

## **Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 1. Halbjahr 2021**

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

Dieser Beitrag fasst die im ersten Halbjahr 2021 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht zusammen.<sup>1</sup> Wegen des zum Teil längeren Zeitraums zwischen Absetzen und Veröffentlichung der Entscheidungen ist die Übersicht auf die bis zum 31. Juli 2021 veröffentlichten Entscheidungen begrenzt;<sup>2</sup> später veröffentlichte Entscheidungen werden in der nachfolgenden Rechtsprechungsübersicht berücksichtigt. Der Rechtsprechungsbericht zum Wettbewerbsrecht ist in dieser Übersicht auf das Lauterkeitsrecht beschränkt.

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

### **Wettbewerbs- und Kartellrecht**

#### **I. Lauterkeitsrecht**

1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen
2. Per-se-Verbote („Schwarze Liste“)
3. Rechtsbruch
4. Mitbewerberschutz/Aggressive geschäftliche Handlungen
5. Irreführung (§§ 5, 5a UWG)
6. Vergleichende Werbung

---

<sup>1</sup> Frühere Berichtszeiträume sind abrufbar auf unserer Webseite („Aktuelles“) unter dem Menüpunkt „[Newsletter](#)“.

<sup>2</sup> Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseite kostenlos im Vollbild abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

7. Unzumutbare Belästigung
8. Rechtsfolgen
9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung;  
Prozessuales
10. Sonstiges

## II. Kartellrecht

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

## **I. Lauterkeitsrecht**

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

### **2. Per-se-Verbote (entfällt)**

### **3. Rechtsbruch**

#### **a) „Ferrari 458 Speciale“ (§§ 1,5 Pkw-EnVKV)**

In der Sache „Ferrari 458 Speciale“<sup>3</sup> entscheidet der Bundesgerichtshof über die Klage der Deutschen Umwelthilfe e.V. aus einer zuvor von einer Autohändlerin abgegebenen Verpflichtungserklärung, künftige Verstöße gegen die Informationspflichten aus § 5 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Pkw-EnVKV zu unterlassen. Die Klägerin beanstandete, die Autohändlerin habe auf ihrer Facebook-Seite den Kauf eines Personenkraftwagens beworben, ohne die Informationspflichten aus der Verordnung einzuhalten. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bereits geklärt, dass es für die Werbung mit dem Kauf des Modells eines „neuen“ Kraftfahrwagens i.S.v. § 1 Abs. 1, § 5 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Pkw-EnVKV nicht darauf ankommt, ob das ausgestellte Fahrzeug „neu“ ist; maßgeblich für die Frage, ob es sich um einen „neuen“ Personenkraftwagen handelt, ist vielmehr der Gegenstand des beworbenen Verkaufs. Es kommt allein darauf an, ob mit dem ausgestellten Fahrzeug für den Kauf eines neuen Fahrzeugs dieses Modells geworben wird.<sup>4</sup> Diese zwischen dem bei der Werbung eingesetzten Beispielsobjekt und dem Gegenstand des beworbenen Verkaufs differenzierende Betrachtungsweise gilt entsprechend für die Informationspflichten des Händlers in seinen in elektronischer Form verbreiteten

<sup>3</sup> Urteil vom 01. April 2021 – [I ZR 115/20](#) – juris.

<sup>4</sup> a.a.O., juris, Rn. 24 unter Verweis auf Beschluss vom 28. Mai 2020 – [I ZR 170/19](#) – juris, Rn. 5.

Werbematerialien gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Pkw-EnVKV. Daher kam es in dieser Sache nicht darauf an, ob der auf der Facebook-Seite abgebildete „Ferrari 458 Speciale“ bereits verkauft gewesen sei und damit nicht „neu“ i.S.v. § 1 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 und Abs. 2 Pkw-EnVKV.<sup>5</sup> Die Beurteilung des Eintrags auf der Facebook-Seite der Beklagten als Werbung für den Kauf eines neuen Personenkraftfahrwagens war auch nicht davon abhängig, ob ein neuer Pkw „Ferrari 458 Speciale“ bei der Beklagten erworben werden konnte. Die Informationspflichten gemäß § 5 Pkw-EnVKV sind auch in Werbeschriften und in elektronisch verbreitetem Werbematerial zu erfüllen, ohne dass der Verordnungsgeber dies davon abhängig gemacht hat, dass der werbende Hersteller oder Händler objektiv zur Lieferung des beworbenen Pkw-Modells in der Lage ist.<sup>6</sup>

**b) „Steuerberater-LLP“ (§ 3a UWG; §§ 3, 3a StBerG)**

Im Urteil vom 10. Dezember 2020 „Steuerberater-LLP“<sup>7</sup> hatte der Senat Anlass, sich – vor dem Austritt Großbritanniens aus der Europäischen Union – zu der Befugnis einer britischen Limited Liability Partnership (LLP) zur Ausübung geschäftsmäßiger Hilfeleistungen in Steuersachen in Deutschland zu äußern. Auf die Klage einer Steuerberaterkammer hatten die Vorinstanzen den einzelvertretungsberechtigten Partner einer LLP mit Sitz in London verurteilt, es zu unterlassen, in Deutschland geschäftsmäßig Steuerrechtshilfe durch die Erklärung anzubieten, dass die LLP (Zweigniederlassung Deutschland) alle Dienstleistungen einer Steuerberatungsgesellschaft erbringe. Zwar waren der Beklagte und die Streithelfer jeweils Steuerberater nach niederländischem Recht; keiner der Partner der LLP wurde aber im Steuerberaterverzeichnis der Bundessteuerberaterkammer als Steuerberater geführt. Nach § 3a Abs. 1 Satz 1 StBerG sind Personen, die in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union beruflich

<sup>5</sup> a.a.O., juris, Rn. 25 und Rn. 27.

<sup>6</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>7</sup> Urteil vom 10. Dezember 2020 – [I ZR 26/20](#) – juris; vgl. auch Beschluss vom 27. Mai 2021 zur Anhörungsrüge – [I ZR 26/20](#) –; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

niedergelassen sind und dort befugt geschäftsmäßig Hilfe in Steuersachen nach dem Recht des Niederlassungsstaates leisten, zur vorübergehenden und gelegentlichen geschäftsmäßigen Hilfeleistung in Steuersachen im Inland befugt. Der Bundesgerichtshof teilt die Auffassung der Vorinstanzen, dass die beanstandete Tätigkeit der verklagten LLP den Erlaubnistatbestand des § 3a StBerG nicht erfülle, weil die LLP über eine inländische Niederlassung verfügte. Entgegen der Auffassung des Beklagten müsse § 3 Nr. 1 und Nr. 2 StBerG auch nicht zur Vermeidung eines Verstoßes gegen Art. 49 AEUV und Art. 59 Abs. 3 der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen dahin unionsrechtskonform ausgelegt werden, dass eine Befugnis zur geschäftsmäßigen Hilfeleistung in Steuersachen auch Partnerschaftsgesellschaften zustehe, deren Partner nicht sämtlich nach deutschem Recht bestellte Steuerberater und Rechtsanwälte seien.<sup>8</sup> Eine Vorlage der Rechtssache an den EuGH hat der Bundesgerichtshof abgelehnt. Die von der Europäischen Kommission im Anschluss an die Schlussanträge des Generalanwalts im EuGH-Verfahren „X-Steuerberatungsgesellschaft“<sup>9</sup> vertretene Auffassung, angesichts der in § 4 StBerG vorgesehenen Ausnahmen handele es sich bei der Beschränkung der Befugnis zur steuerlichen Hilfeleistung nach dem Steuerberatungsgesetz nicht um eine systematische und kohärente Regelung, teilt der Senat nicht. Vielmehr sei die aufgeworfene Frage zur Vereinbarkeit des Steuerberatungsgesetzes mit Art. 49 AEUV klar zu bejahen.<sup>10</sup>

**c) „Nutzungsentgelt für bargeldlose Zahlungen“ (§ 3a UWG, § 270a BGB)**

In seiner Entscheidung „Nutzungsentgelt für bargeldlose Zahlungen“ vom 25. März 2021<sup>11</sup> führt der I. Zivilsenat aus, die Bestimmung des § 270a BGB stelle eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG dar. Nach § 270a BGB ist die Vereinbarung eines Entgelts für die Nutzung einer SEPA-Lastschrift,

---

<sup>8</sup> a.a.O., juris, Rn. 26 f.

<sup>9</sup> Schlussanträge des Generalanwalts im Verfahren C-342/14 – juris, Rn. 76 f.

<sup>10</sup> a.a.O., juris, Rn. 46.

<sup>11</sup> Urteil vom 25. März 2021 – [I ZR 203/19](#) – juris.

einer SEPA-Überweisung oder einer Zahlungskarte unwirksam. Nach der Beurteilung des Senats betrifft die Bestimmung damit die Durchführung von Verträgen und insoweit ein Marktverhalten, das zumindest auch den Schutz der Schuldner bezwecke.<sup>12</sup> In der Sache verneinte der Bundesgerichtshof einen Verstoß gegen § 270a BGB. Die Wettbewerbszentrale hatte eine Veranstalterin von Fernbusreisen auf Unterlassung in Anspruch genommen, soweit diese bei den angebotenen Zahlungsmöglichkeiten einer Sofortüberweisung oder über PayPal ein vom jeweiligen Fahrpreis abhängiges zusätzliches Entgelt verlangte. Der Senat führt zunächst aus, dass eine analoge Anwendung von § 270a BGB auf andere Zahlungsarten nicht in Betracht komme. Nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers handele es sich bei der Vorschrift des § 270a BGB um eine 1:1-Umsetzung von Art. 62 Abs. 4 der Zahlungsdiensterichtlinie (EU) 2015/2366 und der dort in Bezug genommenen SEPA-Verordnung Nr. 260/2012. Soweit die Veranstalterin von Fernbusreisen ein Entgelt für die Zahlungsmöglichkeit „Sofortüberweisung“ erhebe, werde das Entgelt nicht für die Nutzung der Überweisung, sondern für die Einschaltung der Betreiberfirma des Zahlungsdienstes „Sofortüberweisung“ erhoben, die den Zahlungsvorgang als solchen an Stelle des Zahlers einleite und weitere Dienstleistungen im Interesse des Zahlers erbringe.<sup>13</sup> Es komme nicht darauf an, ob aus der Sicht des Nutzers dieser das von der Beklagten erhobene Entgelt für die Nutzung der SEPA-Überweisung leiste. Auch bei der Wahl der Zahlungsmöglichkeit „PayPal“ verlange die Beklagte als Zahlungsempfängerin von ihren Kunden kein Entgelt für die Nutzung einer SEPA-Überweisung oder einer SEPA-Lastschrift i.S.v. § 270a Satz 1 BGB.<sup>14</sup> Eine reine e-Geld-Zahlung, die – weil etwa das e-Geld-Konto noch ausreichendes Guthaben aufweist – zu keiner Lastschrift- oder Kreditkartenabbuchung führe, falle schon nicht in den Anwendungsbereich der SEPA-Verordnung. Offen sei, ob dasselbe gelte, wenn wegen des fehlenden oder nicht ausreichenden Guthabens auf dem e-Geld-Konto eine Lastschrift- oder Kreditkartenabbuchung beim Zahler

---

<sup>12</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>13</sup> a.a.O., juris, Rn. 29 f.

