

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht im 1. Halbjahr 2023

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

Dieser Beitrag fasst die im ersten Halbjahr 2023 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbs- und Kartellrecht zusammen.¹ Wegen des zum Teil längeren Zeitraums zwischen Absetzen und Veröffentlichung der Entscheidungen ist die Übersicht auf die bis zum 31. Juli 2023 veröffentlichten Entscheidungen begrenzt;² später veröffentlichte Entscheidungen werden in der nachfolgenden Rechtsprechungsübersicht berücksichtigt. Der Rechtsprechungsbericht zum Wettbewerbsrecht ist in dieser Übersicht auf das Lauterkeitsrecht des UWG beschränkt.

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

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

Wettbewerbs- und Kartellrecht

I. Lauterkeitsrecht

1. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen
2. Per-se-Verbote („Schwarze Liste“)
3. 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) „Gruppenversicherung II“ (§ 34d GewO)

Nach Klärung durch den EuGH im Urteil „TC Medical Air Ambulance Agency“ vom 29. September 2022³ entscheidet der Bundesgerichtshof in seinem Urteil „Gruppenversicherung II“⁴ über den Begriff des Versicherungsvermittlers i.S.v. § 34d Abs. 1 Satz 1 GewO. Der EuGH hatte im Urteil vom 29. September 2022 klargestellt, die Richtlinie 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung sowie die Richtlinie (EU) 2016/97 über Versicherungsvertrieb seien dahin auszulegen, dass unter den Begriff „Versicherungsvermittler“ und damit den Begriff „Versicherungsvertreiber“ eine juristische Person fällt, deren Tätigkeit darin besteht, eine freiwillige Mitgliedschaft in einer zuvor von ihr bei einer Versicherungsgesellschaft abgeschlossenen Gruppenversicherung anzubieten, für die sie von ihrem Kunden eine Vergütung erhält und welche die Kunden zur Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen namentlich im Falle einer Erkrankung oder eines Unfalls im Ausland berechtigt. Im Hinblick auf diesen unionsrechtlichen Kontext hat der I. Zivilsenat die Tätigkeit der in diesem Verfahren auf Unterlassung Verklagten als Versicherungsvermittlung im Sinne der die Richtlinienbestimmung in das deutsche Recht umsetzenden Regelung des § 34d Abs. 1 Satz 1 GewO angesehen.⁵ Nach der Bestimmung in der seit dem 23. Februar 2018 geltenden Fassung bedarf der Erlaubnis der zuständigen Industrie- und Handelskammer, wer gewerbsmäßig den Abschluss von Versicherungs- oder Rückversicherungsverträgen vermitteln will. Ein Verstoß gegen diese Erlaubnispflicht ist gemäß § 3a UWG als unlauter anzusehen, weil es sich dabei um eine Marktverhaltensregelung handelt.⁶ Die in § 34d Abs. 1 Satz 1 GewO vorgesehene Eintragungspflicht hat das Ziel, dass als Versicherungsvermittler nur tätig wird, wer die strengen beruflichen Anforderungen in Bezug auf Sachkompetenz, Leumund, Berufshaftpflichtschutz und finanzielle Leistungsfähigkeit erfüllt; die dieser Regelung

³ EuGH, Urteil vom 29. September 2022 – C-633/20 – juris.

⁴ BGH, Urteil vom 15. Dezember 2022 – [I ZR 8/19](#) – juris.

⁵ a.a.O. – juris, Rn. 40.

⁶ a.a.O. – juris, Rn. 24 f.

zugrunde liegenden Richtlinien 2002/92/EG und (EU) 2016/97 verfolgen den doppelten Zweck eines hohen beruflichen Niveaus der Versicherungsvermittlung und der Verbesserung des Verbraucherschutzes.⁷ Die Beklagte konnte sich zur Abwendung der wettbewerblichen Unterlassungspflicht nicht auf das Schreiben der für sie zuständigen Industrie- und Handelskammer aus dem Jahr 2015 berufen, in dem ihr mitgeteilt wurde, bei ihrem Geschäftsmodell handele es sich nicht um eine nach § 34d GewO erlaubnispflichtige Tätigkeit. Dieses Schreiben stelle, so der Senat, lediglich die Beantwortung der Anfrage der Beklagten zur Genehmigungsbedürftigkeit ihrer Tätigkeit dar; hierin liege jedoch kein feststellender Verwaltungsakt, welcher der Beklagten das vom Kläger mit der Klage beanstandete Verhalten ausdrücklich erlaubt.⁸

b) Online-Zweitlotterien (§ 4 Abs. 1 GlüStV 2021)

Im Beschluss vom 26. Januar 2023⁹ weist der I. Zivilsenat darauf hin, dass die vom Oberlandesgericht Düsseldorf zur Klärung der Verfassungs- und Unionsrechtskonformität der Neuregelung in § 4 Abs. 4, § 5 Abs. 7 GlüStV 2021 zugelassene Revision mangels Entscheidungserheblichkeit der aufgeworfenen Rechtsfragen zurückzuweisen sei. Selbst wenn die beanstandete Neuregelung im Glücksspielstaatsvertrag zum Verbot von Online-Zweitlotterien unionsrechtswidrig sein sollte, wären die Beklagten nicht davon befreit, sich um eine Erlaubnis für die von ihnen angebotenen Glücksspiele zu bemühen, was sie nicht getan hätten. Das Verhalten der Beklagten sei daher auch unter Geltung des Glücksspielstaatsvertrages 2021 jedenfalls unlauter, weil sie Online-Zweitlotterien ohne Erlaubnis gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GlüStV 2021 angeboten hätten.¹⁰ Das Berufungsgericht habe mit Recht angenommen, dass auch ein inkohärentes und damit unionsrechtswidriges Verbot von Online-Zweitlotterien nicht

⁷ a.a.O. – juris, Rn. 25.

⁸ a.a.O. – juris, Rn. 28.

⁹ Hinweisbeschluss gemäß § 552a ZPO vom 26. Januar 2023 – [I ZR 79/22](#) – juris; auf den Hinweisbeschluss wurde die Revision zurückgenommen. Weitgehend gleichlautend der Hinweisbeschluss ebenfalls vom 26. Januar 2023 – [I ZR 148/22](#) – juris.

¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 22.

dazu führe, dass diese gänzlich ohne Erlaubnis angeboten werden dürften. Der (umfassende) Erlaubnisvorbehalt gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV 2021 bleibe bei einer (unterstellten) Unionsrechtswidrigkeit des Verbots von Online-Zweitlotterien bestehen.¹¹ Das Unionsrecht fordere selbst bei (unterstellter) Unionsrechtswidrigkeit des Verbots von Online-Zweitlotterien weder eine Duldung noch eine voraussetzungslose Genehmigung der Veranstaltung und Vermittlung solcher Wetten, sondern lediglich die Prüfung sowie Bescheidung hierauf gerichteter Erlaubnisansträge unter Beachtung der Grundsätze der Rechtssicherheit und Transparenz. Die Beklagten seien auch nicht deshalb davon befreit, ein Erlaubnisverfahren anzustrengen, weil das von ihnen angebotene Glücksspiel nicht erlaubnisfähig sei. Die zuständige Behörde wäre im Rahmen eines solchen Erlaubnisverfahrens zur Einhaltung des Unionsrechts verpflichtet, was bei einer unterstellten Unionsrechtswidrigkeit des Online-Zweitlotterie-Verbots bedeute, dass eine Erlaubnis nicht aus diesem Grund abgelehnt werden dürfe. Die der Beklagten erteilte maltesische Glücksspielerlaubnis führe zu keinem anderen Ergebnis, weil nach der Rechtsprechung des EuGH beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts keine Verpflichtung bestehe, die von verschiedenen Mitgliedsstaaten erteilten Erlaubnisse gegenseitig anzuerkennen.¹² Aus dem EuGH-Urteil „Ince“ folge nicht, dass ein Mitgliedsstaat bei einer Verletzung des Unionsrechts verpflichtet wäre, die fragliche Tätigkeit zu dulden oder zu genehmigen; es seien den Mitgliedsstaaten lediglich strafrechtliche Sanktionen verboten.¹³

c) Vorlagebeschluss: „Botanicals“ (Art. 10 Abs. 1 und Abs. 3 HCVO)

Mit Beschluss vom 01. Juni 2023¹⁴ hat der Bundesgerichtshof dem EuGH eine Frage zur Auslegung der EG-Verordnung Nr. 1924/2006 über Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel (HCVO) im

¹¹ a.a.O. – juris, Rn. 23.

¹² a.a.O. – juris, Rn. 24 f.

¹³ a.a.O. – juris, Rn. 12 unter Verweis auf das Urteil des EuGH vom 04. Februar 2016 – C-336/14 – juris.

¹⁴ EuGH-Vorlage vom 01. Juni 2023 – [I ZR 109/22](#) – juris.

Zusammenhang mit pflanzlichen Stoffen (Botanicals) vorgelegt. Die Frage geht dahin, ob für Botanicals mit gesundheitsbezogenen Angaben i.S.v. Art. 10 Abs. 1 HCVO bzw. Verweisen auf allgemeine, nicht-spezifische Vorteile für die Gesundheit i.S.v. Art. 10 Abs. 3 HCVO geworben werden darf, ohne dass diese Angaben gemäß der Verordnung zugelassen und in die Liste der zugelassenen Angaben gemäß den Artt. 13 und 14 HCVO aufgenommen sind, solange die Bewertung der Behörde und die Prüfung der Kommission über die Aufnahme der zu „Botanicals“ angemeldeten Angaben in die Gemeinschaftslisten noch nicht abgeschlossen sind. In dem Rechtsstreit klagt der Verband Sozialer Wettbewerb auf Unterlassung bestimmter gesundheitsbezogener Angaben zu den Inhaltsstoffen „Safran-Extrakt“ und „Melonensaft-Extrakt“ in dem von der Beklagten vertriebenen Nahrungsergänzungsmittel. Das Berufungsgericht hatte einen Gesundheitsbezug der angegriffenen Angaben i.S.v. Art. 2 Abs. 2 Nr. 5 HCVO bejaht, die Zulässigkeit der Werbung am Maßstab der HCVO allerdings verneint, da für Botanicals eine Liste zugelassener Angaben gemäß Art. 13 oder Art. 14 HCVO noch nicht verabschiedet worden sei und die Voraussetzungen der Übergangsbestimmungen in Art. 28 Abs. 5 und Abs. 6 HCVO nicht erfüllt seien.

