁸⁸. Die für die Verfolgung geltende regelmäßige Verjährungsfrist beträgt gemäß § 81g Abs. 1 Satz 2 GWB fünf Jahre. Sie läuft an, sobald die Handlung i.S.d. § 31 Abs. 3 OWiG beendet ist. Dies betrifft nicht nur die bußgeldrechtliche Haftung des Betroffenen, sondern wegen der Akzessorietät zur Anknüpfungstat (§ 30 Abs. 4 Satz 3 OWiG) auch diejenige der Nebenbetroffenen. Nach dem Wortlaut knüpft § 31 Abs. 3 OWiG ebenso wie § 78a StGB den Verjährungsbeginn an den Eintritt des letzten tatbestandlichen Erfolgs an, sofern die Handlung nicht erst danach beendet ist. Damit ist allerdings weder die Vollendung oder Beendigung der Tat im materiell-rechtlichen Sinn noch der Begriff der "Tat" im prozessualen Sinn gemeint. Für den Verjährungsbeginn nach § 31 Abs. 3 OWiG sind vielmehr auch solche Umstände relevant, die nicht mehr von der objektiven Tatbestandsumschreibung erfasst werden, aber dennoch das materielle Unrecht

⁸⁷BGH, Beschluss vom 17. September 2024 – [KRB 101/23](#) – juris – vgl. auch den Beschluss zur Zurückweisung der hiergegen gerichteten Anhörsrüge vom 10. März 2025 unter dem gleichen Az.

⁸⁸a.a.O. – juris, Rn. 18 unter Verweis auf u.a. Beschluss vom 25. August 2020 – [KRB 25/20](#) – Unterlassenes Angebot – juris.

der Tat vertiefen⁸⁹. Als das Unrecht der Tat vertiefende Ausführungshandlungen der wettbewerbswidrigen Abstimmung i.S.d. § 81 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Art. 101 AEUV wie auch § 81 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB kommen danach nicht nur Tätigkeiten in Betracht, die der unzulässigen Vereinbarung des Marktverhaltens unmittelbar nachfolgen und die Gefahr einer Beeinträchtigung der Marktverhältnisse als Folge einer Durchsetzung des unwirksamen Vertrags erstmals begründen, sondern auch alle Handlungen, die nach der Vorstellung des Täters dem im konkreten Fall verfolgten Ziel einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung dienen, soweit sie geeignet sind, die Marktbeeinflussung durch Beschränkung des Wettbewerbs zu verstärken. Bei verbotenen Submissionsabsprachen sind nicht allein die manipulierten Angebote geeignet, diese Wirkung hervorzurufen, sondern es ist gerade auch die erfolgreiche Abwicklung der so erlangten Verträge, welche die Marktstellung des begünstigten Unternehmens auf Kosten seiner Konkurrenten und der Marktgegenseite stärkt und so die Gefahr einer Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung vergrößert⁹⁰.

Diese Bestimmung des Verjährungsbeginns gewährleiste, so der Senat, einen Gleichlauf der Kartellordnungswidrigkeiten nach § 81 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB mit der Strafnorm des § 298 StGB⁹¹. Das Unionsrecht stehe der Anwendbarkeit dieser für die Verfolgungsverjährung von Submissionsabsprachen dargestellten Grundsätze des deutschen Rechts nicht entgegen. Die Ahndung von Kartellordnungswidrigkeiten durch die Wettbewerbs- und Verfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten richte sich grundsätzlich nach dem jeweiligen nationalen – hier: nach deutschem – Verfahrensrecht, zu dem auch die Vorschriften über die Verfolgungsverjährung zählen⁹². Die unionsrechtlichen Anforderungen an das nationale Recht, die sich aus den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität ergäben, seien ebenfalls erfüllt. Dies gelte insbesondere für den Grundsatz der Effektivität. Die Anwendung der Verjährungsvorschriften nach § 81g

⁸⁹a.a.O. – juris, Rn. 19 f.