<sup>14</sup> a.a.O., juris, Rn. 40.

erfolge. Die Frage könne dahinstehen, weil im Streitfall das Entgelt jedenfalls nicht für die Lastschrift- oder Kreditkartenabbuchung, sondern für die Dienstleistungen von PayPal und damit zulässigerweise verlangt werde.<sup>15</sup>

**d) „Apothekenmuster II“ (§ 3a UWG; § 47 Abs. 3 AMG; § 7 Abs. 1 HWG)**

Auf den Vorlagebeschluss des I. Zivilsenats hat der EuGH durch Urteil vom 11. Juni 2020 in der Sache „Ratiopharm“<sup>16</sup> entschieden, dass Art. 96 Abs. 2 der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel dahin auszulegen ist, dass er es pharmazeutischen Unternehmen nicht erlaubt, Gratismuster verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheker abzugeben; dagegen stehe die Bestimmung der Abgabe von Gratismustern nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheker nicht entgegen. Auf der Grundlage dieser Entscheidung hat der Bundesgerichtshof nunmehr mit Urteil vom 17. Dezember 2020 in der Sache „Apothekenmuster II“<sup>17</sup> das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache dorthin zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Die in dieser Sache beanstandete kostenlose Abgabe eines apothekenpflichtigen Schmerzmittels mit der Aufschrift „zu Demonstrationszwecken“ an Apotheker verstoße nicht gegen § 47 Abs. 3 AMG und begründe damit keinen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs (§ 3a UWG).<sup>18</sup> Da die Bestimmung des § 47 Abs. 3 AMG der Umsetzung von Art. 96 Abs. 1 des Gemeinschaftskodexes diene, sei sie unionrechtskonform im Lichte dieser Bestimmung auszulegen. Nach der Klärung durch den EuGH stehe danach Art. 96 Abs. 1 des Gemeinschaftskodexes der Abgabe von Gratismustern nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheker nicht entgegen. Der Bundes-

---

<sup>15</sup> a.a.O., juris, Rn. 48.

<sup>16</sup> Urteil vom 11. Juni 2020 – C-786/18 – juris.

<sup>17</sup> Urteil vom 17. Dezember 2020 – [I ZR 235/16](#) – juris.

<sup>18</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

gerichtshof hat die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, da noch Feststellungen zu einem möglichen Verstoß gegen das Verbot von Werbeabgaben gemäß § 7 Abs. 1 HWG zu treffen sind. Die Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG, wonach grundsätzlich Zuwendungen und sonstige Werbeabgaben unzulässig sind, sei auf die Abgabe von Gratismustern an Apotheker anwendbar; die Sperrwirkung aus § 7 Abs. 1 Satz 3 HWG stehe dem nicht entgegen. Zwar könne eine gemäß dem speziellen Tatbestand des § 47 Abs. 3 AMG erlaubte Abgabe von Mustern nicht gemäß § 7 Abs. 1 HWG verboten sein. Nach der Klärung durch den EuGH sei die Abgabe nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel an Apotheker allerdings durch Art. 96 des Gemeinschaftskodexes nicht ausdrücklich erlaubt, sondern nur nicht verboten.<sup>19</sup> Die Bestimmung des § 7 Abs. 1 HWG stehe auch mit Art. 94 des Gemeinschaftskodexes in der Auslegung des EuGH im Einklang. Nach dieser Bestimmung sei es verboten, im Rahmen der Verkaufsförderung für Arzneimittel den zu ihrer Verschreibung oder Abgabe berechtigten Personen materielle Vorteile zu gewähren, es sei denn, die Vorteile seien u.a. lediglich von geringem Wert. Das Berufungsgericht werde nunmehr Feststellungen zu einem möglichen geringen Wert i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HWG zu treffen haben. Selbst wenn eine Zuwendung von geringem Wert in diesem Sinne vorliegen sollte, komme ein auf der Grundlage von Art. 94 des Gemeinschaftskodexes in § 7 Abs. 1 HWG geregeltes Verbot der Wertreklame nur in Bezug auf solche Verkaufsförderungspraktiken in Betracht, die geeignet sind, bei den zur Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln berechtigten Personen ein wirtschaftliches Interesse an der Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln zu wecken.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> a.a.O., juris, Rn. 24 unter Verweis auf EuGH, a.a.O. – „Ratiopharm“ – juris, Rn. 50 f.

<sup>20</sup> a.a.O., juris, Rn. 30 f.



**e) „Rechtsberatung durch Architektin“ (§§ 3, 5 RDG)**

In der Entscheidung „Rechtsberatung durch Architektin“<sup>21</sup> verweist der Bundesgerichtshof die Rechtssache an das Berufungsgericht zurück, da das Berufungsgericht zu Unrecht eine hinreichende Bestimmtheit des Unterlassungsanspruchs angenommen hatte (dazu unten I. 9.). In seinen Hinweisen für das erneute Berufungsverfahren weist der Senat darauf hin, dass das Berufungsgericht zu Recht einen Verstoß der Beklagten gegen die Marktverhaltensregelung des § 3 RDG und einen damit begründeten Anspruch auf Unterlassung aus §§ 8, 3, 3a UWG angenommen habe. Die von der klagenden Rechtsanwaltskammer beanstandeten Tätigkeiten der Beklagten, nämlich die Vertretung von Grundstückseigentümern im Widerspruchsverfahren gegen die negative Bescheidung einer Bauvoranfrage und die Geltendmachung entsprechender Kostenerstattungsansprüche, stelle eine Rechtsberatung i.S.v. § 2 RDG dar, die gemäß § 3 RDG der Erlaubnis bedurft habe. Die Tätigkeiten der Beklagten seien auf die Prüfung individueller, einzelfallbezogener Ansprüche aus dem Bereich des öffentlichen Baurechts bezogen gewesen und seien auch in konkreten fremden Angelegenheiten i.S.v. § 2 Abs. 1 RDG erfolgt.<sup>22</sup> Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass die von ihr erbrachten Rechtsdienstleistungen aufgrund anderer Gesetze erlaubt seien (§ 3 Alt. 2 RDG). Soweit nach § 1 Abs. 5 Architektengesetz Rheinland-Pfalz zu den Berufsaufgaben der Architekten die Beratung, die Betreuung und Vertretung der Auftraggeber in allen mit der Planung und Durchführung eines Vorhabens zusammenhängenden Fragen gehöre, werde damit nicht die Vertretung in rechtlichen Angelegenheit gegenüber Behörden angesprochen.<sup>23</sup> Die für ein Gesetz i.S.v. § 3 RDG erforderliche hinreichend deutliche Erlaubnis zur Erbringung einer Rechtsdienstleistung ergebe sich auch weder aus § 631 Abs. 1 BGB noch aus § 650p BGB. Soweit nach der Rechtsprechung VII. Zivilsenats ein Architekt eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung schulde, folge aus

---

<sup>21</sup> Urteil vom 11. Februar 2021 – [I ZR 227/19](#) – juris.

<sup>22</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>23</sup> a.a.O., juris, Rn. 42.

dieser Verpflichtung nicht zugleich, dass Architekten auch für die Genehmigung der Planung Sorge zu treffen hätten.<sup>24</sup> Die in Rede stehenden Tätigkeiten seien auch keine erlaubten Nebenleistungen i.S.v. § 3 Alt. 1, § 5 Abs. 1 RDG. Zwar habe das Aufgabengebiet der Architekten in vielfacher Hinsicht Berührungen zu Rechtsdienstleistungen; das Berufungsgericht sei aber zu Recht davon ausgegangen, dass eine Vertretung des Bauherrn im Rahmen gerichtlicher (Vor-) Verfahren über die typischerweise mit der beratenden Rolle des Architekten verbundenen Aufgaben hinausgehe.<sup>25</sup>

#### **f) „Berechtigte Gegenabmahnung“ (§ 3a UWG, § 312d BGB)**

In seinem Urteil „Berechtigte Gegenabmahnung“<sup>26</sup> bestätigt der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung in der Entscheidung „Verfügbare Telefonnummer“, wonach die in § 312d BGB und in Art. 246a EGBGB enthaltenen Regelungen über Widerrufsinformationen Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 3a UWG darstellen und eine Telefonnummer dann „verfügbar“ i.S.d. Muster-Widerrufsbelehrung ist, wenn dem Durchschnittsverbraucher suggeriert wird, dass eine auf der Website des Unternehmens zu findende Telefonnummer auch für die Kontakte des Unternehmers mit Verbrauchern genutzt wird.<sup>27</sup> Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Beklagte in dieser Sache auf der Website seines Angebots bei Amazon unter der mit „Impressum“ bezeichneten Rubrik auch eine Telefonnummer angegeben und damit gegenüber einem Durchschnittsverbraucher den Eindruck erweckt, er nutze diese Telefonnummer für Kontakte mit Verbrauchern. Der Beklagte sei deshalb verpflichtet gewesen, diese aus der maßgeblichen Sicht des Durchschnittsverbrauchers verfügbare Telefonnummer in der von ihm bei Amazon verwendeten Widerrufsbelehrung anzugeben.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> a.a.O., juris, Rn. 45 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 26. September 2002 – [VII ZR 290/01](#) – juris, Rn. 27.

<sup>25</sup> a.a.O., juris, Rn. 52 f.

<sup>26</sup> Urteil vom 21. Januar 2021 – [I ZR 17/18](#) – juris.

<sup>27</sup> a.a.O., juris, Rn. 47 und Rn. 54 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 24. September 2020 – [I ZR 169/17](#) – Verfügbare Telefonnummer – juris, Rn. 22 und Rn. 29.

<sup>28</sup> a.a.O., juris, Rn. 56.