Wie das Berufungsgericht lässt der Bundesgerichtshof offen, ob die angegriffenen Angaben Art. 10 Abs. 1 oder Abs. 3 HCVO unterfallen.¹⁵ In jedem Fall komme es entscheidend darauf an, ob Art. 10 Abs. 1 und Abs. 3 HCVO überhaupt anwendbar sind, solange für Botanicals die Bewertung der Behörde und die Prüfung der Kommission über die Aufnahme der zu „Botanicals“ angemeldeten Angaben in die Gemeinschaftslisten gemäß Art. 13 und Art. 14 HCVO noch nicht abgeschlossen sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stehe der Anwendung von Art. 10 Abs. 3 HCVO grundsätzlich nicht entgegen, dass die Listen gemäß Art. 13 und Art. 14 HCVO noch nicht vollständig erstellt sind.¹⁶ Es sei aber streitig, ob Art. 10

¹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 18 f.

¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 23 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 19. September 2019 – [I ZR 91/18](#) – Gelenknahrung III – juris, Rn. 18.

Abs. 1 und Abs. 3 HCVO auf Angaben anwendbar sind, deren Bewertung durch die Behörde oder deren Prüfung durch die Kommission zurückgestellt und noch nicht abgeschlossen ist.¹⁷ Wären Art. 10 Abs. 1 und Abs. 3 HCVO anwendbar, stünden diese Bestimmungen der beanstandeten Verwendung der fraglichen Angaben entgegen, da eine Weiterverwendung nicht nach Art. 28 Abs. 5 oder Abs. 6 HCVO zulässig sei.¹⁸

d) EuGH-Vorlage: „Hautfreundliches Desinfektionsmittel“ (Art. 72 Biozid-Verordnung)

Mit Beschluss vom 20. April 2023 „Hautfreundliches Desinfektionsmittel“¹⁹ legt der Bundesgerichtshof dem EuGH die Frage vor, ob unter unzulässige „ähnliche Hinweise“ i.S.v. Art. 72 Abs. 3 Satz 2 der sogenannten Biozid-Verordnung (EU) Nr. 528/2012 (im Folgenden: Biozid-VO) alle Begriffe in einer Werbung fallen, die hinsichtlich der Risiken des Produkts für die Gesundheit von Mensch oder Tier oder für die Umwelt oder seiner Wirksamkeit einen den konkret aufgezählten Begriffen vergleichbaren verharmlosenden, nicht aber zwingend auch einen generalisierenden Gehalt aufweisen. Der in diesem Verfahren auf Unterlassung verklagte Betreiber von Drogeriemärkten hatte Desinfektionsmittel vertrieben u.a. mit der Angabe „hautfreundlich“. Nach Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO, welcher eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG darstellt,²⁰ darf die Werbung für ein Biozidprodukt auf keinen Fall die Angaben „Biozidprodukt mit niedrigem Risikopotenzial“, „ungiftig“, „unschädlich“, „natürlich“, „umweltfreundlich“, „tierfreundlich“ oder ähnliche Hinweise enthalten. Nicht in Streit stand in dem Verfahren, dass es sich bei den vom Antrag erfassten Desinfektionsmitteln um Biozidprodukte im Sinne der Biozid-VO handelte, also um einen Stoff oder ein Gemisch, der/das dazu bestimmt ist, auf andere Art als durch die bloße physikalische oder mechanische Einwirkung Schadorganismen zu bekämpfen.²¹ Zweifelhaft und klärungsbedürftig war für den I. Zivilsenat

¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 24.

¹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 34 f.

¹⁹ EuGH-Vorlage vom 20. April 2023 – [I ZR 108/22](#) – juris; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

²⁰ a.a.O. – juris, Rn. 13.

²¹ a.a.O. – juris, Rn. 16.

allerdings, ob der für die Bezeichnung des Desinfektionsmittels verwendete Begriff „hautfreundlich“ als „ähnlicher Hinweis“ i.S.v. Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO zu verstehen ist. Nach der vom Senat für zutreffend erachteten Sichtweise ist mit den in der Verordnung aufgezählten Begriffen gemeint, dass sie die Eigenschaften des Biozids hinsichtlich der Risiken des Produkts für die Gesundheit, für die Umwelt oder seiner Wirksamkeit mit einer pauschalen Angabe verharmlosten; die Angabe „hautfreundlich“ relativiere das Risikopotenzial des Produkts oder seiner Wirkungen und deren Schädigungseignung dagegen weder allgemein noch wenigstens speziell hinsichtlich einer der Schutzgüter in pauschaler Weise.²² Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Verkehrsverständnis enthält das Attribut „hautfreundlich“ nur eine Relativierung schädlicher Nebenwirkungen; damit bestehe nicht die Gefahr, dass Verbraucher ein Biozid weniger kritisch einsetzen, weil sie einen (nicht irreführenden) spezifischen, auf das Produkt bezogenen Hinweis erhalten.²³ Diese Ermittlung des Verkehrsverständnisses sei durch das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler erfolgt.

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

Ansprüche aus wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz dienen vorrangig dem Schutz individueller Leistungen und daneben dem Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Sie sollen grundsätzlich nur von demjenigen geltend gemacht werden können, der die zu schützenden Leistungen erbracht hat; das ist in der Regel der Hersteller der nachgeahmten Ware. Es kann aber auch der in seinem Vertrieb behinderte Alleinvertriebsberechtigte eines nachgeahmten Erzeugnisses als unmittelbar Verletzter i.S.v. § 4 Nr. 3 UWG anzusehen sein. Dies bekräftigt der I. Zivilsenat in seinem Urteil „Kerrygold“ vom 26. Januar 2023.²⁴ Der in seinem Vertrieb behinderte Alleinvertriebsberechtigte eines nachgeahmten Erzeugnisses sei unmittelbar Verletzter i.S.v. § 4 Nr. 3 UWG, wenn durch den Vertrieb

²² a.a.O. – juris, Rn. 21 f. und Rn. 24 f.

²³ a.a.O. – juris, Rn. 23.

²⁴ Urteil vom 26. Januar 2023 – [I ZR 15/22](#) – juris.

eines nachgeahmten Erzeugnisses über die Herkunft aus dem Betrieb eines bestimmten Herstellers und damit auch über die Herkunft aus dem Betrieb des ausschließlichen Vertriebsberechtigten getäuscht werde.²⁵

In dieser Sache hatte das Berufungsgericht die alleinige Vertriebsberechtigung fehlerhaft als unstreitig behandelt.²⁶ Nach den von der Rechtsprechung zu § 138 Abs. 1 ZPO entwickelten Grundsätzen habe die Beklagte den auf die alleinige Vertriebsberechtigung zielenden Vortrag der Klägerin einfach bestreiten dürfen. Ob einfaches Bestreiten als Erklärung gemäß § 138 Abs. 2 ZPO ausreicht oder ob ein substantiiertes Bestreiten erforderlich ist, hängt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von dem Vortrag der Gegenseite ab.²⁷ Das Berufungsgericht sei allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass auch verpackte Produkte – wie hier Butter und Mischstreichfette – Gegenstand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes sein können.²⁸ Einem verpackten Produkt kann wettbewerbliche Eigenart zukommen, wenn die konkrete Gestaltung oder bestimmte Merkmale der Verpackung des Produkts geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf die betriebliche Herkunft oder die Besonderheiten der darin verpackten Ware hinzuweisen. Dagegen sei auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen die Klage nicht unter dem Gesichtspunkt einer vermeidbaren Täuschung über die betriebliche Herkunft nach § 4 Nr. 3 Buchst. a) UWG begründet.²⁹ Ob die deutliche Hervorhebung des Herstellernamens ausreicht, um die Gefahr einer Herkunftsverwechslung in ausreichendem Maße einzudämmen, hänge von den Umständen des Einzelfalles ab. Eine vermeidbare Herkunftstäuschung könne dann zu bejahen sein, wenn der Verkehr sich nicht auch an der Herstellerangabe, sondern allein an der äußeren Gestaltung orientiert und diese allein deswegen einem bestimmten Hersteller zuordnet. Hiervon könne, so der Senat, bei Produkten des täglichen Bedarfs, die sich in ihrer

²⁵ a.a.O. – juris, Rn. 13.

²⁶ a.a.O. – juris, Rn. 18.

²⁷ a.a.O. – juris, Rn. 18.

²⁸ a.a.O. – juris, Rn. 34.

²⁹ a.a.O. – juris, Rn. 45.

äußeren Erscheinungsform und insbesondere bei der Gestaltung ihrer Verpackung meist nicht wesentlich unterscheiden, nicht ausgegangen werden.³⁰ Aus den Erwägungen der Senatsentscheidung „Viennetta“ könne nicht abgeleitet werden, dass eine Herkunftstäuschung durch eine nachgeahmte Produktverpackung bei unterschiedlichen Produkt- oder Herstellerangaben stets ausgeschlossen ist, solange keine identische Übernahme aller wesentlichen Gestaltungsmerkmale vorliege. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Herkunftstäuschung vorliegt, müssten vielmehr alle Umstände des Einzelfalls in den Blick genommen werden; insbesondere sei zu berücksichtigen, welche Produkt- und Herkunftsbezeichnungen auf der Nachahmung verwendet werden und in welcher Weise dies geschieht.³¹

5. Irreführung (§§ 5, 5a UWG): „Aminosäurekapseln“ (§ 2 PAngV)

In der Sache „Aminosäurekapseln“³² bekräftigt der I. Zivilsenat seine Rechtsprechung seit der Entscheidung „Knuspermüsli II“, wonach bei Verletzung unionsrechtlich festgelegter Informationsanforderungen die Unlauterkeit des Verhaltens des Unterlassungsschuldners nicht nach § 3a UWG, sondern allein nach § 5a Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 UWG a.F. (§ 5a Abs. 1; § 5b Abs. 4 UWG) zu beurteilen ist.³³ Nach der Beurteilung des Bundesgerichtshofs hatte das Berufungsgericht in dieser Sache zu Recht zugrunde gelegt, dass der Beklagte gewerbsmäßig oder geschäftsmäßig Waren, nämlich das beworbene Aminosäureprodukt, in Fertigpackungen nach Gewicht angeboten und dies die Pflicht zur Angabe des Grundpreises nach § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV a.F. ausgelöst hat. Für die vertriebenen Aminosäureprodukte in Kapselform hatte das Berufungsgericht verneint, dass diese nach Stückzahl in den Verkehr gebracht werden. Das Berufungsgericht hatte hierzu festgestellt, dass es sich nach der Verkehrsauffassung bei Aminosäureprodukten in unterschiedlichen Darreichungsformen nicht um unterschiedliche

³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 49.

³¹ a.a.O. – juris, Rn. 50.