⁹⁰a.a.O. – juris, Rn. 25 f.

⁹¹a.a.O. – juris, Rn. 30.

⁹²a.a.O. – juris, Rn. 33.

GWB, §§ 31 ff. OWiG stelle die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sicher. Die mit fünf Jahren bemessene Dauer der Verjährungsfrist in § 81g Abs. 1 Satz 2 GWB stimme mit der Regelung in Art. 25 Abs. 1 Buchst. b VO 1/2003 überein. Die Regelungen über die Unterbrechung der Verjährung nach § 81g Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GWB, § 33 Abs. 1 OWiG, über das Ruhen nach § 81g Abs. 3 GWB und über die Ablaufhemmung nach § 81g Abs. 4 Satz 2 GWB entsprächen im Wesentlichen ebenfalls denjenigen des Art. 25 Abs. 3 bis Abs. 6 VO 1/2003. Sie seien insbesondere für den Bebußten unter keinen Umständen günstiger, so dass sich die Frage hinreichend effektiver Verfolgung insoweit nicht stelle⁹³. Das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 14. Januar 2021 in der Rechtssache „Eltel“ gebe im Streitfall zu einer abweichenden Beurteilung des Verjährungsbeginns keinen Anlass. Es binde die Gerichte der Mitgliedstaaten nur im Hinblick darauf, wann und unter welchen Voraussetzungen die Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV nach unionsrechtlichem Verständnis – auch im Hinblick auf den Beginn der unionsrechtlichen Verfolgungsverjährung – beendet ist. Die Anwendung vom Unionsrecht abweichender, mitgliedstaatlicher Regelungen zum verjährungsrechtlich maßgebenden Zeitpunkt der Beendigung einer solchen Zuwiderhandlung (wie der § 81g GWB, §§ 31 ff. OWiG und §§ 78 ff. StGB) werde davon hingegen nicht berührt⁹⁴.

b) Zubringerflüge (§ 54 GWB; § 21 VwVfG)

Im Beschluss vom 03. Dezember 2024⁹⁵ betont der Kartellsenat die unparteiische und unvoreingenommene Amtsführung durch das Bundeskartellamt nach § 54 Abs. 1 Satz 3 GWB i.V.m. §§ 20, 21 VwVfG. Das Bundeskartellamt hatte mit Verfügung vom 23. August 2022 festgestellt, dass Lufthansa im Verhältnis zu Condor gegen Kartellrecht verstoßen habe, indem sie Vereinbarungen über Zubringerflüge zu den Langstreckenflügen der Condor (sog. SPA-Vereinbarung) nicht verlängert habe;

⁹³a.a.O. – juris, Rn. 45.

⁹⁴a.a.O. – juris, Rn. 46 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 14. Januar 2021 – [C-450/19](#) – juris.

⁹⁵BGH, Beschluss vom 03. Dezember 2024 – [KVR 8/24](#) – juris.

das Bundeskartellamt hatte Lufthansa gleichzeitig verpflichtet, mit Condor nach bestimmten Maßgaben neue Verträge über Zubringerflüge zu schließen⁹⁶. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte mit Beschluss vom 10. Mai 2024 die aufschiebende Wirkung der von Lufthansa gegen diese Verfügung gerichteten Beschwerde angeordnet. Das Beschwerdegericht hatte im Wesentlichen angenommen, es bestünden ernstliche Zweifel an der formellen Rechtmäßigkeit der Amtsverfügung, da beachtliche Gründe dafür sprächen, dass gegen die Mitglieder der 9. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts im Zusammenhang mit einem Aktenvermerk vom 18. Dezember 2020 über eine Telefonkonferenz mit Vertretern des Bundeswirtschaftsministeriums (im Folgenden: BMWi) und der weiteren Verfahrensführung die Besorgnis der Befangenheit begründet sei. Der Vermerk erwecke den Eindruck, dass sich die Mitglieder der Beschlussabteilung zu einem Zeitpunkt, als die Zuständigkeit zwischen Europäischer Kommission und Bundeskartellamt noch nicht geklärt gewesen und Lufthansa noch nicht angehört worden sei, unter politischer Einflussnahme des BMWi darauf festgelegt hätten, das Verwaltungsverfahren mit dem Ergebnis zu führen, dass die Kündigung des SPA kartellrechtswidrig gewesen und Lufthansa zur Vereinbarung eines neuen SPA mit Condor verpflichtet sei. Zudem sei Lufthansa zunächst nur Akteneinsicht in eine erheblich abweichende Version des Gesprächsvermerks gewährt worden. Das erwecke den Eindruck, die Endfassung des Vermerks habe bewusst vorenthalten werden sollen⁹⁷.