### **g) EuGH-Vorlage „Herstellergarantie III“**

Im Beschluss „Herstellergarantie III“ vom 11. Februar 2021<sup>29</sup> legt der I. Zivilsenat dem EuGH Rechtsfragen zur Auslegung der Verbraucher-rechterichtlinie 2011/83/EU mit Blick auf die Bewerbung von Hersteller-garantien vor. In dem Ausgangsrechtsstreit bot die Beklagte auf der Inter-netplattform Amazon ein Taschenmesser an; über das Anklicken eines Links konnte ein Produktinformationsblatt aufgerufen werden, das u.a. auf die Garantie des Herstellers hinwies. Nach Art. 6 Abs. 1 m) der Richtlinie erteilt der Unternehmer dem Verbraucher, bevor dieser durch einen im Fernabsatz geschlossenen Vertrag gebunden ist, gegebenenfalls einen Hinweis auf das Bestehen und die Bedingungen u.a. von gewerblichen Garantien. Der I. Zivilsenat legt hierzu dem EuGH die Frage vor, ob schon das Bestehen einer Herstellergarantie die Informationspflicht nach Art. 6 Abs. 1 m) der Richtlinie auslöst und – für den Fall, dass diese Frage verneint wird – ob die Informationspflicht durch die bloße Erwähnung einer Herstel-lergarantie im Angebot des Unternehmers oder dadurch ausgelöst wird, dass die Erwähnung für den Verbraucher ohne weiteres erkennbar ist. Der I. Zivilsenat selbst neigt dazu, die fragliche Bestimmung der Richtlinie dahin auszulegen, dass nicht allein schon das Bestehen einer Herstellergarantie die Informationspflicht auslöst.<sup>30</sup> Sofern eine Informationspflicht auch in der in Rede stehenden Konstellation gemäß Art. 6 Abs. 1 m) der Richtlinie besteht, stellt der Senat dem EuGH die weitere Frage, welchen Inhalt die Information haben muss. Insoweit ist streitig, ob zur Bestimmung der inhalt-lichen Reichweite der Informationspflicht auf den Regelungsgehalt des § 479 Abs. 1 BGB, mithin die Garantie nach Art. 6 Abs. 2 der Verbrauchs-güterkaufrichtlinie 1999/44/EG zurückgegriffen werden muss oder ob die Herstellergarantie nicht alle Angaben gemäß dieser Richtlinie enthalten muss.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Beschluss vom 11. Februar 2021 – [I ZR 241/19](#) – juris.

<sup>30</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.

<sup>31</sup> a.a.O., juris, Rn. 44 f.

#### **4. Mitbewerberschutz/Aggressive geschäftliche Handlungen**

##### **„Vorsicht Falle“ (§ 4 Nr. 1 UWG)**

In seiner Entscheidung „Vorsicht Falle“<sup>32</sup> führt der I. Zivilsenat aus, ein hinreichender Anlass für die Veröffentlichung eines gegen einen Mitbewerber erwirkten Urteils könne bestehen, wenn die angesprochenen Verkehrskreise ein schutzwürdiges Interesse an der Information über die untersagten unlauteren Geschäftsmethoden des Mitbewerbers haben und eine Aufklärung angezeigt ist, um sonstige drohende Nachteile bei geschäftlichen Entscheidungen von ihnen abzuwenden.<sup>33</sup> Die Beklagte hatte in dieser Sache gegen die Klägerin einen Titel auf Unterlassung u.a. eines geschäftlichen Auftritts unter der Firma „POLIZEI-aktuell“ in Werbeanrufen erwirkt. In der Folgezeit warnte die Beklagte auf ihrer Internetseite vor unlauteren Werbemethoden und führte die Klägerin und den gegen sie erwirkten Unterlassungstitel in einer Liste derjenigen Unternehmen auf, gegen deren Werbung die Beklagte bereits erfolgreich vorgegangen sei. Hiergegen richtete sich die Klägerin mit ihrem Unterlassungsantrag wegen unlauterer Herabsetzung ihrer geschäftlichen Verhältnisse und wegen Verletzung ihres Unternehmenspersönlichkeitsrechts.

Der Bundesgerichtshof teilt die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass ein sachliches Informationsinteresse der angesprochenen Verkehrskreise bestehe, vor den betrügerischen Geschäftspraktiken der Klägerin gewarnt zu werden und durch die Meldung von Verstößen an den Beklagten dazu beizutragen, dass die Klägerin wegen des erhöhten Risikos einer Vollstreckung aus dem Titel von der Wiederaufnahme der unlauteren Geschäftspraktiken absieht.<sup>34</sup> Das öffentliche Informationsinteresse könne mit zunehmendem zeitlichen Abstand zu dem Ereignis abnehmen, über das berichtet wird, und deshalb im Zeitpunkt der Veröffentlichung einer Berichterstattung gegebenenfalls nicht mehr rechtfertigen. Rechtsfehlerfrei habe

---

<sup>32</sup> Urteil vom 06. Mai 2021 – [I ZR 167/20](#) – juris.

<sup>33</sup> a.a.O., juris, Rn. 34.

<sup>34</sup> a.a.O., juris, Rn. 35.

das Berufungsgericht hier einen aktuellen Bezug zum Geschäftsgegenstand der Klägerin bejaht, weil diese sich auch künftig mit der Vermittlung von Anzeigenkunden befasse oder befassen könne.<sup>35</sup> In Abgrenzung zu seiner früheren Rechtsprechung stellt der Senat zudem klar, dass ein die Veröffentlichung eines Urteils rechtfertigendes Informationsinteresse auch ohne vorherigen Verstoß gegen den gerichtlichen Titel bestehen könne.<sup>36</sup> Auch schließe § 12 Abs. 2 UWG nicht die materielle Berechtigung eines Mitbewerbers zur Veröffentlichung einer Entscheidung außerhalb des darin vorgesehenen Verfahrens aus.<sup>37</sup> Der Anwendungsbereich der vorrangig anzuwendenden Bestimmung des § 6 Abs. 2 Nr. 5 UWG sei nicht eröffnet; die Voraussetzungen für einen Werbevergleich seien grundsätzlich noch nicht erfüllt, wenn eine Werbeaussage so allgemein gehalten ist, dass sich den angesprochenen Verkehrskreisen keine Bezugnahme auf die Leistungen des Werbenden aufdrängt, sondern sich ein solcher Bezug nur reflexartig daraus ergibt, dass mit jeder Kritik an Werbemethoden eines Mitbewerbers in der Regel unausgesprochen zum Ausdruck gebracht wird, dass diese Kritik den Werbenden selbst nicht trifft.<sup>38</sup> Das Berufungsgericht habe auch zu Recht angenommen, dass die beanstandete Veröffentlichung des vom Beklagten erwirkten Unterlassungstenors unter namentlicher Nennung der Klägerin das Unternehmenspersönlichkeitsrecht der Klägerin aus §§ 1004 Abs. 1 Satz 2 analog, 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG nicht verletze. Die Klägerin habe die Beeinträchtigung ihres wirtschaftlichen Ansehens hinzunehmen, weil bei Abwägung der sich gegenüberstehenden Belange das durch Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG geschützte Interesse der Klägerin an der Wahrung ihres Ansehens als Wirtschaftsunternehmen hinter dem durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Recht des Beklagten auf Meinungsfreiheit zurücktrete.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> a.a.O., juris, Rn. 40.

<sup>36</sup> a.a.O., juris, Rn. 41 unter Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 10. Januar 1968 – Ib ZR 43/66 – Pelzversand – juris, Rn. 33.

<sup>37</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

<sup>38</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>39</sup> a.a.O., juris, Rn. 54.

## 5. Irreführung (§§ 5, 5a UWG)

### a) „Testsiegel auf Produktabbildung“

In seiner Entscheidung „Testsiegel auf Produktabbildung“ vom 15. April 2021<sup>40</sup> setzt der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Werbung mit einem Testsiegel fort. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich aus § 5a Abs. 2 UWG die Pflicht, bei der Werbung mit einem Qualitätsurteil etwa der Stiftung Warentest, das auf einem Test mehrerer vergleichbarer Erzeugnisse beruht, auf die Fundstelle der Testveröffentlichung hinzuweisen.<sup>41</sup> Die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten geschäftlichen Entscheidung wird spürbar beeinträchtigt, wenn er eine testbezogene Werbung nicht prüfen und insbesondere nicht in den Gesamtzusammenhang des Tests einordnen kann. Die Informationspflicht über die Fundstelle der Testveröffentlichung entfällt nicht deshalb, weil der auf dem Produktbild erkennbare Testsieg nicht besonders herausgestellt ist. Das Testsieger-Siegel allein signalisiert dem angesprochenen Verkehr, dass ein Produkttest stattgefunden hat. Das Interesse der Verbraucherinnen und Verbraucher, eine Werbung mit einem Testergebnis für eine informierte geschäftliche Entscheidung prüfen und insbesondere in den Gesamtzusammenhang des Tests einordnen zu können, hängt nicht von der Intensität der Bewerbung des Testergebnisses, sondern allein davon ab, ob das Testergebnis – wie in diesem Fall – in der Werbung erkennbar ist. Eine zulässige Werbung mit einem Testsiegel erfordert, dass eine Fundstelle deutlich erkennbar angegeben wird, die leicht zugänglich ist und eine eindeutige Zuordnung zu einem bestimmten Test erlaubt, um den Verbraucherinnen und Verbrauchern eine einfache Möglichkeit zu eröffnen, den Test selbst zur Kenntnis zu nehmen.<sup>42</sup> Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn der Verbraucher mit Hilfe einer Onlinesuche über eine gängige Suchmaschine die Fundstelle selbst ermitteln könnte. Der

---

<sup>40</sup> Urteil vom 15. April 2021 – [I ZR 134/20](#) – juris.

<sup>41</sup> a.a.O., juris, Rn. 14 unter Verweis auf Urteil vom 16. Juli 2009 – [I ZR 50/07](#) – Kamerakauf im Internet – juris, Rn. 29 f.

<sup>42</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

erforderliche Hinweis ist auch nicht rechtzeitig erteilt, wenn auf die Fundstelle des Tests erst auf dem tatsächlichen Produkt in den Märkten des werbenden Unternehmens hingewiesen wird.<sup>43</sup>

## **b) „Dr. Z“ (§ 5 Abs. 1 UWG)**

In der Entscheidung „Dr. Z“ vom 11. Februar 2021<sup>44</sup> befasst sich der I. Zivilsenat mit der Anwendung des Irreführungsverbots gemäß § 5 Abs. 1 UWG im Zusammenhang mit der Verwendung eines Dokortitels. In Rede stand die Bezeichnung „Dr. Z“ als Bestandteil der Firma eines zahnmedizinischen Versorgungszentrums. Das Berufungsgericht hatte das klagestattgebende Urteil erster Instanz abgeändert und die Klage des zahnärztlichen Bezirksverbands abgewiesen. Der Bundesgerichtshof teilte diese Würdigung des Berufungsgerichts nicht. Im Ausgangspunkt zutreffend habe das Berufungsgericht für die Konkretisierung des wettbewerbsrechtlichen Irreführungstatbestands auf die unter Geltung des firmenrechtlichen Irreführungsverbots gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 HGB in der bis zum 30. Juni 1998 geltenden Fassung ergangene Rechtsprechung zum Führen eines Dokortitels Bezug genommen. Danach kann eine für einen Kaufentschluss erhebliche Täuschung über die Verhältnisse des Unternehmens vorliegen, wenn nicht unerhebliche Teile des angesprochenen Verkehrs einem in der Firma enthaltenen Dokortitel entnehmen, dass ein promovierter Akademiker Geschäftsinhaber oder ein die Gesellschaftsbelange maßgeblich mitbestimmender Gesellschafter sei oder gewesen sei und daraus herleiten, dass besondere wissenschaftliche Kenntnisse und Fähigkeiten des Genannten auf dem Fachgebiet des in Frage stehenden Geschäftsbetriebs die Güte der angebotenen Waren mitbestimmten.<sup>45</sup> Diese Rechtsprechung sei auch auf die seit 1998 geltende Neufassung des § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB übertragbar.