³² Urteil vom 23. März 2023 – [I ZR 17/22](#) – juris.

³³ a.a.O. – juris, Rn. 65 unter Verweis auf Urteil vom 07. April 2022 – [I ZR 143/19](#) – Knuspermüsli II – juris, Rn. 23.

Lebensmittel handelt. Die insoweit ermittelte Verkehrsauffassung unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsgerichtlichen Überprüfung dahingehend, ob das Berufungsgericht den Tatsachenstoff verfahrensfehlerfrei ausgeschöpft hat und die Beurteilung mit den Denkgesetzen und den allgemeinen Erfahrungssätzen in Einklang steht. Die hiergegen gerichtete Revision blieb erfolglos.³⁴ Anders als von der Revision vertreten, ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ein Inverkehrbringen nach Stückzahl auch nicht allein deswegen anzunehmen, weil es sich bei Aminosäurepräparaten um Nahrungsergänzungsmittel handelt; auch Sinn und Zweck der Lebensmittelinformationsverordnung sprächen nicht dafür, dass es sich bei Aminosäurekapseln um andere Lebensmittel als bei Aminosäureprodukten in Pulverform handelt.³⁵ Die fehlende Grundpreisangabe stellte ein Vorenthalten wesentlicher Informationen i.S.v. § 5a Abs. 4 UWG a.F. dar. Auch bei der Pflicht zur Angabe des Grundpreises beim Angebot von Waren handele es sich um eine im Unionsrecht (Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie 2005/29/EG) festgelegte Informationsanforderung in Bezug auf kommerzielle Kommunikation.³⁶ Das Vorenthalten dieser wesentlichen Informationen stellte sich auch als erheblich i.S.v. § 5a Abs. 2 UWG a.F. dar. Insoweit sei die Bewertung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, dass die Angabe eines Stückpreises pro Kapsel nicht geeignet ist, dem Verbraucher einen umfassenden und einfachen Preisvergleich zu ermöglichen.³⁷

6. Vergleichende Werbung
(entfällt)

7. Unzumutbare Belästigung
(entfällt)

³⁴ a.a.O. – juris, Rn. 54 f.

³⁵ a.a.O. – juris, Rn. 58 f.

³⁶ a.a.O. – juris, Rn. 67 f.

³⁷ a.a.O. – juris, Rn. 71.

8. Rechtsfolgen

a) „Haftung für Affiliates“ (§ 8 Abs. 2 UWG)

In der Entscheidung „Haftung für Affiliates“³⁸ setzt sich der Bundesgerichtshof am Beispiel der Affiliates im Amazon-Partnerprogramm grundlegend mit der Zurechnungsnorm des § 8 Abs. 2 UWG auseinander. Die dortige Klägerin – eine Herstellerin von Matratzen mit einem Shop auf dem Amazon-Market-Place – hatte Gesellschaften der Amazon-Gruppe wegen einer wettbewerbswidrigen Ausgestaltung der Internetseite eines Affiliate auf dem Amazon-Market-Place auf Unterlassung in Anspruch genommen. Sogenannten Affiliates steht es im Rahmen eines mit Amazon geschlossenen Partnerprogramms frei, auf der eigenen Website Links auf Angebote auf der Online-Handelsplattform Amazon (sogenannte Affiliate-Links) zu setzen; bei der Vermittlung eines Kaufs über einen solchen Link erhält der Affiliate als Provision einen prozentualen Teil am Kaufpreis. Der Bundesgerichtshof sieht zwar die als Verkäuferin auf der Website Amazon.de agierende beklagte Amazon-Gesellschaft als Mitbewerberin der Klägerin an, weil beide Parteien über das Internet Matratzen auf dem deutschen Markt anböten. Auch liege in der Aufmachung der von der Klägerin beanstandeten Internetseite des Affiliate ein Wettbewerbsverstoß wegen der fehlenden Kenntlichmachung des kommerziellen Zwecks gemäß § 5a Abs. 4 Satz 1 UWG.³⁹ Das Berufungsgericht habe allerdings zu Recht angenommen, dass die beklagten Amazon-Gesellschaften für diesen Wettbewerbsverstoß nicht nach § 8 Abs. 2 UWG hafteten.

Der innere Grund für die Zurechnung der Geschäftstätigkeit des Beauftragten liege vor allem in einer dem Betriebsinhaber zugutekommenden Erweiterung des Geschäftsbetriebs und einer gewissen Beherrschung des Risikobereichs durch den Betriebsinhaber. Deshalb sei es unerheblich, wie die Beteiligten ihre Rechtsbeziehungen ausgestaltet haben. Entscheidend sei, dass der Werbepartner in die betriebliche Organisation des Betriebs-

³⁸ Urteil vom 26. Januar 2023 – [I ZR 27/22](#) – juris.

³⁹ a.a.O. – juris, Rn. 18 f.

inhabers in der Weise eingegliedert ist, dass der Erfolg der Geschäftstätigkeit des beauftragten Unternehmens dem Betriebsinhaber zugutekommt und der Betriebsinhaber einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss auf diejenige Tätigkeit des beauftragten Unternehmens hat, in deren Bereich das beanstandete Verhalten fällt; dabei komme es nicht darauf an, welchen Einfluss sich der Betriebsinhaber gesichert habe, sondern welchen Einfluss er sich sichern konnte und musste.⁴⁰ Vorliegend sei nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Vereinbarung auf Initiative des Affiliate durch Registrierung und Bestätigung der Bedingungen im Amazon-Partnerprogramm zustande gekommen; die zuständige Amazon-Gesellschaft prüfe vorab weder die potenziellen Affiliates noch deren Internetseiten; im Rahmen des Partnerprogramms entscheide der Affiliate selbständig und weisungsfrei darüber, ob und wie er auf Angebote auf der Online-Handelsplattform Amazon verlinke. Daher fehle es im Streitfall bereits an einer Erweiterung des Geschäftsbetriebs der für den technischen Betrieb der Website verantwortlichen beklagten Amazon-Gesellschaft und damit am inneren Grund der Zurechnung gemäß § 8 Abs. 2 UWG. Denn die beklagte Amazon-Gesellschaft habe keine grundlegend ihr obliegenden Aufgaben im Rahmen einer arbeitsteiligen Organisation an den Affiliate delegiert.⁴¹ Entwickeln Affiliates eigene Produkte oder Dienstleistungen, deren Inhalt sie nach eigenem Ermessen gestalten und zum Verdienst von Provisionen bei verschiedenen Anbietern einsetzen, ist die Werbung über den Affiliate-Link ein Teil des Produkts, das inhaltlich von dem Affiliate in eigener Verantwortung und im eigenen Interesse gestaltet werde.⁴²

b) „Rundfunkhaftung II“ (§ 5 GlüStV 2012; § 3a UWG; § 8 Abs. 2 UWG)

In der Entscheidung „Rundfunkhaftung II“⁴³ beschäftigt sich der Bundesgerichtshof mit der konzerninternen wettbewerbsrechtlichen Haftung gemäß § 8 Abs. 2 UWG, wenn ein Konzernunternehmen seine wettbewerbs-

⁴⁰ a.a.O. – juris, Rn. 23.

⁴¹ a.a.O. – juris, Rn. 27.

⁴² a.a.O. – juris, Rn. 28.

⁴³ Urteil vom 23. Februar 2023 – [I ZR 155/21](#) – juris.

rechtliche Prüfungspflicht auf ein anderes konzernangehöriges Unternehmen übertragen hat. Das Berufungsgericht hatte hier angenommen, dass der beklagte private Rundfunkveranstalter mit den beanstandeten ausgestrahlten Werbespots für unerlaubte Glücksspiele auf Internetseiten geworben habe; bei den fraglichen Casino- und Automaten Spielen auf den Internetseiten habe es sich um öffentliche Glücksspiele gehandelt, für die den Betreibern dieser Internetseiten keine behördliche Erlaubnis zur Veranstaltung öffentlicher Glücksspiele in Deutschland erteilt worden sei und die auch nicht durch eine etwaige Duldung seitens der Aufsichtsbehörden legalisiert worden seien. Diese Beurteilungen standen im Revisionsverfahren nicht in Streit.⁴⁴ Das Revisionsverfahren drehte sich um die Frage, ob der beklagte Rundfunkveranstalter für die Ausstrahlung der Werbung für die unerlaubten Glücksspiele haftet, weil er seine durch die vorgerichtlichen Schreiben des Klägers begründete Pflicht zur Prüfung der Fernsehspots auf grobe und eindeutige Wettbewerbsverstöße verletzt habe.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Urteil „Rundfunkhaftung I“ kommt eine Verletzung der wettbewerbsrechtlichen Prüfungspflicht nur in Betracht, wenn anhand vorgerichtlicher Beanstandungen offenkundig und unschwer erkennbar ist, dass die beanstandeten Fernsehspots Werbung für unerlaubte Glücksspiele enthielten.⁴⁵ Einer Haftung des Beklagten stand hier nicht entgegen, dass dieser die Überprüfung der Fernsehspots auf ihre Rechtswidrigkeit dem konzernangehörigen Unternehmen P überlassen hatte. Wird eine deliktische Verkehrssicherungspflicht vertraglich auf einen anderen übertragen, so kann der die Verkehrssicherungspflicht Übernehmende selbst gegenüber Dritten deliktsrechtlich verantwortlich werden, wenn nunmehr er anstelle des ursprünglich Verkehrssicherungspflichtigen den Gefahrenbereich beherrscht; in diesem Fall verengt sich nach allgemeinen Deliktgrundsätzen die Verkehrssicherungspflicht des ursprünglich (Allein-) Verantwortlichen auf Auswahl- und

⁴⁴ a.a.O. – juris, Rn. 30 f.

⁴⁵ a.a.O. – juris, Rn. 35 unter Bezug auf BGH, Urteil vom 22. Juli 2021 – [I ZR 194/20](#) – Rundfunkhaftung I – juris, Rn. 81 f.