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat diese Beurteilung des Beschwerdegerichts im Wesentlichen bestätigt. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts sei zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn eine Beschlussabteilung schon vor Verfahrenseinleitung und vor Anhörung des Betroffenen Gespräche mit dem BMWi führt, soweit diese dem Informationsaustausch und der Sachverhaltsermittlung dienen. Ein begründetes Misstrauen in die Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit

⁹⁶a.a.O. – juris, Rn. 4 f.I

⁹⁷a.a.O. – juris, Rn. 9.

der Mitglieder der Beschlussabteilung könne daraus nicht abgeleitet werden. Zu den Grundlagen einer fehlerfreien Verfahrensführung gehöre es allerdings, dass Gespräche mit Vertretern des politischen Raums vor Abschluss des Verfahrens lückenlos dokumentiert und für die Verfahrensbeteiligten transparent gemacht werden. Das sei auch zur Sicherstellung und Kontrolle der nach Art. 4 Abs. 2 Buchst. b) der Richtlinie (EU) 2019/1 vorgeschriebenen funktionellen Unabhängigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden gegenüber Weisungen der Regierung oder anderer öffentlicher oder privater Stellen geboten⁹⁸. Unter Berücksichtigung dieser Maßgaben habe das Beschwerdegericht zu Recht beachtliche Gründe für die Annahme bejaht, dass die Übermittlung der nicht dem Original entsprechenden Fassung des Gesprächsvermerks vom 18. Dezember 2020 auf das Akteneinsichtsgesuch von Lufthansa einen schwerwiegenden Verfahrensfehler darstelle, der geeignet ist, Misstrauen in die Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit der Mitglieder der Beschlussabteilung zu begründen⁹⁹.

Der Kartellsenat hatte in dieser Sache bereits unter dem 23. Oktober 2024 eine prozessuale Zwischenverfügung auf Antrag von Condor erlassen, wonach bis zur abschließenden Entscheidung im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren Lufthansa verpflichtet wurde, Buchungen von Condor im näher bezeichneten Umfang weiterhin zu ermöglichen¹⁰⁰. Ein Antrag auf Erlass einer prozessualen Zwischenverfügung sei auch dann statthaft, wenn – wie in diesem Fall – ein durch eine Abstellungsverfügung nach § 32 Abs. 1 GWB begünstigter Beigeladener in einem Kartellverwaltungsverfahren (§ 54 Abs. 2 GWB) mit der Rechtsbeschwerde gegen eine gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung vorgehe. Auch in einem solchen Fall gebietet es die Garantie des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG und das Gebot der Waffengleichheit (Art. 3 Abs. 1,

⁹⁸a.a.O. – juris, Rn. 20.

⁹⁹a.a.O. – juris, Rn. 21.

¹⁰⁰BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2024 – [KVR 8/24](#) – juris.

Art. 20 Abs. 3 GG) der Gefahr zu begegnen, dass während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens vollendete Tatsachen geschaffen werden¹⁰¹.

Seite 39 von 39

Karlsruhe, im Mai 2025

Dr. Peter Rädler

¹⁰¹a.a.O. – juris, Rn. 7.