---

<sup>43</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>44</sup> Urteil vom 11. Februar 2021 – [I ZR 126/19](#) – juris.

<sup>45</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

Rechtsfehlerhaft habe das Berufungsgericht allerdings die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Firmenfortführung nach § 24 Abs. 2 HGB für die Prüfung am Maßstab des § 5 Abs. 1 UWG herangezogen. Auf den Streitfall war die zu § 24 Abs. 2 HGB ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits deswegen nicht übertragbar, weil vorliegend keine Firmenfortführung nach einer Änderung im Gesellschafterbestand der Beklagten in Rede stand.<sup>46</sup> In seinem rechtlichen Maßstab habe das Berufungsgericht zudem nicht hinreichend berücksichtigt, dass der Dokortitel im Verkehr als Nachweis einer besonderen wissenschaftlichen Qualifikation angesehen werde, die über den Hochschulabschluss hinausgehe; zudem sei zu berücksichtigen, dass im Bereich der Gesundheitswerbung besonders strenge Anforderungen für den Ausschluss einer Irreführungsfahr gelten. Die Erfahrung des Verkehrs bei der Verwendung eines Dokortitels zur Bezeichnung eines medizinischen Versorgungszentrums beziehe sich nicht auf die maßgebliche (kaufmännische) Mitbestimmung durch einen promovierten Gesellschafter im Trägerunternehmen, sondern auf die (medizinische) Leitung des Versorgungszentrums durch einen promovierten Zahnarzt vor Ort. Rechtsfehlerhaft sei daher die Würdigung des Berufungsgerichts, der angesprochene Verkehr erkenne „Dr. Z“ ohne Weiteres als abstrakte Firmenbezeichnung, die offensichtlich eine künstliche Wortschöpfung darstelle.<sup>47</sup>

### **c) „Urlaubslotto“ (§ 5a UWG)**

In der Entscheidung „Urlaubslotto“ vom 21. Januar 2021<sup>48</sup> bestätigt der Bundesgerichtshof die Beurteilung der Vorinstanzen, dass die Zeitung „Bild am Sonntag“ mit ihrer Gewinnaktion „Urlaubslotto“ unter Verwendung eines Fotos des klagenden Schauspielers in den vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalt des Rechts am eigenen Bild des Klägers eingegriffen hat und

---

<sup>46</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>47</sup> a.a.O., juris, Rn. 33 und Rn. 45.

<sup>48</sup> Urteil vom 21. Januar 2021 – [I ZR 207/19](#) – juris; vgl. zum Recht am eigenen Bild und dem Schutzkonzept der §§ 22, 23 KUG auch: Urteil vom gleichen Tag – [I ZR 120/19](#) – „Clickbaiting“ – juris.



der Eingriff nicht nach §§ 22, 23 KUG gerechtfertigt war. Der I. Zivilsenat nimmt dabei bestätigend Bezug auf die zum Verbot getarnter Werbung nach § 5a Abs. 6 UWG entwickelte Rechtsprechung. Hieraus lasse sich für den Streitfall allerdings nur entnehmen, dass Preisrätsel grundsätzlich dem redaktionell gestalteten und zu verantwortenden Bereich einer Zeitschrift im weiteren Sinne zuzuordnen sind, jedoch für ihre wettbewerbsrechtliche Beurteilung andere Maßstäbe gelten als für den engeren redaktionellen Bereich, der die Unterrichtung und der Meinungsbildung der Leser diene. Dies folge daraus, dass der durchschnittliche, situationsadäquat aufmerksame Leser in dem Gewinnspiel regelmäßig auch eine Form der Eigenwerbung des Verlags für das Pressezeugnis erkenne und es daher anders beurteilt als Beiträge, die zum eigenen redaktionellen Bereich zählen. Das Berufungsgericht habe mit Recht angenommen, dass der Kläger im vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalt seines Rechts am eigenen Bild betroffen sei, da die Verwendung des streitgegenständlichen Fotos durch die Beklagte zu einem gewissen Imagetransfer vom Kläger in seiner beliebten Serienrolle auf den Hauptgewinn des Preisausschreibens der Beklagten geführt habe.<sup>49</sup>

**6. Vergleichende Werbung**  
(entfällt)

**7. Unzumutbare Belästigung**  
(entfällt)

**8. Rechtsfolgen**  
(entfällt)

---

<sup>49</sup> a.a.O., juris, Rn. 18 f.

## **9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales**

### **a) „Umsatzsteuer für Abmahnung“ (§ 14 Abs. 4 Nr. 8 UStG)**

Im Hinweisbeschluss vom 21. Januar 2021<sup>50</sup> verneint der I. Zivilsenat Klärungsbedarf für die Erhebung von Umsatzsteuer auf wettbewerbsrechtliche Abmahnungen und die Frage der insoweit anwendbaren Grundsätze der Vorteilsausgleichung. Der Senat verweist auf die gefestigte Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, wonach Zahlungen, die an einen Unternehmer als Aufwendungsersatz aufgrund von urheberrechtlichen oder wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen zur Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs geleistet werden, umsatzsteuerrechtlich als Entgelt im Rahmen eines umsatzsteuerbaren Leistungsaustauschs zwischen dem Unternehmer und dem von ihm abgemahnten Rechtsverletzer zu qualifizieren seien; diese Rechtsprechung gelte für den gesamten Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes.<sup>51</sup> Der Rechteinhaber rechne auf der Grundlage der an ihn gerichteten Abrechnung seines Rechtsanwalts über seine eigene Leistung (Vermeidung eines Gerichtsverfahrens) gegenüber dem Abgemahnten ab. Diese Rechnung weise regelmäßig den Nettobetrag der anwaltlichen Rechnung zuzüglich Mehrwertsteuer aus. Die in der Rechnung an den Abgemahnten ausgewiesene Umsatzsteuer müsse der Rechteinhaber an das Finanzamt abführen, er könne aber die in der Rechnung seiner Bevollmächtigten enthaltene Umsatzsteuer im Wege des Vorsteuerabzugs geltend machen.<sup>52</sup> Insoweit lägen die Voraussetzungen einer Vorteilsausgleichung nicht vor, weil der Rechteinhaber die vom Abgemahnten an ihn zu zahlende Umsatzsteuer an das Finanzamt abführen müsse, sodass dieser insoweit keinen Vorteil hat.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Hinweisbeschluss vom 21. Januar 2021 – [I ZR 87/20](#) – juris; das Revisionsverfahren ist durch Zurückweisungsbeschluss vom 06. April 2021 – [I ZR 87/20](#) – juris – erledigt worden.

<sup>51</sup> a.a.O., juris, Rn. 10 unter Verweis u.a. auf BFH, Urteil vom 13. Februar 2019 – XI R 1/17 – juris, Rn. 33 f.

<sup>52</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>53</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

## **b) „Berechtigte Gegenabmahnung“ (§ 8c UWG)**

In seiner Entscheidung „Berechtigte Gegenabmahnung“<sup>54</sup> führt der I. Zivilsenat aus, dass eine berechtigte Abmahnung nicht deshalb rechtsmissbräuchlich i.S.v. § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG a.F. (§ 8c Abs. 1 und Abs. 2 UWG) ist, weil sie eine Reaktion auf die Abmahnung eines vergleichbaren Verstoßes ist. Der Umstand, dass der dortige Kläger, nachdem er zuvor vom Beklagten wegen eines vergleichbaren Verstoßes abgemahnt worden war, seinerseits wegen des von ihm gesehenen Verstoßes des Beklagten gegen diesen eine Abmahnung ausgesprochen und Ersatz der ihm dadurch entstandenen Kosten verlangt habe, weise zunächst nur darauf hin, dass er damit im Ergebnis nicht schlechter stehen wollte als der Beklagte, der seinerseits zuvor gegen den Kläger wegen eines Fehlers in der von diesem abgegebenen Widerrufsbelehrung eine Abmahnung ausgesprochen hatte.<sup>55</sup> Der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass nach dem Wortlaut von § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG a.F. das Interesse, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen, einen Rechtsmissbrauch begründe.<sup>56</sup>

## **c) „Rechtsberatung durch Architektin“ (§§ 3, 5 RDG)**

In seiner Entscheidung „Rechtsberatung durch Architektin“<sup>57</sup> fasst der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung zu der Bestimmtheit von Unterlassungsanträgen nochmals zusammen. Ein verallgemeinernd formulierter Teil des Unterlassungsantrags könne zwar zulässig sein, wenn über den Sinngehalt der verwendeten Begriffe kein Zweifel bestehe. Diese Voraussetzung sei allerdings dann nicht erfüllt, wenn die zur Klarstellung verwendeten

---

<sup>54</sup> Urteil vom 21. Januar 2021 – [I ZR 17/18](#) – juris.

<sup>55</sup> a.a.O., juris, Rn. 44.

<sup>56</sup> a.a.O., juris, Rn. 41.

<sup>57</sup> Urteil vom 11. Februar 2021 – [I ZR 227/19](#) – juris, siehe auch oben I. 3.