Überwachungspflichten.⁴⁶ Diese deliktsrechtlichen Grundsätze gelten hingegen im Anwendungsbereich von § 8 Abs. 2 UWG nicht.⁴⁷ Gemäß § 8 Abs. 2 UWG sind der Unterlassungsanspruch und der Beseitigungsanspruch auch gegen den Inhaber des Unternehmens begründet, wenn die Zuwiderhandlungen in einem Unternehmen von einem Mitarbeiter oder Beauftragten begangen werden. Hieran gemessen kann auch ein Konzernunternehmen, das von einem anderen konzernangehörigen Unternehmen mit der Prüfung von dessen rechtlichen Angelegenheiten betraut worden ist, noch Beauftragte i.S.v. § 8 Abs. 2 UWG sein. In diesem Fall hätte, so der Bundesgerichtshof, der beklagte Rundfunkveranstalter für eine unzureichende Wahrnehmung der wettbewerbsrechtlichen Prüfungspflicht seitens des konzernangehörigen Unternehmens P ohne eine Entlastungsmöglichkeit einzustehen.⁴⁸ Vorliegend kam diese Verantwortlichkeit des Fernsehveranstalters allerdings nicht zum Tragen, da nach der Beurteilung des Bundesgerichtshofs auch das Unternehmen P die Pflicht zur Prüfung der Fernsehspots auf grobe und unschwer erkennbare Rechtsverstöße nicht verletzt habe.⁴⁹

9. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales

a) „Regalsystem III“ (§ 890 ZPO; § 4 Nr. 3 Buchst. a) UWG)

Das in einem Unterlassungstitel ausgesprochene Verbot umfasst über die mit der verbotenen Form identischen Handlungen hinaus auch im Kern gleichartige Abwandlungen, in denen das Charakteristische der konkreten Verletzungsform zum Ausdruck kommt.⁵⁰ Voraussetzung für die Einbeziehung in den Kernbereich ist allerdings, dass die gerügte Verletzungshandlung in die Verurteilung einbezogen worden ist. Dies stellt der I. Zivilsenat in seiner Entscheidung „Regalsystem III“⁵¹ klar. Das Berufungsgericht hatte in dieser Sache die Verurteilung des Unterlassungsschuldners allein auf

⁴⁶ a.a.O. – juris, Rn. 37.

⁴⁷ a.a.O. – juris, Rn. 38 f.

⁴⁸ a.a.O. – juris, Rn. 40 f.

⁴⁹ a.a.O. – juris, Rn. 41 f.

⁵⁰ a.a.O. – juris, Rn. 10 f.

⁵¹ Beschluss vom 13. Oktober 2022 – [I ZR 98/21](#) – juris.

eine unangemessene Beeinträchtigung der Wertschätzung der nachgeahmten Ware gemäß § 4 Nr. 3 Buchst. b) Alt. 2 UWG gestützt. In den Entscheidungsgründen hatte das Berufungsgericht offengelassen, ob ein Unterlassungsanspruch auch unter dem Gesichtspunkt einer vermeidbaren Herkunftstäuschung (§ 4 Nr. 3 Buchst. a) UWG) oder einer unangemessenen Ausnutzung der Wertschätzung (§ 4 Nr. 3 Buchst. b) Alt. 1 UWG) gegeben ist. Demnach, wie der Bundesgerichtshof hervorhebt, lag im Streitfall das Charakteristische der konkreten Verletzungsform in der qualitativen Minderwertigkeit des Regalsystems des Unterlassungsschuldners sowie der fehlenden Kompatibilität einzelner Teile. Dagegen war die Gefahr einer Herkunftstäuschung nicht vom Unterlassungstitel umfasst.⁵²

b) „Unterwerfung durch PDF“ (§§ 126 Abs. 1, 780, 781 BGB; §§ 343, 350 HGB)

In seiner Entscheidung „Unterwerfung durch PDF“⁵³ stellt der Bundesgerichtshof klar, dass eine von einem Kaufmann im Rahmen seines Handelsgewerbes abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung der Formfreiheit unterliegt. Gemäß §§ 343 Abs. 1, 350 HGB findet die grundsätzlich für die Unterlassungsverpflichtungserklärung als abstraktes Schuldanerkenntnis geltende Schriftform (§ 780 Satz 1, § 781 Satz 1 BGB) insoweit keine Anwendung.⁵⁴ Zweifel an der Ernstlichkeit einer Unterlassungsverpflichtungserklärung ergeben sich nicht bereits daraus, dass sich der Unterlassungsschuldner geweigert hat, dem Verlangen des Gläubigers nach einer Abgabe der Erklärung in Schriftform nachzukommen. Im Regelfall, so der Bundesgerichtshof, ist die Ernstlichkeit der Erklärung auch bei einer fristgemäß per E-Mail übersandten unterschriebenen Erklärung als PDF-Datei anzunehmen.⁵⁵

⁵² a.a.O. – juris, Rn. 14 f.

⁵³ Urteil vom 12. Januar 2023 – [I ZR 49/22](#) – juris.

⁵⁴ a.a.O. – juris, Rn. 20.

⁵⁵ a.a.O. – juris, Rn. 25.

c) „Kosten für Abschlusschreiben III“ (§§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB; §§ 670, 683 BGB)

Bei einem Abschlusschreiben handelt es sich um ein in der Praxis gebräuchliches und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkanntes Instrument. Ein im Verfahren der einstweiligen Verfügung unterlegener Schuldner muss daher damit rechnen, dass der Gläubiger seinem Rechtsanwalt unmittelbar nach Ablauf der Wartefrist von zwei Wochen den Auftrag erteilt, ein Abschlusschreiben zu versenden. In seiner Entscheidung „Kosten für Abschlusschreiben III“⁵⁶ hatte der Bundesgerichtshof die Frage zu entscheiden, unter welchen Bedingungen der Unterlassungsschuldner für die Gebühren eines mit dem Abschlusschreiben beauftragten Rechtsanwalts einzustehen hat. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass berechtigte Ansprüche nach UWG eine – durch die Abmahnung oder auch durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung konkretisierte – wettbewerbsrechtliche Sonderbeziehung eigener Art begründen, die in besonderem Maße durch Treu und Glauben und das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme bestimmt wird. Vor diesem Hintergrund trifft den Schuldner während des Laufs der Wartefrist zwar noch keine Aufklärungspflicht; mit Ablauf der Wartefrist muss er dem Gläubiger aber mitteilen, dass er sich zur Erhebung eines Widerspruchs entschlossen oder sogar schon Widerspruch erhoben hat.⁵⁷ Wird der pflichtwidrig unterlassene Hinweis gegenüber dem Gläubiger adäquat kausal für die durch das objektiv nicht erforderliche Abschlusschreiben verursachten Kosten, kann das einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB auslösen. Der Schädiger hat insoweit allerdings nur solche Rechtsverfolgungskosten zu ersetzen, die aus Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig gewesen sind.

Dagegen steht dem Gläubiger grundsätzlich ein Ersatzanspruch für die Kosten des Abschlusschreibens nicht als Aufwendungsersatzanspruch nach den Grundsätzen der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag

⁵⁶ Urteil vom 09. Februar 2023 – [I ZR 61/22](#) – juris.

⁵⁷ a.a.O. – juris, Rn. 26.

gemäß §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB zu.⁵⁸ Ein Aufwendungsersatzanspruch nach diesen Bestimmungen kommt zwar für das Abschluss Schreiben grundsätzlich in Betracht. Ein kostenauslösendes Abschluss Schreiben ist aber nur dann erforderlich und entspricht dem mutmaßlichen Willen des Schuldners, wenn der Gläubiger dem Schuldner angemessene Zeit gewährt hat, um die Abschlusserklärung unaufgefordert von sich aus abgeben zu können. Hierbei ist eine Wartefrist von zwei Wochen, berechnet ab der Zustellung der einstweiligen Verfügung (in Beschluss- oder Urteilsform), im Regelfall geboten und ausreichend.⁵⁹ Im Streitfall lag die Übernahme des Geschäfts durch die Beauftragung des am 08. Oktober 2018 versandten Abschluss Schreibens des Klägers bereits nicht im (objektiven) Interesse der Beklagten, weil diese ihrerseits bereits mit Schreiben vom 17. September 2018 und damit noch während laufender Wartefrist bereits Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung des Landgerichts erhoben hatte.⁶⁰ Der vorgenannte Schadensersatzanspruch kam in dieser Sache nur unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass der Beklagte die Klägerin nicht direkt (von Anwalt zu Anwalt) über den Widerspruch in Kenntnis gesetzt hatte.⁶¹

d) „Aminosäurekapseln“ (Rechtsmissbrauch, § 8c UWG)

In der bereits erwähnten Entscheidung „Aminosäurekapseln“⁶² bestätigt der Bundesgerichtshof die Grundsätze für einen Rechtsmissbrauch i.S.v. § 8c Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 UWG. Danach ist die Geltendmachung der in § 8 Abs. 1 UWG bezeichneten Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände rechtsmissbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Ein Rechtsmissbrauch ist anzunehmen, wenn sich der Gläubiger bei der Geltend-

⁵⁸ a.a.O. – juris, Rn. 13 f.

⁵⁹ a.a.O. – juris, Rn. 16 f.

⁶⁰ a.a.O. – juris, Rn. 18.

⁶¹ a.a.O. – juris, Rn. 28.

⁶² Urteil vom 23. März 2023 – [I ZR 17/22](#) – juris.

machung des Unterlassungsanspruchs von sachfremden, für sich genommen nicht schutzwürdigen Interessen und Zielen leiten lässt. Diese müssen nicht das alleinige Motiv des Gläubigers sein. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass die sachfremden Ziele überwiegen.⁶³ Bei einer umfangreichen Abmahnstätigkeit oder einer Vielzahl von Abmahnungen gegen Wettbewerber wegen gleichartiger Verhaltensweisen – in dieser Sache hatte der Kläger im ersten Halbjahr 2019 insgesamt 39 Abmahnungen in drei Komplexen ausgesprochen, wovon der zweite Komplex 25 wortlautidentische Abmahnungen wegen Verstößen gegen die Verpflichtung zur Grundpreisangabe betraf – müssen vielmehr weitere Umstände hinzutreten, damit der Schluss auf ein Überwiegen sachfremder Ziele gerechtfertigt erscheint. Im Streitfall hatte das Berufungsgericht aus Sicht des Bundesgerichtshofs derartige Umstände zu Recht verneint.⁶⁴ Letztlich kam es in dieser Sache auf einen Rechtsmissbrauch allerdings nicht mehr an, da der geltend gemachte Unterlassungsanspruch schon unbegründet war, weil der Kläger jedenfalls zum Zeitpunkt der Revisionsentscheidung mangels eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses zum Beklagten nicht mehr anspruchsberechtigt war. Der Beklagte hatte mit der Revisionsbegründung vorgetragen, der Kläger habe im Februar 2022 seine Geschäftstätigkeit gänzlich eingestellt. Dieses Vorbringen war aufgrund der Säumnis des Klägers nach § 331 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 555 Abs. 1 Satz 1 ZPO als zugestanden und deshalb als unstreitiger neuer und in der Revision ausnahmsweise berücksichtigungsfähiger Vortrag anzusehen.⁶⁵

e) Schlüssiges Vorbringen zur Mitbewerbereigenschaft (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG; § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO; Art. 103 Abs. 1 GG)

Im Beschluss vom 26. Januar 2023⁶⁶ bekräftigt der I. Zivilsenat die Grundsätze zu schlüssigem Vortrag für eine Mitbewerbereigenschaft i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Das Berufungsgericht hatte den Vortrag der dortigen Klägerin zu ihrer Mitbewerbereigenschaft aufgrund des substantiierten

⁶³ a.a.O. – juris, Rn. 15.