Begriffe ihrerseits der Auslegung bedürfen. Im vorliegenden Fall konnte der Begriff „Rechtsdienstleistungen“ daher nicht durch die in Bezug genommenen Tätigkeiten „Vertretung Dritter in Widerspruchsverfahren ... und/oder im Zusammenhang mit der Kostenerstattung ...“ hinreichend bestimmt werden.<sup>58</sup> Soweit im dortigen Fall der zweite Teil des Unterlassungsantrags Ausnahmen vom allgemeingefassten begehrten Verbot enthalte, ergebe sich auch hieraus nicht die nötige Bestimmtheit. Ausnahmetatbestände brauchen nach der Rechtsprechung des Senats nicht in den Klageantrag aufgenommen zu werden, wenn dieser allein die konkrete Verletzungsform beschreibt; es ist nicht Sache des Klägers, den Beklagten darauf hinzuweisen, was ihm erlaubt ist. Der Aufnahme von Ausnahmetatbeständen bedarf es ferner dann nicht, wenn der Antrag verallgemeinernd abstrakt gefasst ist und die Klägerseite zweifelsfrei ein entsprechendes umfassendes Verbot erreichen will. Geht ein Antrag allerdings – wie in der entschiedenen Sache – über die konkrete Verletzungsform hinaus und ist er (auch) verallgemeinernd abstrakt gefasst, müssen mögliche Einschränkungen des erstrebten Verbots in den Antrag aufgenommen werden, um erlaubte Verhaltensweisen von dem weit gefassten Verbot auszunehmen.<sup>59</sup> Diesen Anforderungen werde der zweite Teil des Unterlassungsantrags nicht gerecht, weil der Verweis auf die „Voraussetzungen nach dem Rechtsberatungsdienstleistungsgesetz ..., unter denen eine außergerichtliche Rechtsdienstleistung erbracht werden darf“ für eine hinreichende Konkretisierung der Merkmale, unter denen eine Rechtsdienstleistung zulässigerweise erbracht werden darf, nicht ausreiche. Schließlich verleihe auch der auf die konkrete Verletzungsform bezogene, mit „Insbesondere“ eingeleitete Teil des Unterlassungsantrags diesem nicht die erforderliche Bestimmtheit. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Insbesondere-Teil eines Unterlassungsantrags der beispielhaften Verdeutlichung dessen dienen, was unter der im abstrakten Antragsteil genannten Form zu verstehen ist, oder lediglich auf die Unterlassung des konkret beanstandeten Verhaltens gerichtet sein, sollte der Kläger nicht mit einem umfassenden, abstrakt

---

<sup>58</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>59</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

formulierten Verbot durchdringen.<sup>60</sup> Beide Voraussetzungen lägen hier nicht vor. Die beispielhafte Nennung eines konkreten Falls könne hier nichts daran ändern, dass das in erster Linie beantragte, über den konkret genannten Fall hinausgehende abstrakte Verbot im Streitfall nicht hinreichend bestimmt ist. Es könne auch nicht jedenfalls die Unterlassung eines konkret beanstandeten Verhaltens begehrt werden, weil der Insbesondere-Teil des Unterlassungsantrags seinerseits nicht hinreichend konkret bezeichne, welches konkrete Verhalten gemeint sei.<sup>61</sup>

#### **d) Rechtsschutz gegen AGB**

In seinem Urteil vom 31. März 2021<sup>62</sup> bejaht der u.a. für das Versicherungsrecht zuständige IV. Zivilsenat den Anspruch eines Verbraucherschutzevereins gegen die in Anspruch genommene Rechtsschutzversicherung, ihren Versicherungsnehmer über die Unwirksamkeit einer Klausel in seinen Allgemeinen Versicherungsbedingungen zu informieren. Der Senat schließt sich insoweit der Rechtsprechung des I. Zivilsenats in der Sache „Klauselersetzung“<sup>63</sup> an, wonach die Vorschriften über die Kontrolle unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen gemäß § 1 UKlaG und des Lauterkeitsrechts nebeneinander anwendbar sind und insbesondere keine Sperrwirkung des Rechtsfolgensystems des Unterlassungsklagengesetzes mit Blick auf einen auf § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG gestützten Beseitigungsanspruch anzunehmen ist.<sup>64</sup> Das Berufungsgericht habe in dieser Sache auch ohne Rechtsfehler angenommen, dass der Verstoß der beanstandeten Klausel gegen § 307 BGB auch einen Verstoß gegen eine Marktverhaltensregel i.S.d. § 3a UWG darstelle.<sup>65</sup>

---

<sup>60</sup> a.a.O., juris, Rn. 22 unter Verweis u.a. auf das Urteil vom 12. Dezember 2019 – [I ZR 117/17](#) – „Öko-Test II“ – juris, Rn. 15.

<sup>61</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>62</sup> Urteil vom 31. März 2021 – [IV ZR 221/19](#) – juris.

<sup>63</sup> BGH, Urteil vom 14. Dezember 2017 – [I ZR 184/15](#) – Klauselersetzung – juris, Rn. 40 f.

<sup>64</sup> a.a.O., juris, Rn. 51 f.

<sup>65</sup> a.a.O., juris, Rn. 57 unter Verweis auf BGH – a.a.O. – Klauselersetzung – juris, Rn. 41.

## **10. Sonstiges** (entfällt)

### **II. Kartellrecht**

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

##### **a) „Schienenkartell VI“ (§ 33 GWB 1999, §§ 307, 309 Nr. 5 BGB)**

In der Rechtssache „Schienenkartell VI“<sup>66</sup> setzt der Kartellsenat seine Rechtsprechung zum Kartellschadenersatz im Zusammenhang mit dem sogenannten Schienenkartell fort. In dieser Sache hatte das Kammergericht bereits mit Urteil vom 28. Juni 2018 auf der Grundlage einer Schadenspauschalierungsklausel einen Zahlungsantrag teilweise zuerkannt und im Übrigen die Feststellung der Schadensersatzpflicht festgestellt. Dem Zahlungsantrag lag eine Klausel zu Grunde, wonach der Auftragnehmer 5 % der Abrechnungssumme als pauschalierten Schadenersatz an den Auftraggeber zu zahlen hat, wenn dieser aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung oder eine unlautere Verhaltensweise darstellt. Der Kartellsenat teilt die Auffassung des Kammergerichts, dass die fragliche Schadenspauschalierungsklausel wirksam ist, hat das Berufungsurteil allerdings aufgehoben, da das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft geprüft habe, ob die Beklagten einen geringeren Schaden als den vertraglich vereinbarten Pauschalbetrag oder einen gänzlich fehlenden Schaden ausreichend dargelegt und bewiesen haben.

Nach Sinn und Zweck der Pauschalierungsklausel umfasse diese nur solche Wettbewerbsbeschränkungen, die darauf gerichtet sind, die Funktionsbedingungen der Auftragsvergabe zu beeinträchtigen. Von der Klausel

---

<sup>66</sup> Urteil vom 10 Februar 2021 – [KZR 63/18](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

seien daher Absprachen wie Preis-, Quoten- oder Kundenschutzkartelle sowie Gebietsabsprachen erfasst, die als bezweckte Beschränkungen des Wettbewerbs darauf gerichtet sind, den wettbewerblichen Preisbildungsmechanismus ganz oder teilweise außer Kraft zu setzen.<sup>67</sup> Aus der Sicht eines vernünftigen und redlichen Vertragspartners setze die Klausel nicht das Bestehen einer gesonderten Absprache voraus, die sich unmittelbar auf den in Rede stehenden Beschaffungsvorgang richtet; ausreichend sei ein in Erwartung zukünftiger Auftragsvergaben verabredetes Kartell im vorgenannten Sinne, das geeignet ist, auch ohne eine gesonderte Absprache im Einzelfall Auswirkungen auf die zu erwartenden Angebotspreise hervorzurufen.<sup>68</sup> Bei der nach §§ 307, 310 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Inhaltskontrolle seien die Wertungen aus der Vorschrift des § 309 Nr. 5 BGB zu berücksichtigen; danach darf u.a. die Pauschale der Höhe nach den normalerweise eintretenden branchentypischen Durchschnittsschaden nicht übersteigen. Allerdings sei die Bezifferung eines Schadens, der aus einem Verstoß gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen resultiere, regelmäßig mit erheblichen tatsächlichen Schwierigkeiten und zudem oftmals mit großem sachlichen und finanziellen Aufwand verbunden. Da die Höhe des Schadens von einer Vielzahl von Faktoren abhängt, welche dem Klauselverwender als potenziell Geschädigtem einer Kartellabsprache bei Vertragsschluss typischerweise unbekannt sind, werde eine zuverlässige Ermittlung eines branchenüblichen Durchschnittsschadens typischerweise nicht gelingen können. Zudem sei bei der Bestimmung der Grenzen der nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zulässigen Pauschalierungsklauseln das unionsrechtliche Gebot der effizienten Durchsetzung der Wettbewerbsregeln zu berücksichtigen.<sup>69</sup> Diese Besonderheiten verbieten nach Auffassung des Senats einerseits den Schluss, Schäden in Folge wettbewerbswidriger Absprachen seien grundsätzlich einer Pauschalierung nicht zugänglich; sie gestatteten es andererseits aber auch nicht umgekehrt, bei der Inhaltskontrolle von Pauschalierungsklauseln generell auf eine

---

<sup>67</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>68</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>69</sup> a.a.O., juris, Rn. 34 f.

Überprüfung zu verzichten, ob sich die Schadenspauschale an dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden orientiert. Jedenfalls dann, wenn es an hinreichenden empirischen Erkenntnissen für eine branchentypische Schadenshöhe fehle, soll es keiner Darlegung eines branchentypischen Durchschnittsschadens bedürfen.<sup>70</sup> Dies verstoße auch nicht gegen das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot; diesem Gebot werde dadurch in hinreichendem Maße Rechnung getragen, dass eine Pauschalierungsklausel dem an einer Kartellabsprache beteiligten Vertragspartner den Nachweis vorbehalte, dass dem Verwender ein geringerer Schaden entstanden sei. Auch wenn damit dem Klauselgegner die Nachweisschwierigkeiten aufgebürdet würden, die mit der Feststellung eines hypothetischen Wettbewerbspreises verbunden sind, rechtfertige sich diese vertraglich angeordnete Erschwernis damit, dass die Kartellabsprache, die die Ursache des Schadens bildet, in den Risikobereich des Klauselgegners falle.<sup>71</sup>

Nach diesen Maßstäben sei eine Schadenspauschale i.H.v. 5 % der Abrechnungssumme, aber ebenso eine solche mit einem Wert von maximal 15 %, nicht zu beanstanden.<sup>72</sup> Die von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Untersuchung, nach der sich die durch eine Kartellabsprache verursachte Preiserhöhung im Mittelwert auf 20 % und im Median auf 18 % belaufe, rechtfertigt den Schluss, dass die Schadenspauschale i.H.v. 5 % der Abrechnungssumme nach den zur Verfügung stehenden Erkenntnissen der empirischen Ökonomie den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eintretenden Schaden nicht übersteige. Auch verstoße die Pauschalierungsklausel nicht gegen das Transparenzgebot i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Begriff Abrechnungssumme sei im unternehmerischen Verkehr ohne weiteres dahin zu verstehen, dass Berechnungsgrundlage für die Schadenspauschale die Abrechnungssumme ohne Einschluss der Umsatzsteuer und vor Skontoabzug sei.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> a.a.O., juris, Rn. 37 f.

<sup>71</sup> a.a.O., juris, Rn. 41.

<sup>72</sup> a.a.O., juris, Rn. 42 und Rn. 45.

<sup>73</sup> a.a.O., juris, Rn. 52 f.



Das Berufungsurteil sei allerdings aufzuheben, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich das Berufungsgericht bei der Prüfung der Frage, ob den Beklagten der Nachweis eines geringeren oder gänzlich fehlenden Schadens gelungen sei, von einem unzutreffenden Maßstab habe leiten lassen.<sup>74</sup> Ist ein Schadensersatzanspruch dem Grunde nach entstanden und eine wirksame Pauschalierungsklausel vereinbart, trägt der Schädiger die Darlegungs- und Beweislast nicht nur für eine geringere Höhe des Schadens, sondern auch dafür, dass kein Schaden entstanden ist. Bei der Prüfung, ob der Klägerin überhaupt ein Schaden entstanden ist, habe das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft einen Anscheinsbeweis zu Grunde gelegt.<sup>75</sup> An den dem Schädiger obliegenden Nachweis eines ihm günstigeren, weil zu einem geringeren oder keinem Schaden führenden hypothetischen Marktpreis dürfen bei Vereinbarung einer Pauschalierungsklausel keine anderen oder höheren Anforderungen gestellt werden, als diejenigen, die umgekehrt für die Darlegung- und den Beweis eines hypothetischen Marktpreises durch den Geschädigten gelten, wenn keine Schadenspauschalierung vereinbart ist oder der Geschädigte einen die Pauschale überschreitenden Schaden behauptet. Für diese Prüfung habe der Tatrichter eine Gesamtwürdigung sämtlicher, von beiden Parteien vorgebrachten Indizien vorzunehmen.<sup>76</sup>

In verschiedenen weiteren Urteilen hat der Kartellsenat ebenfalls Berufungsurteile zum Schienenkartell aufgehoben, da die Berufungsgerichte die gebotene Gesamtwürdigung sämtlicher für und gegen die Entstehung eines Schadens sprechenden Indizien nicht vorgenommen hatten.<sup>77</sup> In diesen Entscheidungen bestätigt der Kartellsenat im Wesentlichen die Grundsätze in der Entscheidung „Schienenkartell V“ vom 23. September 2020.<sup>78</sup> Dabei

---

<sup>74</sup> a.a.O., juris, Rn. 54 f.

<sup>75</sup> a.a.O., juris, Rn. 59 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 11. Dezember 2018 – [KZR 26/17](#) – „Schienenkartell I“ – juris, Rn. 94.

<sup>76</sup> a.a.O., juris, Rn. 61.

<sup>77</sup> BGH, Urteile vom 23. September 2020 – [KZR 5/19](#) – und – [KZR 6/19](#) – jeweils juris; vom 10. Februar 2021 – [KZR 63/18](#) und [KZR 94/18](#) – juris; vom 13. April 2021 – [KZR 69/18](#); [KZR 95/18](#); [KZR 98/18](#) sowie [KZR 42/19](#) – jeweils juris.

<sup>78</sup> Urteil vom 23. September 2020 – [KZR 4/19](#) – juris.

bestätigt der Kartellsenat seine frühere Rechtsprechung, dass die aus den einzelnen Beschaffungsvorgängen abgeleiteten Schäden, die ein geschädigtes Unternehmen geltend macht, materiell-rechtlich jeweils selbstständige Ansprüche bilden.<sup>79</sup> Entgegen der vom Oberlandesgericht Düsseldorf in seiner Entscheidung „HDF-Platten“ formulierten Kritik an dieser Rechtsprechung<sup>80</sup> ändere es daran nichts, dass den Rechtsgrund der Ansprüche – ebenso wie bei entsprechender Ansprüche anderer Geschädigter – bereits die Grundabsprache bildet, für deren Schadensfolgen die hieran beteiligten Unternehmen gesamtschuldnerisch einstehen müssen.<sup>81</sup>

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

### **a) „Konkurrenzschutz für Schilderträger II“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, § 134 BGB)**

In seiner Entscheidung „Konkurrenzschutz für Schilderträger II“<sup>82</sup> setzt der Kartellsenat seine Rechtsprechung zur kartellrechtlich nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB geforderten Ausschreibung solcher Räume fort, die sich in unmittelbarer Nähe zu einer Kfz-Zulassungsstelle befinden und die für die Anmietung von Schilderträgern geeignet, aber nur in begrenzter Zahl vorhanden sind. Die überragende Marktstellung des öffentlichen oder privaten Vermieters hat in diesen Fällen zur Folge, dass er den aktuellen Bedarf im Wege der Ausschreibung ermitteln muss. Diesem Erfordernis kann der Vermieter Genüge tun, wenn das Mietangebot, in dem die Zuschlagskriterien aufgeführt sind, öffentlich bekannt gemacht wird.<sup>83</sup> Wie der Senat nunmehr klarstellt, folgt aus dieser Rechtsprechung nicht, dass auch ein privater Vermieter ein förmliches, die Vorschriften des Vergaberechts beachtendes

---

<sup>79</sup> Urteil vom 13. April 2021 – [KZR 42/19](#) – juris; Rn. 17 unter Verweis auf Urteil vom 23. September 2020 – [KZR 4/19](#) – „Schienenkartell V“ – juris, Rn. 70.

<sup>80</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 10 Februar 2021 – VI-U (Kart) 8/19 – juris, Rn. 59 f.

<sup>81</sup> Urteil vom 13. April 2021 – [KZR 42/19](#) – juris, Rn. 17.

<sup>82</sup> Urteil vom 08. Dezember 2020 – [KZR 124/18](#) – juris; vgl. auch Beschluss vom 07. Juni 2021 zur Anhörungsrüge – [KZR 124/18](#) –.

<sup>83</sup> a.a.O., juris, Rn. 14 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 08. April 2003 – [KZR 39/99](#) – „Konkurrenzschutz für Schilderträger“ – juris, Rn. 11 f.

Ausschreibungsverfahren durchführen und dessen Grundsätze einhalten muss. Das Vergaberecht verpflichtet öffentliche Auftraggeber, nicht aber private Unternehmen. Die kartellrechtlich geforderte Ausschreibung dient zudem nicht der wirtschaftlichen Beschaffung in einem wettbewerblichen Verfahren, sondern der fairen Auswahl unter den in Betracht kommenden Vertragspartnern.<sup>84</sup>

In der Rechtsprechung ist weiter geklärt, dass die marktbeherrschende Stellung des Vermieters in diesen Fällen den Vermieter verpflichtet, die entsprechenden Gewerbeflächen nicht für einen längeren Zeitraum als fünf Jahre fest zu vermieten. Gegen diese Vorgabe wird verstoßen, wenn dem Vermieter die Option eingeräumt wird, eine fünfjährige Vertragslaufzeit zu den Bedingungen des Mietvertrags zu verlängern, und diese Option als ausgeübt gilt, wenn der Mieter nicht drei Monate vor Ablauf der Frist kündigt.<sup>85</sup> Allerdings hat dieser Verstoß gegen § 19 Abs. 1 GWB nicht die Nichtigkeit des gesamten Mietvertrags, sondern lediglich die Nichtigkeit der Verlängerungsklausel zur Folge. Der Bundesgerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass bei Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. § 1 GWB, deren Unzulässigkeit aus der vereinbarten Dauer folgt, grundsätzlich die Möglichkeit besteht, sie im Wege der geltungserhaltenden Reduktion auf das zeitlich zulässige Maß zurückzuführen.<sup>86</sup> Dies gilt, wie der Senat jetzt klarstellt, auch für Verträge, die gegen das Behinderungs- oder Diskriminierungsverbot nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verstoßen. Das Missbrauchsverbot soll in dieser Konstellation nicht den Vertragsschluss als solchen, sondern lediglich die Bevorzugung einzelner Marktteilnehmer durch die Einräumung langfristiger vertraglicher Rechte verhindern. Im vorliegenden Fall sei das Berufungsgericht aufgrund der zwischen den Parteien vereinbarten salvatorischen Klausel in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise zu dem Ergebnis gekommen, dass die gesetzliche Zweifelsregelung des § 139 BGB nicht zur Anwendung gelange und die

---

<sup>84</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>85</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>86</sup> a.a.O., juris, Rn. 28 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 12. Juni 2018 – [KZR 4/16](#) – „Busverkehr im Altmarkkreis“ – juris, Rn. 61.

Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB daher allein die Verlängerungsklausel treffe.<sup>87</sup>

Seite 28 von 39

### **b) „Radio Cottbus“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB)**

In seiner Entscheidung „Radio Cottbus“<sup>88</sup> äußert sich der Kartellsenat zur Reichweite des Diskriminierungsverbots nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB bei mehrseitigen Märkten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht es auch einem marktbeherrschenden Unternehmen frei, für eine Aufnahme in sein Vertriebssystem sachlich angemessene Anforderungen zu stellen, sofern es diese auch einheitlich und diskriminierungsfrei anwendet. Dieser für den selektiven Vertrieb entwickelte Maßstab gilt im Hinblick auf die ähnliche Interessenlage der Beteiligten grundsätzlich in gleicher Weise, wenn ein Anspruch auf Aufnahme in das Vertriebssystem gegen den Marktbeherrscher geltend gemacht wird, der auf einem mehrseitigen Markt Produkte oder Dienstleistungen verschiedener Anbieter an die Unternehmen der Marktgegenseite vermittelt. Wenn der Intermediär dabei die der zweiten Marktseite angebotenen Leistungen selbst auswählt und nach bestimmten Kriterien bündelt, ist allerdings bereits bei der Prüfung der Sachgerechtigkeit der Kriterien für die Auswahl und die Bündelung zu berücksichtigen, dass sie die Leistungsanbieter der ersten Marktseite nicht diskriminieren oder unbillig behindern dürfen. Hierauf ist besonders Bedacht zu nehmen, wenn der Intermediär auch selbst als Leistungsanbieter tätig ist oder eine vertikale Integration vorliegt.<sup>89</sup>

In dieser Rechtssache hatten zwei private Lokalradiosender in Brandenburg von dem marktbeherrschenden Beklagten, der bundesweit Radiowerbezeiten an nationale Werbekunden vermarktet, die Aufnahme in bestimmte Vermarktungskombinationen zu marktüblichen Konditionen verlangt; die Beklagte hatte dies abgelehnt, weil sie nur Sender vermarkte, die mindestens

---

<sup>87</sup> a.a.O., juris, Rn. 28 f.

<sup>88</sup> Urteil vom 24. November 2020 – [KZR 11/19](#) – juris.

<sup>89</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

ein Bundesland abdecken oder über eine für nationale Kunden relevante Reichweite verfügen. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs konnte eine unzulässige Diskriminierung mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht ausgeschlossen werden. Soweit die Beklagte von den Lokalradiosendern eine landesweite Rundfunklizenz verlangt habe, habe das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen, ob und inwieweit sich das von der Beklagten behauptete Ziel, eine zuverlässige Verteilung der Hörer über das Gesamtgebiet eines Bundeslandes zu erreichen, mit dem Kriterium der landesweiten Hörfunklizenz erreichen lasse und inwieweit der Flächendeckung neben der Hörerzahl für das Geschäftsmodell der Beklagten und aus Sicht ihrer nationalen Werbekunden objektiv Bedeutung zukomme.<sup>90</sup> Auch die Feststellung des Berufungsgerichts zu dem von der Beklagten aufgestellten Hörerzahlkriterium erachtete der Bundesgerichtshof als fehlerhaft. Zwar sei nicht schlechthin ausgeschlossen, dass die Beklagte für die Aufnahme von Hörfunksendern in ihre Vermarktungskombinationen je nach Sendegebiet unterschiedliche Anforderungen an die geforderte Hörerzahl festlegt. Sachlich gerechtfertigte Differenzierungen zwischen Sendegebieten dürften jedoch nicht rückwirkend zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung gleichartiger Sender entwickelt werden, sondern müssten von der Beklagten vorab für das jeweils folgende Kalenderjahr festgelegt werden.<sup>91</sup> Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Lokalradiosender gegen die Beklagte einen Anspruch auf Aufnahme in die Vermarktungskombinationen zugestanden habe und ihnen durch die verweigerte Aufnahme ein ersatzfähiger Schaden entstanden sei.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> a.a.O., juris, Rn. 39.