⁶⁴ a.a.O. – juris, Rn. 17.

⁶⁵ a.a.O. – juris, Rn. 33.

⁶⁶ Beschluss vom 26. Januar 2023 – [I ZR 106/22](#) – juris.

Bestreitens durch die Beklagte für un schlüssig und eine Beweiserhebung daher für nicht veranlasst gehalten. Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen.⁶⁷ Dabei ist eine Partei, die ein Recht beansprucht, nicht schon deshalb, weil der Gegner ihr Vorbringen bestreitet, gezwungen, den behaupteten Sachverhalt in allen Einzelheiten wiederzugeben. Der Grundsatz, dass der Umfang der Darlegungslast sich nach der Einlassung des Gegners richtet, besagt nur, dass dann, wenn infolge der Einlassung des Gegners der Tatsachenvortrag unklar wird und nicht mehr den Schluss auf die Entstehung des geltend gemachten Rechtes zulässt, er der Ergänzung bedarf.⁶⁸ Eine auf Plausibilitäts Gesichtspunkten und damit einer unvollständigen Tatsachengrundlage getroffene Feststellung stellt demgegenüber eine unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung dar.⁶⁹ Hieran gemessen hat, so der I. Zivilsenat, das Berufungsgericht die Substantiierungsanforderungen an den Vortrag der Klägerin offenkundig überspannt, indem es diese wegen des Vortrags der Beklagten als erhöht angesehen hat.⁷⁰ Hierdurch hat das Berufungsgericht letztlich eine Plausibilitätsprüfung und damit eine vorweggenommene Beweiswürdigung vorgenommen. Es kommt für die Schlüssigkeit des Vortrags der Klägerin auch nicht darauf an, ob es ihr möglich gewesen wäre, näher zu dem Einwand der Beklagten vorzutragen. Am Maßstab von § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hätte das Berufungsgericht vielmehr prüfen müssen, ob die weiteren von der Klägerin für ihre Mitbewerbereigenschaft angebotenen Beweise zu erheben sind.⁷¹

67 a.a.O. – juris, Rn. 14.

68 a.a.O. – juris, Rn. 15.

69 a.a.O. – juris, Rn. 15.

70 a.a.O. – juris, Rn. 21.

71 a.a.O. – juris, Rn. 26.

f) „Mitgliederstruktur“ (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG a.F.)

In der noch zu § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG in der bis zum 30. November 2021 geltenden Fassung ergangenen Entscheidung stellt der I. Zivilsenat die Anforderungen an die Mitgliederstruktur von klagebefugten Wirtschaftsverbänden klar.⁷² Die Klagebefugnis eines Verbands nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG a.F. setzt voraus, dass dieser die Interessen einer erheblichen Zahl von Unternehmen wahrnimmt, die auf demselben Markt tätig sind wie der Wettbewerber, gegen den sich der Anspruch richtet (hier im Bereich des Tierfachhandels auf einer Online-Handelsplattform). Der Begriff der Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art im Sinne der Bestimmung ist weit auszulegen.⁷³ Nach den erstinstanzlichen Feststellungen waren hier von den vom Kläger benannten 25 Mitgliedern mehr als 20 in der Kategorie Tierbedarf oder Tiernahrung tätig.⁷⁴ Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts stehe die Mitgliederstruktur des Klägers, die eine deutlich überwiegende Anzahl von passiven Mitgliedern (mit niedrigerem Mitgliedsbeitrag) aufweise, seiner Klagebefugnis nicht entgegen. Für die Klagebefugnis eines Verbands kommt es grundsätzlich nicht darauf an, über welche mitgliedschaftlichen Rechte dessen – mittelbare oder unmittelbare – Mitglieder verfügen. Es genüge, dass ein Verband, der dem klagenden Verband Wettbewerber des Beklagten als (mittelbare) Mitglieder vermittelt, von diesen mit der Wahrnehmung ihrer gewerblichen Interessen beauftragt worden ist und seinerseits den klagenden Verband durch seinen Beitritt mit der Wahrnehmung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder beauftragen durfte. Auf die Frage, ob die Organisation, die dem klagenden Verband Mitglieder vermittelt, bei diesem stimmberechtigt ist, kommt es nur dann an, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Mitgliedschaft der Organisation dazu dienen sollte, künstlich die Voraussetzungen für die Verbandsklagebefugnis zu schaffen.⁷⁵ Daher spreche der Umstand, dass nur

⁷² Urteil vom 26. Januar 2023 – [I ZR 111/22](#) – juris; vgl. die Übergangsbestimmung § 15a Abs. 1 UWG.

⁷³ a.a.O. – juris, Rn. 24 f.

⁷⁴ a.a.O. – juris, Rn. 30.

⁷⁵ a.a.O. – juris, Rn. 32.

43 von etwa 2.750 Mitgliedern des Klägers aktive Mitglieder mit Stimmrecht waren, nicht gegen dessen Klagebefugnis, zumal den passiven Mitgliedern grundsätzlich die aktive Mitgliedschaft offenstehe und die beratende und informierende Tätigkeit des Verbands sowohl den aktiven als auch den passiven Mitgliedern zugutekomme.⁷⁶ Die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung an die Klagebefugnis für die Musterfeststellungsklage gemäß §§ 606 f. ZPO gestellten Anforderungen sind auf die Klagebefugnis nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG a.F. nicht übertragbar.⁷⁷ Der demnach klagebefugte Verband habe die Beklagte zu Recht auf Unterlassung von Fertigpackungen für Katzenfutter in Anspruch genommen, weil die Beklagte neben dem Gesamtpreis keine Grundpreisangabe gemacht habe (§ 5a Abs. 2 Satz 1 UWG a.F. i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 1 PAngV a.F.).⁷⁸

10. Sonstiges (entfällt)

⁷⁶ a.a.O. – juris, Rn. 34 f.

⁷⁷ a.a.O. – juris, Rn. 36 f.

⁷⁸ a.a.O. – juris, Rn. 52 f.

II. Kartellrecht

1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen/Kartellverbot (§ 1 bis § 3 GWB): Vorlagebeschluss: DFB-Reglement (Art. 101 Abs. 1 AEUV)

Im Vorlagebeschluss vom 13. Juni 2023⁷⁹ legt der Kartellsenat dem Unionsgerichtshof verschiedene Fragen im Zusammenhang mit der Vereinbarkeit des DFB-Reglements für die Vermittlung von Profifußballern mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vor.

Das Verfahren betrifft die Unterlassungsklage zweier im Bereich der Spielervermittlung tätiger Unternehmen (bzw. ihres Geschäftsführers), die in verschiedenen, die Spielervermittlung einschränkenden Regeln des DFB einen Verstoß gegen das Kartellverbot sehen. Unter Bezugnahme auf den Vorlagebeschluss des Landgerichts Mainz zu den FIFA Football Agents Regulations⁸⁰ hat der Kartellsenat das bei ihm anhängige Verfahren nun selbst ausgesetzt und dem EuGH Fragen im Zusammenhang mit der Auslegung seiner Rechtsprechung in den Urteilen „Wouters“⁸¹ und „Meca Medina“⁸² vorgelegt. Der Senat führt aus, das DFB-Reglement betreffend die Spielervermittlung erfülle die Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Der beklagte DFB sei als Unternehmensvereinigung Adressat des Kartellverbots; die hier in Rede stehende Regelsetzung des Beklagten stelle eine wirtschaftliche Tätigkeit dar, welche die Inanspruchnahme einer vorgelagerten, regelmäßig entgeltlichen Dienstleistung in Gestalt der Vermittlung von Sportlern betreffe. Der Beklagte wolle das Verhalten seiner Mitglieder auf einem bestimmten Markt koordinieren, nämlich im Hinblick auf die Tätigkeit der Spielervermittlung beim Abschluss von Berufsspielerverträgen und bei Transfervereinbarungen.⁸³ Die Regelungen richteten sich zwar nicht direkt an Spielervermittler, sondern an Vereine und Spieler, die

⁷⁹ EuGH-Vorlage vom 13. Juni 2023 – [KZR 71/21](#) – juris.

⁸⁰ LG Mainz, Vorlagebeschluss vom 30. März 2023 – 9 O 129/21 – juris.

⁸¹ EuGH, Urteil vom 19. Februar 2002 – C-309/99 – juris.

⁸² EuGH, Urteil vom 18. Juli 2006 – C-519/04 P – juris.

⁸³ EuGH-Vorlage, a.a.O. – juris, Rn. 19.

als Nachfrager der Vermittlungsleistung zur Marktgegenseite gehörten; sie bewirkten jedoch, dass die Entscheidungsfreiheit der beteiligten Spieler, Vereine und Unternehmen beschränkt werde, was sich zugleich auf die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Spielervermittler auswirke.⁸⁴ Die hierdurch eingetretene Wettbewerbsbeschränkung sei auch spürbar und geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts könne nicht angenommen werden – was der Kartellsenat nicht näher ausführt –, dass die angegriffenen Regelungen die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllten.⁸⁵

Die Entscheidung des Falles hänge jedoch entscheidend davon ab, ob eine Einschränkung des Tatbestands des Art. 101 Abs. 1 AEUV nach Maßgabe der Grundsätze der „Meca Medina“-Entscheidung des Unionsgerichtshofs eingreife. Danach sind bei der Anwendung des Kartellverbots der Gesamtzusammenhang, in dem der fragliche Beschluss einer Unternehmensvereinigung zustande gekommen ist oder seine Wirkungen entfaltet, und insbesondere seine Zielsetzung zu würdigen; weiter ist zu prüfen, ob die mit dem Beschluss verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen notwendig mit der Verfolgung der genannten Ziele zusammenhängen und ob sie im Hinblick auf diese Ziele verhältnismäßig sind.⁸⁶ Soweit der Unionsgerichtshof für Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen u.a. bei der Regelsetzung von Sportverbänden eine Einschränkung des Tatbestands von Art. 101 Abs. 1 AEUV im vorgenannten Sinne angenommen habe, hätten sich die Regelungen jeweils im Rahmen der Verbandsautonomie bewegt, die es Verbänden erlaubt, ihre internen Verhältnisse selbst zu regeln (Art. 12 Abs. 1 GRCh, Art. 11 Abs. 1 EMRK, Art. 9 Abs. 1 GG). Das im Streitfall vorliegende Reglement wende sich zwar ebenfalls an Vereine und Spieler, es betreffe jedoch ebenso Spielervermittler, die nicht Mitglieder des Beklagten sind. Daher wirke sich das Reglement auf einen der sportlichen

⁸⁴ a.a.O. – juris, Rn. 21.