<sup>91</sup> a.a.O., juris, Rn. 46.

<sup>92</sup> a.a.O., juris, Rn. 59.

**c) „FRAND-Einwand II“ (Art. 102 Abs. 2 Buchst. b) und Buchst. c) AEUV)**

Im Urteil „FRAND-Einwand II“ vom 24. November 2020<sup>93</sup> setzt der Kartellsenat seine Rechtsprechung zu den Verpflichtungen des Inhabers eines standardessentiellen Patents fort, die Nutzung des Patents zu fairen, angemessenen und nicht-diskriminierenden Bedingungen (FRAND) zu lizenzieren. Anknüpfend an seine erste Entscheidung zum „FRAND-Einwand“ führt der Kartellsenat aus, neben der Verweigerung eines Lizenzvertrages könne ein Missbrauch der durch das Patent begründeten marktherrschenden Stellung auch dann vorliegen, wenn dem Patentinhaber anzulasten ist, dass er sich nicht hinreichend bemüht hat, seiner besonderen Verantwortung gerecht zu werden und einem grundsätzlich lizenzwilligen Verletzer den Abschluss eines Lizenzvertrages zu angemessenen Bedingungen möglich zu machen.<sup>94</sup> Allerdings ändere die FRAND-Verpflichtungserklärung des Patentinhabers im Grundsatz nichts daran, dass derjenige, der von der technischen Lehre eines Patents Gebrauch macht, hierzu eine Lizenz des Patentinhabers einholen müsse. Daher könnten sich weitere Verhaltenspflichten des Patentinhabers erst und nur dann ergeben, wenn der Nutzer der geschützten technischen Lehre seinen Willen zum Ausdruck bringt, einen Lizenzvertrag zu FRAND-Bedingungen zu schließen.<sup>95</sup> Hat es der auf die Verletzung aufmerksam gemachte Nutzer über einen längeren Zeitraum unterlassen, sein Interesse an einem Lizenzvertrag zu FRAND-Bedingungen zu bekunden, müssen daher von ihm zusätzliche Anstrengungen erwartet werden, um dazu beizutragen, dass ungeachtet dieses Versäumnisses ein entsprechender Lizenzvertrag so bald wie möglich abgeschlossen werden kann. Diese Anforderungen an die Lizenzbereitschaft des Patentverletzers stünden im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH und erforderten daher auch keine erneute Vorlage.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Urteil vom 24. November 2020 – [KZR 35/17](#) – juris.

<sup>94</sup> a.a.O., juris, Rn. 53 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 05. Mai 2020 – [KZR 36/17](#) – juris, Rn. 35 f.

<sup>95</sup> a.a.O., juris, Rn. 56 f.

<sup>96</sup> a.a.O., juris, Rn. 62 f.

Eine so verstandene Lizenzbereitschaft des Patentverletzers sei nicht etwa entbehrlich, sondern behalte auch dann ihre Bedeutung, wenn der Patentinhaber dem Verletzer ein Lizenzangebot unterbreitet hat. Jedenfalls bei einem komplexen Sachverhalt, wie er bei der Lizenzierung standardessentieller Patente typischerweise vorliegt, sei regelmäßig nicht offensichtlich, welche Vertragsbedingungen im konkreten Fall den Anforderungen an einen angemessenen Interessenausgleich entsprechen und gleichzeitig das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot nicht verletzen. Zudem gebe es in aller Regel nicht den einen den FRAND-Bedingungen genügenden Lizenzvertrag, sondern eine Bandbreite möglicher angemessener Lösungen.<sup>97</sup> Hat der Patentinhaber trotz fehlender Patentbereitschaft des Nutzers der Erfindung diesem ein (zumindest im wesentlichen vollständiges) Vertragsangebot gemacht, muss der Nutzer sich daher mit diesem in einer Weise auseinandersetzen, die erkennen lässt, dass er nunmehr das Ziel verfolgt, alsbald zu einem beiderseits interessengerechten Ergebnis zu gelangen. Hierfür komme es nicht darauf an, ob und inwieweit der Inhalt des Vertragsangebots des Patentinhabers bereits in jeder Hinsicht den FRAND-Anforderungen entspricht. Der Inhalt eines komplexen Lizenzvertrages könne weder außerprozessual noch in einem gerichtlichen Verfahren gleichsam abstrakt daraufhin überprüft werden, ob sämtliche Vertragsbedingungen den Anforderungen an eine faire, angemessene und nicht diskriminierende Ausgestaltung der Nutzer der Vertragsschutzrechte genügen. Die Erwägung, der Patentinhaber sei nicht schutzwürdig, weil es ihm ohne weiteres möglich sei, ein FRAND-konformes Lizenzangebot zu unterbreiten, welches erst weitergehende Verhaltensobliegenheiten des Verletzers auslöse, gehe schon wegen der Abhängigkeit der FRAND-Konformität eines bestimmten Vertragsinhalts vom Ergebnis des Verhandlungsprozesses fehl.<sup>98</sup> Auch insoweit ist keine erneute Vorlage an den EuGH geboten.

---

<sup>97</sup> a.a.O., juris, Rn. 69 f.

<sup>98</sup> a.a.O., juris, Rn. 72 f.

Es könne dahinstehen, ob und unter ggf. welchen weiteren Voraussetzungen es als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung beanstandet werden kann, wenn ein Unternehmen, welches im Standardisierungsprozess unter Verstoß gegen die Regeln der Standardisierungsorganisation eine für die Anwendung des Standards relevante Patentanmeldung nicht offen gelegt hat, ein aus dieser Anmeldung hervorgegangenes oder ihre Priorität in Anspruch nehmendes Patent durchsetzt. Denn ein Abwehranspruch oder Anspruch auf eine Freilizenz könne sich nur gegen das Unternehmen richten, dem der „Patenthinterhalt“ zur Last falle, und ggf. gegen dessen Gesamtrechtsnachfolger. Außerhalb des Anwendungsbereichs des Sukzessionsschutzes nach § 15 Abs. 3 PatG könnten dagegen Einwendungen gegen den früheren Patentinhaber nicht dem neuen Patentinhaber entgegengehalten werden.<sup>99</sup>

### **3. Zusammenschlusskontrolle: „CTS Eventim/Four Artists“ (§ 36 Abs. 1 Satz 1 GWB)**

In seiner Entscheidung „CTS Eventim/Four Artists“<sup>100</sup> klärt der Bundesgerichtshof das Verhältnis der Verstärkungswirkung und der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs i.S.v. § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB. Nach ständiger Rechtsprechung 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 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.<sup>101</sup> Die Anforderungen an die Verstärkungswirkung lassen sich nicht abstrakt festlegen; sie stehen in einer Wechselbeziehung zu der Wettbewerbssituation auf dem betroffenen Markt, insbesondere dem Maß der

---

<sup>99</sup> a.a.O., juris, Rn. 130 f.

<sup>100</sup> Beschluss vom 12. Januar 2021 – [KVR 34/20](#) – juris.

<sup>101</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.



bereits ohne Zusammenschlussvorhaben eingetretenen Schwächung der Kontrolle der bestehenden Marktmacht durch den Wettbewerb, und sind deshalb umso niedriger, je stärker die Marktstellung des erwerbenden Unternehmens bereits ist. Dafür ist es jedoch unerheblich, ob das erwerbende Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung im Leistungswettbewerb erworben hat. Der Leistungswettbewerb erlaubt es einem Unternehmen, eine marktbeherrschende Stellung zu erwerben und grundsätzlich auch zu behalten. Er kann es aber nicht rechtfertigen, die überragende Marktstellung durch externes Wachstum in Form anmeldepflichtiger Zusammenschlüsse noch zu verstärken.<sup>102</sup> In Anwendung dieser Grundsätze habe das Beschwerdegericht in dieser Sache rechtsfehlerfrei angenommen, die beabsichtigte vertikale Integration des Zielunternehmens (Four Artists) würde die Wettbewerbsstellung der CTS Eventim spürbar verbessern und damit ihre marktbeherrschende Stellung verstärken.<sup>103</sup>

Verstärkt ein Zusammenschluss eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung im Sinne einer qualitativ oder quantitativ marktrelevanten weiteren Verschlechterung der Gesamtheit der strukturellen Wettbewerbsbedingungen, stellt er eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs i.S.v. § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB dar und ist zu untersagen. Einer weiteren gesonderten Feststellung der Erheblichkeit der Behinderung wirksamen Wettbewerbs bedarf es nicht.<sup>104</sup> Diese in der Literatur streitige Frage beantwortet der Kartellsenat nach Sinn und Zweck von § 36 Abs. 1 Satz 1 GWB dahin, dass die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung einen Regelfall beschreibt, bei dessen Vorliegen der Tatbestand der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs stets erfüllt ist.<sup>105</sup> Der Gefahr, Zusammenschlüsse zu untersagen, die keine überwiegend negativen oder sogar positive Wettbewerbswirkungen hätten, könne bereits durch eine dem Normzweck entsprechende Auslegung des Tatbestands der

---

<sup>102</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>103</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>104</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>105</sup> a.a.O., juris, Rn. 37.

Verstärkung wirksam begegnet werden. Dem jetzt vom Senat vertretenen Verständnis stünden auch keine unionsrechtlichen Bedenken entgegen.<sup>106</sup>

Seite 34 von 39

#### **4. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung: „Stornierungs-entgelt II“**

In seiner Entscheidung „Stornierungsentgelt II“<sup>107</sup> setzt der Senat seine Rechtsprechung zur Anwendung des europäischen Kartellrechts neben dem Eisenbahnregulierungsrecht fort. Wie bereits in den beiden vorangegangenen Entscheidungen „Trassenentgelte“<sup>108</sup> und „Stationspreissystem II“<sup>109</sup> betont der Senat, dass der Anwendung des Missbrauchsverbots nach Art. 102 AEUV sowie der darauf bezogenen Anspruchsgrundlage des nationalen Rechts (§ 33 GWB a.F.; § 812 BGB) weder die Vorgaben der Richtlinie 2001/14/EG noch die Vorschriften des Allgemeinen Eisenbahnrechts entgegenstehen.<sup>110</sup> Der Kartellsenat hat das in dieser Sache angefochtene Berufungsurteil aufgehoben, da dieses noch auf einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB beruhte.

Für das wiedereröffnete Berufungsverfahren gibt der Kartellsenat dem Berufungsgericht auf, eine missbräuchliche Preisüberhöhung sowie eine Kosten-Preis-Schere zu prüfen. Ein Preis sei missbräuchlich überhöht i.S.v. Art. 102 AEUV, wenn der Inhaber einer marktbeherrschenden Stellung die sich daraus ergebenden Möglichkeiten genutzt hat, um geschäftliche Vorteile zu erhalten, die er bei hinreichend wirksamem Wettbewerb nicht erhalten hätte, und daher Preise hat durchsetzen können, die in keinem angemessenen Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung stehen. Für die Feststellung, ob die Erhöhung der hier fraglichen Stornierungsentgelte missbräuchlich war, könne in Ermangelung anderer geeigneter Vergleichsmaßstäbe auf einen Vergleich mit Marktergebnissen

---

<sup>106</sup> a.a.O., juris, Rn. 39 f.

<sup>107</sup> Urteil vom 08. Dezember 2020 – [KZR 60/16](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

<sup>108</sup> Urteil vom 29. Oktober 2019 – [KZR 39/19](#) – juris, Rn. 18 f.

<sup>109</sup> Urteil vom 01. September 2020 – [KZR 12/15](#) – juris, Rn. 19 f.

<sup>110</sup> Urteil vom 08. Dezember 2020 – a.a.O. – juris, Rn. 20.

zurückgegriffen werden, wie sie sich auf dem relevanten Markt in der Vergangenheit oder auch zu nachfolgenden Zeitpunkten ergeben haben. Es sei nicht ersichtlich, dass mit der Erhebung von Stornierungsentgelten etwaige durch die Stornierung verursachte Kosten gedeckt werden sollen. Daher werde die gravierende Preissteigerung bei den Stornierungsentgelten mit dem sogenannten Trassenpreissystem 2008 nur dann gerechtfertigt sein, wenn die Beklagte nachvollziehbar darlegt, dass die Stornierungsentgelte aufgrund ihrer Höhe in der Vergangenheit ihre marktlenkende Anreizwirkung in ganz erheblichem Maße verfehlt hätten oder sich das Verhältnis von pauschalierender Berechnung des Erfüllungsschadens zu den tatsächlich ausgefallenen Deckungsbeiträgen erheblich zum Nachteil der Beklagten verändert habe. Dabei werde in Rechnung zu stellen sein, dass ein Marktteilnehmer bei hinreichend wirksamem Wettbewerb nicht ohne Weiteres eine Preisanpassung werde vornehmen können, die einen gravierenden und sprunghaften Preisanstieg für seine Kunden nach sich ziehe. Bislang seien konkrete und nachvollziehbare Angaben der Beklagten zur Kalkulation der gravierenden Erhöhungsbeiträge nicht erkennbar.<sup>111</sup>

Weiter werde das Berufungsgericht in den Blick zu nehmen haben, ob die Anhebung der Stornierungsentgelte behindernde Wirkungen entfaltet habe und daher aus diesem Grund missbräuchlich i.S.v. Art. 102 AEUV gewesen sei. Insbesondere vertikal integrierte Unternehmen tragen eine besondere Verantwortung für die Sicherung eines unverfälschten Wettbewerbs auf den nachgelagerten und anderen benachbarten Märkten. Als missbräuchlich sind insbesondere solche Verhaltensweisen zu beurteilen, die darauf gerichtet sind, die Margen des auf dem nachgelagerten Markt tätigen Unternehmens so zu beschneiden, dass es ihm langfristig nicht mehr oder nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist, seine Dienstleistungen auf dem nachgelagerten Markt rentabel zu erbringen (Kosten-Preis-Schere).<sup>112</sup> Die mit einem derartigen Preissetzungsverhalten einhergehende

---

<sup>111</sup> a.a.O., juris, Rn. 23 f.

<sup>112</sup> a.a.O., juris, Rn. 34 f. unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 14. Oktober 2010 – C-280/08 P – „Deutsche Telekom“ – Rn. 177 f.

Margenbeschneidung kann angesichts ihrer möglichen Verdrängungswirkung

gegenüber Wettbewerbern des marktbeherrschenden und vertikal integrierten Unternehmens bereits für sich allein einen Missbrauch i.S.v. Art. 102 AEUV darstellen, wenn für das Preisverhalten eine sachliche Rechtfertigung nicht gegeben ist; dies gilt insbesondere dann, wenn der Zugang zum Vorleistungsmarkt für das Angebot der Dienstleistung auf dem nachgelagerten Markt – wie hier – unentbehrlich sei. Das Berufungsgericht werde gegebenenfalls zu prüfen haben, ob und in welcher Höhe die Beklagte aufgrund der Zahlung der in Rede stehenden Erhöhungsbeträge auf Kosten der Klägerin ungerechtfertigt bereichert oder die Klägerin von einem ihr entstandenen Schaden entlastet worden ist. Die Beklagte habe insoweit streitig eingewandt, die Klägerin habe erhöhte Kosten aufgrund der Stornierungsentgelte an ihre Auftraggeber weiterreichen können. Der Einwand der Vorteilsausgleichung durch Abwälzung von missbräuchlich überhöhten Stornierungsentgelten an die nachgelagerte Marktstufe werde der Beklagten aus Rechtsgründen nicht ohne Weiteres versagt werden können. Dies gelte auch für den bereicherungsrechtlichen Anspruch, jedenfalls soweit die Bereicherung ausschließlich auf einen Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften gestützt werde.<sup>113</sup>

## **5. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales**

### **a) „Wikingerhof/Booking.com“ (Art. 7 Nr. 2 Brüssel-Ia-VO)**

Auf das Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofs hat der EuGH mit Urteil vom 24. November 2020<sup>114</sup> entschieden, dass der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung i.S.v. Art. 7 Nr. 2 der Verordnung (EU) 1215/2012 (Brüssel-Ia-VO) auch für eine Klage gilt, die auf Unterlassung bestimmter Verhaltensweisen im Rahmen einer Vertragsbeziehung

---

<sup>113</sup> a.a.O., juris, Rn. 40.

<sup>114</sup> Urteil vom 24. November 2020 – C-59/19 – „Wikingerhof“ – juris.

gerichtet ist und die darauf gestützt wird, dass der Beklagte unter Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutze. Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts Schleswig-Holstein schließt danach das Bestehen einer Vertragsbeziehung die Qualifikation des Klagebegehrens als deliktischen Anspruch nicht aus. In seinem Urteil vom 10. Februar 2021 „Wikingerhof/Booking.com“<sup>115</sup> hat der Bundesgerichtshof nach dieser Klärung durch den EuGH die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die Kartellrechtswidrigkeit der beanstandeten Handlungen der Beklagten hänge allein davon ab, ob dieser nach § 18 GWB eine marktbeherrschende Stellung zukomme und sie diese missbräuchlich ausgenutzt habe; auf den Inhalt des Vertrages komme es nach dem Urteil des EuGH nicht an. Zwar sei im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung nach § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 GWB auch eine Betrachtung der vertragstypischen Rechte und Pflichten und der zwischen den Parteien getroffenen Regelungen vorzunehmen. Für die Qualifikation des Klageanspruchs als deliktischem Anspruch sei dies jedoch ohne Bedeutung, zumal dabei Interessen nicht berücksichtigt werden dürften, deren Durchsetzung insbesondere nach den kartellrechtlichen Wertungen rechtlich missbilligt werden.<sup>116</sup> Einen niederländischen Gerichtsstand für kartellrechtliche Unterlassungsansprüche haben die Parteien nach der nunmehr vom Bundesgerichtshof erstmals vorgenommenen Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen Gerichtsstandsklauseln nicht wirksam vereinbart.<sup>117</sup>

**b) „Grenzen der Verbandsgeldbuße II“ (§ 30 Abs. 2a OWiG, § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG)**

In seiner Entscheidung „Grenzen der Verbandsgeldbuße II“ vom 08. März 2021<sup>118</sup> entscheidet der Kartellsenat, dass § 30 Abs. 2a OWiG als Rechtsgrundlage für den Übergang der bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit auf juristische Personen oder Personenvereinigungen nicht auf

<sup>115</sup> Urteil vom 10. Februar 2021 – [KZR 66/17](#) – „Wikingerhof/Booking.com“ – juris.

<sup>116</sup> a.a.O., juris, Rn. 12 f.

<sup>117</sup> a.a.O., juris, Rn. 17 f. und Rn. 27 f.

<sup>118</sup> Beschluss vom 08. März 2021 – [KRB 86/20](#) – juris.

Anknüpfungstaten angewendet werden darf, die vor Inkrafttreten der Bestimmung mit der 8. GWB-Novelle liegen. Der Kartellsenat stellt insoweit klar, dass § 81 Abs. 3b GWB 2017 (nunmehr § 81a Abs. 2 GWB) allein die Festsetzung einer Geldbuße gegen einen Rechtsnachfolger der Konzerngesellschaft regelt, welche die juristische Person oder Personenvereinigung nach § 30 Abs. 1 OWiG (den Verband) lenkt; demgegenüber verbleibe es für den Rechtsnachfolger des Verbands selbst bei einer etwaigen Verantwortlichkeit gemäß § 30 Abs. 2a OWiG. Diese Bestimmung sei allerdings ausschließlich anwendbar, wenn erst nach ihrem Inkrafttreten nicht nur die Rechtsnachfolge, sondern auch die Beendigung der Straftat oder Ordnungswidrigkeit eingetreten ist. Anderenfalls läge ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot vor.<sup>119</sup> § 30 Abs. 2a OWiG statuiere eine eigene bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit des Verbands für Taten seiner Leitungspersonen als Voraussetzung der Ahndung; damit enthalte die sanktionsbegründende Norm für die (partielle) Gesamtrechtsnachfolge die Neudefinition der Person eines zu ahndenden Verbands.<sup>120</sup> Nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG führe die Eintragung der Verschmelzung im Register dazu, dass ein rechtskräftig gegen den Rechtsvorgänger festgesetztes Bußgeld – also die Zahlungsverpflichtung als solche – auf den Rechtsnachfolger übergehe; stehe aufgrund eines teilrechtsfähigen Erkenntnisses lediglich fest, dass der Rechtsvorgänger für die Tat seiner Leitungsperson bußgeldrechtlich verantwortlich ist, ohne dass auch der Rechtsfolgenausspruch in Rechtskraft erwachsen ist, bewirkt die Vorschrift keinen Eintritt in diese Verantwortlichkeit.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> a.a.O., juris, Rn. 8 f.

<sup>120</sup> a.a.O., juris, Rn. 13 und Rn. 19.

<sup>121</sup> a.a.O., juris, Rn. 21 f.

**6. Sonstiges**  
(entfällt)

Seite 39 von 39

Karlsruhe, den 16. September 2021

Dr. Peter Rädler