⁸⁵ a.a.O. – juris, Rn. 24.

⁸⁶ a.a.O. – juris, Rn. 25 f.

Tätigkeit vorgelagerten Drittmarkt aus, an dem die Vereine und Spieler nur als Nachfrager der Vermittlungsleistung beteiligt seien. Es lasse sich der Rechtsprechung des Unionsgerichtshofs nicht eindeutig entnehmen und sei im Schrifttum streitig, ob in Fallgestaltungen wie diesen eine Regelung, welche die wirtschaftliche Handlungsfreiheit nicht vereinsgebundener Marktteilnehmer spürbar beschränkt, unter Anwendung des „Meca Medina“-Tests von dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen werden könne.⁸⁷

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

a) „Vertriebskooperation im SPNV“ (Art. 102 AEUV; § 32b GWB)

In der Entscheidung „Vertriebskooperation im SPNV“ vom 04. April 2023⁸⁸ befasst sich der Kartellsenat im Rahmen des Offenlegungsanspruchs gemäß § 33g GWB mit den Missbrauchstatbeständen in Art. 102 Abs. 2 AEUV. Gegenstand des Verfahrens waren (abgetretene) Unterlassungsansprüche privater Regionalbahnen im Zusammenhang mit der von der Deutschen Bahn AG (DB AG) praktizierten Kopplung eines Tarifkooperationsvertrages mit einem Vertriebskooperationsvertrag und die von der Vertriebstochter der DB AG für ihre Vertriebsleistungen verlangten Provisionsätze. Nach Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gab die DB AG Verpflichtungszusagen mit Blick auf die Höhe des Provisionssatzes ihrer Vertriebstochter ab, woraufhin das Bundeskartellamt das Verfahren einstellte und durch Zusagenbeschluss nach § 32b GWB die von der DB AG abgegebenen Verpflichtungszusagen für bindend erklärte. Der Kartellsenat führt aus, Art. 102 Abs. 2 Buchst. d) AEUV verbiete missbräuchliche Kopplungsgeschäfte. Der Tatbestand setze voraus, dass das Unternehmen ein Produkt, für dessen Markt es über eine beherrschende Stellung verfügt, mit einem separaten Produkt koppelt und seinen Abnehmern nicht die Möglichkeit gibt, das Kopplungsprodukt ohne das gekoppelte Produkt zu beziehen. Die Aufzählung der missbräuchlichen Verhaltensweisen in Art. 102 Abs. 2

⁸⁷ a.a.O. – juris, Rn. 27 f.

⁸⁸ Urteil vom 04. April 2023 – [KZR 20/21](#) – juris.

AEUV sei nicht abschließend; auch Leistungen, die entgegen dem Wortlaut von Art. 102 Abs. 2 Buchst. d) AEUV sachlich oder nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen, könnten unter Umständen missbräuchlich gekoppelt sein.⁸⁹ Das Berufungsgericht habe zu Recht bei der Kopplung des Tarifkooperationsvertrages mit einem Vertriebskooperationsvertrag keine durchgreifenden kartellrechtlichen Bedenken gesehen. Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 AEG a.F. seien Eisenbahnverkehrsunternehmen im maßgeblichen Zeitraum dazu verpflichtet gewesen, daran mitzuwirken, dass im Personenverkehr durchgehende Tarife aufgestellt werden. Eine Tarifkooperation der Betreiber verschiedener Netze könne nur umgesetzt werden, wenn der Fahrkartenvertrieb auch für die fremden Streckenabschnitte über die eigene Vertriebsinfrastruktur ermöglicht werde und die Fahrscheine wechselseitig anerkannt würden.⁹⁰ Ein Missbrauch liege allerdings nahe, soweit sich die Kopplung – über die sogenannten Muss-Leistungen hinaus – auch auf zusätzliche Leistungen beziehe wie beispielsweise den Betrieb personenbedienter Verkaufsstellen und Fahrkartenautomaten in den Netzgebieten der Regionalbahnen. Das Berufungsgericht sei insoweit zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei diesen Vertriebsleistungen um separate Produkte i.S.v. Art. 102 Abs. 2 Buchst. d) AEUV handelt. Zwei getrennte Güter liegen vor, wenn angesichts der Verbrauchernachfrage jeweils ein getrennter Markt aktuell oder potenziell besteht. Bei komplementären Produkten genüge es für die Annahme getrennter Märkte, wenn die Abnehmer die Produkte zwar zusammen, aber von unterschiedlichen Quellen erwerben wollen.⁹¹

Keinen Bestand könne die Annahme des Berufungsgerichts haben, es fehle an einer Glaubhaftmachung, dass die zusätzlichen Leistungen den Regionalbahnen im Rahmen des Vertriebskooperationsvertrages gegen ihren Willen aufgezwungen worden seien. Der Kopplungsmissbrauch setze voraus, dass das marktbeherrschende Unternehmen seinen Abnehmern

⁸⁹ a.a.O. – juris, Rn. 63.

⁹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 64.

⁹¹ a.a.O. – juris, Rn. 67.

nicht die Möglichkeit gibt, das Produkt ohne das gekoppelte Produkt zu beziehen; ein solcher Annahmewang könne auf verschiedene Arten erreicht werden.⁹² Bei seiner Würdigung habe das Berufungsgericht zu Unrecht die indizielle Bedeutung der Verpflichtungszusage und der Ausführungen des Bundeskartellamts im Zusagebeschluss verkannt. Die Kartellbehörde treffe mit der verbindlichen Erklärung von Verpflichtungszusagen keine endgültige Aussage darüber, ob ein Kartellverstoß vorlag oder nicht. Für Zusageentscheidungen der Europäischen Kommission nach Art. 9 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 habe der Unionsgerichtshof bereits geklärt, dass das nationale Gericht die darin zum Ausdruck gekommene vorläufige Beurteilung der Kommission als Indiz oder als Anfangsbeweis für die Wettbewerbswidrigkeit berücksichtigen müsse. Der Umstand, dass das Instrument der Verpflichtungszusagen nach § 32b GWB entsprechend dem Vorbild der VO 1/2003 in das deutsche Recht eingeführt worden sei, spreche dafür, dass auch dem Zusagebeschluss nach § 32b GWB eine indizielle Bedeutung zuzumessen ist; dies gelte jedenfalls für die Glaubhaftmachung nach § 33g GWB, welche die Beweisführung im Kartellschadensersatzprozess erleichtern soll und an die deshalb keine hohen Anforderungen zu stellen sind.⁹³ Die Indizwirkung des Verpflichtungsbeschlusses könne unter Umständen ausreichen, um einen Anspruch auf Erteilung bestimmter Auskünfte gemäß § 33g GWB von den Verpflichteten zu begründen, auch wenn die Anhaltspunkte, die zu dem behördlichen Vorgehen und der Verpflichtungszusage geführt haben, dem Kläger im Einzelnen nicht bekannt sind.⁹⁴

Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung lasse sich auch die Glaubhaftmachung eines Ausbeutungsmissbrauchs durch überhöhte Preise nach Art. 102 Abs. 2 Buchst. a) AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB nicht verneinen. In Ermangelung anderer geeigneter Vergleichsmärkte kommt für eine missbräuchliche Preisüberhöhung auch ein Vergleich mit Marktergebnissen in Betracht, wie sie sich auf dem relevanten Markt in der

⁹² a.a.O. – juris, Rn. 69.

⁹³ a.a.O. – juris, Rn. 72 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 23. November 2017 – C-547/16 – Gasorba – juris, Rn. 29.

⁹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 73.

Vergangenheit oder zu nachfolgenden Zeitpunkten ergeben haben.⁹⁵ Aus einem Vergleich der vor der Verpflichtungszusage zwischen der Vertriebstochter der DB AG und den Regionalbahnen geschlossenen Verträge einerseits und den Konditionen der danach zugesagten Basisvertriebskooperation andererseits ergäben sich tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die Provisionssätze im streitgegenständlichen Zeitraum missbräuchlich überhöht gewesen seien. Auch insoweit habe das Berufungsgericht den Sachverhalt und den Zusagenbeschluss des Bundeskartellamts, dem auch insoweit indizielle Bedeutung zukomme, nicht vollständig gewürdigt. Akzeptiert das Bundeskartellamt eine Preissenkung und nimmt sie zum Anlass, das eingeleitete Missbrauchsverfahren einzustellen, könne dies dafür sprechen, dass sich die unzulässige Preisüberhöhung in dieser Größenordnung bewegt; denn es sei davon auszugehen, dass das marktbeherrschende Unternehmen seinen Preis nicht freiwillig deutlich unterhalb der zulässigen Schwelle festlegt.⁹⁶

Schließlich habe das Berufungsgericht auch die Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 102 Abs. 2 Buchst. c) AEUV überspannt. Die Klägerin habe eine Ungleichbehandlung unter Darlegung konkreter Anhaltspunkte plausibel gemacht; sie behaupte unter Hinweis auf den Zusagenbeschluss, die Vertriebstochter der DB AG habe von ihrer Schwestergesellschaft für das gleiche Leistungspaket, wie es in den Vertriebskooperationsverträgen der Regionalbahnen vorgesehen sei, niedrigere Provisionssätze verlangt. Das Bundeskartellamt sei insofern davon ausgegangen, die Differenzierung der Provisionssätze zwischen Wettbewerbern und DB-Konzerngesellschaften beim verpflichtenden Teil der Kooperation verstoße gegen das Diskriminierungsverbot; aus diesem Grund habe sich die DB AG verpflichtet, von konzerninternen und konzernexternen Unternehmen künftig dieselben Provisionssätze zu verlangen.⁹⁷ Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts

⁹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 81.

⁹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 85.

⁹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 103.

sei eine vollkommene Übereinstimmung der Leistungen für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nicht erforderlich. Die Gleichwertigkeit sei objektiv unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Märkte aus der Perspektive der Handelspartner zu beurteilen. Der Umstand, dass es zwischen den von den Wettbewerbern bedienten Netzen Unterschiede gibt, schließe deshalb die Vergleichbarkeit der in Anspruch genommenen Vertriebsleistungen nicht generell aus.⁹⁸

b) „Wasserpreise Gießen“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB)

Gegenstand der Entscheidung „Wasserpreise Gießen“ vom 14. Februar 2023⁹⁹ ist die Verfügung einer Landeskartellbehörde zur Abschöpfung der von einem Trinkwasserversorger durch missbräuchlich überhöhte Wasserpreise erzielten Vorteile. Das Beschwerdegericht, so der Kartellsenat, sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, die Betroffene habe missbräuchlich überhöhte Preise i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB 2005 (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB) verlangt. § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB 2005 setze die Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises voraus, wofür den Kartellbehörden und -gerichten unterschiedliche Methoden zur Verfügung stehen. Im Ansatz nicht zu beanstanden sei, dass das Beschwerdegericht den von der Landeskartellbehörde gewählten Ansatz gebilligt habe, für die Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises die Vergleichsmarktmethode zugrunde zu legen, obwohl damit aufgrund der von regionalen Leitungsmonopolen geprägten relevanten Märkte nur Monopolpreise ermittelt werden können.¹⁰⁰ Werden bei einer Vergleichsmarktbetrachtung zur Feststellung eines Preishöhenmissbrauchs nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB 2005 Monopolbetriebe miteinander verglichen, so müssen die zum Vergleich herangezogenen Unternehmen vergleichbar und daher gleichartig sein, wobei an die Vergleichbarkeit der Unternehmen und Märkte keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind. Die Vergleichbarkeit verlange lediglich, dass

⁹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 105.

⁹⁹ Beschluss vom 14. Februar 2023 – [KVZ 38/20](#) – juris.

¹⁰⁰ a.a.O. – juris, Rn. 56 unter Verweis auf BGH, Beschlüsse vom 21. Oktober 1986 – KVR 7/85 – Glockenheide – juris, Rn. 15; vom 28. Juni 2005 – [KVR 17/04](#) – Stadtwerke Mainz – juris, Rn. 24.

zwei oder mehrere Unternehmen so gleichartig sind, dass zwischen ihnen hinsichtlich der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen keine wesentlichen Unterschiede bestehen, die aus Sicht der Abnehmer gemäß der Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung mit Trinkwasser von vornherein eine deutlich unterschiedliche Beurteilung der Preisgestaltung rechtfertigen.¹⁰¹ An diesem Maßstab sei die von der Landeskartellbehörde vorgenommene Auswahl der Vergleichsunternehmen nicht zu beanstanden. Auch habe die Kartellbehörde den Metermengenwert zu Recht als wesentliches Kriterium für die Ermittlung der Vergleichsunternehmen herangezogen. Das Kriterium des Metermengenwertes gebe Auskunft über die vorhandene Versorgungsdichte, die wesentlichen Einfluss auf die Kostenstruktur eines Netzbetreibers habe.¹⁰²

Allerdings habe das Beschwerdegericht die Zu- und Abschlagsrechnung der Landeskartellbehörde rechtsfehlerhaft unbeanstandet gelassen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 19 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 GWB stehen Unterschiede in der Marktstruktur einer Wertung als Vergleichsmarkt grundsätzlich nicht entgegen, ihnen ist allerdings durch entsprechende Zu- und Abschläge Rechnung zu tragen. Dabei sind insbesondere solche Kostenfaktoren in den Blick zu nehmen, die auch jedes andere Unternehmen in der Situation des Betroffenen seiner Kalkulation zugrunde legen müsste, nicht aber unternehmensindividuelle, ggf. monopolbedingte Ineffizienzen oder Preisüberhöhungstendenzen.¹⁰³ An diesem Maßstab sei nicht zu beanstanden, dass die Landeskartellbehörde bei der Ab- und Zuschlagsrechnung die von der Betroffenen abweichenden Metermengenwerte der Vergleichsunternehmen berücksichtigt und die Vergleichspreise mit Zu- oder Abschlägen versehen hat. Dies folge daraus, dass auch Unternehmen mit ungünstigeren Metermengenwerten als die Betroffene in den Kreis der zu betrachtenden Unternehmen aufgenommen werden

¹⁰¹ a.a.O. – juris, Rn. 59 unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 02. Februar 2010 – [KVR 66/08](#) – Wasserpreise Wetzlar – juris, Rn. 29.

¹⁰² a.a.O. – juris, Rn. 64.

¹⁰³ a.a.O. – juris, Rn. 71 unter Verweis auf BGH – a.a.O. – Stadtwerke Mainz – juris, Rn. 27; – a.a.O. – Wasserpreise Wetzlar – juris, Rn. 42.

können.¹⁰⁴ Auch sei das Beschwerdegericht nicht gehalten gewesen, die Abnehmerdichte bei der Ab- und Zuschlagsrechnung zu berücksichtigen. Zwar habe die Landeskartellbehörde die vom Beschwerdegericht akzeptierte Auswahl der Vergleichsunternehmen auch darauf gestützt, dass die Unternehmen in Bezug auf die Abnehmerdichte gut vergleichbar seien. Es bestehe indes keine Notwendigkeit, jedes für die Wahl der Vergleichsunternehmen herangezogene Vergleichskriterium auch bei der Zu- und Abschlagsrechnung zu berücksichtigen. Weise ein der Bestimmung der Versorgungsdichte dienendes Kriterium eine im Vergleich zu einem anderen, ebenfalls die Versorgungsdichte abbildenden Kriterium – hier dem Metermengenwert – eine geringere Erlösrelevanz auf, so sei es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn dieses Kriterium in die Zu- und Abschlagsrechnung nicht einfließe.¹⁰⁵

Allerdings habe das Berufungsgericht bei den von der Betroffenen geltend gemachten topographischen Besonderheiten des eigenen Versorgungsgebiets für die Zu- und Abschlagsberechnung zu strenge Maßstäbe an die Mitwirkungslast der Betroffenen angelegt.¹⁰⁶ Topographische Besonderheiten eines Versorgungsgebiets seien bei der Vergleichsbetrachtung durch Zu- und Abschläge auszugleichen, weil es sich dabei um dem betroffenen Unternehmen nicht zurechenbare, strukturelle Umstände handelt. Die auf die Ermittlung topographischer Besonderheiten bezogene Tatsachenfeststellung in kartellbehördlichen Verwaltungsverfahren unterliege dem Amtsermittlungsgrundsatz (§ 57 Abs. 1 GWB). Dem betroffenen Unternehmen obliege dabei eine Mitwirkungslast, welche durch die Auskunftspflicht gemäß § 59 Abs. 1 GWB konkretisiert werde.¹⁰⁷ Entsprechende Grundsätze gälten auch im kartellverwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren (§ 75 Abs. 1 GWB).¹⁰⁸ Dabei bleibe es uneingeschränkt bei dem Grundsatz, dass die Behörde ebenso wie das Beschwerdegericht

¹⁰⁴ a.a.O. – juris, Rn. 74.

¹⁰⁵ a.a.O. – juris, Rn. 76.

¹⁰⁶ a.a.O. – juris, Rn. 81.

¹⁰⁷ a.a.O. – juris, Rn. 64.

¹⁰⁸ a.a.O. – juris, Rn. 85.

die materielle Beweislast für den Missbrauch trage und nur in diesem Rahmen die unzureichende Mitwirkung des Unternehmens würdigen könne. Daher dürfe die Mitwirkungslast bei der Anwendung des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB 2005 nicht in einer Weise gehandhabt werden, dass sie im Ergebnis zu einer – anders als bei § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB – gesetzlich nicht vorgesehenen Umkehr der Darlegungs- und Beweislast führe.¹⁰⁹ Bleiben – wie im vorliegenden Fall – Ermittlungen zu kostenrelevanten topographischen Besonderheiten ohne Erfolg, weil diese Daten gar nicht oder nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand ermittelt werden können, muss der Tatrichter vor dem Hintergrund der gesetzlich angeordneten materiellen Beweislast erwägen, ob aufgrund der aufgezeigten Indizien topographiebedingte Mehrkosten zu schätzen und durch Zu- oder Abschläge zu berücksichtigen sind, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass solche Mehrkosten bestehen. Dies habe das Berufungsgericht verkannt.¹¹⁰

3. Zusammenschlusskontrolle

(entfällt)

4. Verhältnis zur sektorspezifischen Regulierung

(entfällt)

5. Gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzung; Prozessuales

a) „Vertriebskooperation im SPNV“ (§ 33g GWB)

In seiner bereits berichteten Entscheidung „Vertriebskooperation im SPNV“¹¹¹ befasst sich der Kartellsenat mit der zeitlichen Geltung und dem Merkmal der Glaubhaftmachung von Ansprüchen i.S.v. § 33g GWB. Die mit Wirkung vom 27. Dezember 2016 in Kraft getretene Bestimmung des § 33g GWB gelte gemäß § 187 Abs. 4 GWB unabhängig von der Entstehung der Ansprüche und auch für Klagen, die vor Inkrafttreten der Neuregelung des § 187 Abs. 4 GWB am 19. Januar 2021 erhoben worden seien. Insoweit bestünden Bedenken gegen die Wirksamkeit der Übergangsbestimmung

¹⁰⁹ a.a.O. – juris, Rn. 86 f.

¹¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 88.

¹¹¹ Urteil vom 04. April 2023 – [KZR 20/21](#) – juris, vgl. bereits oben II. 2.

weder mit Blick auf das Rückwirkungsverbot nach Art. 22 Abs. 1 der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU (im Folgenden: KSR) noch mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Das Rückwirkungsverbot nach Art. 22 Abs. 1 der KSR gelte für nationale Vorschriften, die zur Umsetzung der Richtlinie erlassen werden, um den materiell-rechtlichen Vorschriften dieser Richtlinie zu entsprechen. Bei der Offenlegung von Beweismitteln gemäß Art. 5 der Richtlinie handele es sich jedoch nicht um eine materiell-rechtliche Vorschrift; die Bestimmung ermögliche dem Gericht prozessuale Maßnahmen, um Tatsachen für den behaupteten Schadensersatzanspruch festzustellen.¹¹² Darauf, dass die Richtlinienbestimmung im deutschen Recht auch in Form eines materiell-rechtlichen Auskunfts- und Herausgabeanspruchs und damit überschießend umgesetzt wurde, komme es nicht an, da sich das unionsrechtliche Rückwirkungsverbot nicht auf nationale Vorschriften beziehe.

Die Rückwirkung widerspreche auch nicht dem Rechtsstaatsprinzip. Die Regelung entfalte keine echte Rückwirkung, da sie nicht ändernd in bereits abgeschlossene Sachverhalte eingreife. Ob und in welchem Umfang tatsächlich ein Schadensersatzanspruch besteht, stehe erst mit dem hier noch nicht eingetretenen Abschluss des Klageverfahrens fest.¹¹³ Die Übergangsregelung enttäusche auch kein schutzwürdiges Vertrauen des Anspruchsgenegers auf das Fortgelten der bestehenden Rechtslage im Sinne einer unechten Rückwirkung.¹¹⁴ Der Anwendbarkeit von § 33g Abs. 1 GWB im Streitfall stehe auch nicht entgegen, dass die Bestimmung auf den Schadensersatzanspruch nach § 33a Abs. 1 GWB verweise und diese Regelung nach der Übergangsbestimmung des § 187 Abs. 3 Satz 1 GWB nur auf solche Schadensersatzansprüche anwendbar sei, die nach dem 26. Dezember 2016 entstanden sind. Die Bestimmung des § 33g Abs. 1 GWB sei dahingehend zu verstehen, dass sie nicht nur den neugefassten § 33a GWB, sondern alle Schadensersatzansprüche erfasse, die auf einem

¹¹² a.a.O. – juris, Rn. 39 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 10. November 2022 – C-163/21 – PACCAR – juris, Rn. 30.

¹¹³ a.a.O. – juris, Rn. 41.

¹¹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 42.

Verstoß gegen die Vorschriften des GWB, des unionsrechtlichen Kartellrechts oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde beruhen.¹¹⁵

Das Merkmal der Glaubhaftmachung in § 33g GWB sei unter Berücksichtigung der zugrunde liegenden unionsrechtlichen Vorgaben in Art. 5 KSR eigenständig auszulegen. Daraus folge, dass der Auskunfts- und Offenlegungsanspruch nicht erst dann bestehe, wenn ein kartellrechtlicher Schadensersatzanspruch des Klägers überwiegend wahrscheinlich ist. Nach Art. 5 KSR setze die Offenlegung voraus, dass der Kläger eine substantiierte Begründung vorlege, die mit zumutbarem Aufwand zugängliche Tatsachen und Beweismittel enthält, welche die Plausibilität seines Schadensersatzanspruchs ausreichend stützen. Nach den Erwägungsgründen der Richtlinie diene die Bestimmung damit der Waffengleichheit.¹¹⁶ Für die Pflicht zur Offenlegung sollen deshalb Umstände genügen, die einen Schadensersatzanspruch ausreichend plausibel erscheinen lassen; eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sei nach der Richtlinie nicht erforderlich. Die Voraussetzung der Glaubhaftmachung in § 33g GWB erfülle eine vergleichbare Funktion wie das Merkmal der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ einer Schutzrechtsverletzung als Voraussetzung von Vorlage- und Besichtigungsansprüchen. Der Besichtigungsanspruch solle gerade in Fällen gewährt werden, in denen noch ungewiss ist, ob überhaupt eine Rechtsverletzung vorliegt; deshalb sei die Schwelle niedrig anzusetzen und könne ein erheblicher Grad an Wahrscheinlichkeit regelmäßig nicht verlangt werden.¹¹⁷ Den Interessen des Anspruchsgegners sei bei der konkreten Ausgestaltung der Offenlegungsanordnung nach § 33g Abs. 3 und Abs. 4 GWB Rechnung zu tragen. Soweit sich die Herausgabe bestimmter Dokumente oder die Erteilung bestimmter Auskünfte im Einzelfall unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten als unverhältnismäßig darstellt, sei der Anspruch nach § 33g Abs. 3 GWB ausgeschlossen.¹¹⁸

¹¹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 43.

¹¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 51 unter Verweis auf EuGH – a.a.O. – PACCAR – juris, Rn. 32 und Rn. 44.

¹¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 55.

¹¹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 56.

Für die Begründung des Auskunftsanspruchs nach § 33g GWB bedürfe es nicht der Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens. Mit dem Sinn und Zweck des Auskunftsanspruchs sei eine Beweiserhebung über Tatsachen, über die der Anspruchssteller durch die Auskunftserteilung erst Klarheit erlangen will, nicht vereinbar.¹¹⁹

Im Rahmen seiner Hinweise für das wiedereröffnete Berufungsverfahren führt der Kartellsenat aus, das Merkmal der Erforderlichkeit i.S.v. § 33g Abs. 1 GWB bedeute, dass die begehrten Informationen geeignet sein müssen, den Anspruchssteller in die Lage zu versetzen, den Schadensersatzanspruch zu begründen. Insoweit sei eine objektive Prognose der wahrscheinlichen Relevanz der mit den Anträgen begehrten Informationen und Beweismittel zu treffen. Auch dies ergebe sich aus einer richtlinienkonformen Auslegung der Bestimmung am Maßstab von Art. 5 Abs. 3 Buchst. b) KSR.¹²⁰

b) „Wasserpreise Gießen“ (§§ 32 Abs. 2a, 34 Abs. 2 GWB)

In der ebenfalls bereits berichteten Entscheidung „Wasserpreise Gießen“¹²¹ behandelt der Kartellsenat das Verhältnis einer Vorteilsabschöpfung und einer Rückerstattungsanordnung. Der Kartellsenat entscheidet die Frage dahin, dass es grundsätzlich im pflichtgemäßen Aufgreif- und Verfolgungsermessen der Kartellbehörde steht, ob diese den durch den Kartellverstoß erwirtschafteten Vorteil nach § 34 Abs. 1 GWB abschöpft oder aber im Wege der Rückerstattungsanordnung nach § 32 Abs. 2a GWB vorgeht. Nach § 34 Abs. 2 GWB in der seit dem 30. Juni 2013 geltenden Fassung scheidet die Anordnung einer Vorteilsabschöpfung aus, wenn und soweit der Vorteil bereits durch Schadensersatzleistungen oder Rückerstattung abgeschöpft ist. Aus der insoweit angeordneten Subsidiarität der Vorteilsabschöpfung lässt sich – so der Senat – nicht ableiten, dass die Kartellbehörde stets die in § 32 Abs. 2a GWB genannten Befugnisse zur Anordnung

¹¹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 96.

¹²⁰ a.a.O. – juris, Rn. 111.

¹²¹ Beschluss vom 14. Februar 2023 – [KVZ 38/20](#) – juris, dazu bereits oben II. 2.

der Rückerstattung des Vorteils vorrangig vor § 34 Abs. 1 GWB anzuwenden hätte. Vielmehr stehen die Rückerstattung von Vorteilen und die Vorteilsabschöpfung, soweit der Vorteil bei den betroffenen Unternehmen noch vorhanden ist, im Ausgangspunkt gleichrangig nebeneinander und grundsätzlich im pflichtgemäßen Aufgreif- und Verfolgungsermessen der Kartellbehörde. Allerdings hat die Kartellbehörde bei ihrer Entscheidung dem der Rückerstattung zugrunde liegenden Gesetzeszweck hinreichend Rechnung zu tragen, einen wirksamen Rechtsgüterschutz für die Geschädigten zu gewährleisten.¹²²

Vorliegend habe sich die Kartellbehörde zu Unrecht rechtlich gebunden gesehen und gemeint, eine Rückerstattungsanordnung nach § 32 Abs. 2a GWB scheide aus, weil diese nur gemeinsam mit einer Abstellungsverfügung ergehen könne. Die Wendung „in der Abstellungsverfügung“ in § 32 Abs. 2a GWB verweise lediglich auf den ursprünglichen systematischen Zusammenhang mit § 32 Abs. 2 GWB; aus den Motiven des Gesetzgebers der 8. GWB-Novelle ergäben sich indes keine Hinweise darauf, dass die Befugnis der Kartellbehörden zum Erlass einer solchen Anordnung nur dann besteht, wenn gleichzeitig auch eine Untersagungsverfügung erlassen wird oder erlassen werden könnte.¹²³ Die von der hier streitgegenständlichen Vorteilsabschöpfung Betroffene sei durch die Wahl der Ermächtigungsgrundlage allerdings nicht in ihrem subjektiven-öffentlichen Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung verletzt. Die Betroffene müsse sowohl bei der Vorteilsabschöpfung als auch bei der Rückerstattung den erlangten wirtschaftlichen Vorteil abführen; da die Anordnung der Rückerstattung im Interesse der geschädigten Verbraucher liege, seien lediglich deren Rechte und nicht eigene schutzwürdige Interessen der Betroffenen durch die von der Kartellbehörde ausgeübte Befugnis berührt.¹²⁴

¹²² a.a.O. – juris, Rn. 39 unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012 – [KVR 51/11](#) – Wasserpreise Calw – juris, Rn. 21 f.

¹²³ a.a.O. – juris, Rn. 42.

¹²⁴ a.a.O. – juris, Rn. 32.

Der 5-Jahreszeitraum gemäß § 34 Abs. 5 Satz 1 GWB 2005 für eine Vorteilsabschöpfung endet weder mit der Beendigung des Verstoßes noch ist die Kartellbehörde auf die Abschöpfung derjenigen Vorteile beschränkt, die in den letzten 5 Jahren vor der Anordnung angefallen sind; auch sei der 5-Jahreszeitraum nicht von dem Zeitpunkt an zu berechnen, in dem die Zuwiderhandlung noch zu einem letzten wirtschaftlichen Vorteil geführt habe. Vielmehr, so der Kartellsenat, räumt § 34 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 GWB der Kartellbehörde ein Ermessen ein, das nach dem Zweck der Vorschrift davon geleitet wird, eine möglichst umfassende Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils zu gewährleisten. Daraus folge, dass die Kartellbehörde – mit Ausnahme der Ausschlussfrist nach § 34 Abs 5 Satz 1 Alt. 1 GWB und der Verjährungsfrist gemäß § 38 Abs. 5 Satz 2 und Satz 3 GWB – an keinen bestimmten Zeitraum gebunden ist, sondern vielmehr den Abschöpfungszeitraum unter Berücksichtigung der Zwecke der Vorteilsabschöpfung nach pflichtgemäßem Ermessen bestimmen kann.

c) „Beweiswürdigung bei kartellrechtlichem Haftungsrisiko“ (Art. 101 AEUV, § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB 2010; § 261 StPO)

In der Kartellbußgeldsache zum sogenannten Bierkartell erörtert der Kartellsenat in seinem Beschluss vom 21. Dezember 2022¹²⁵ die Grundsätze der Beweiswürdigung bei einem kartellrechtlichen Haftungsrisiko. Dem Bußgeldbescheid des Bundeskartellamts vom 31. März 2014 lag u.a. zugrunde, die Betroffenen hätten sich im September 2007 als jeweils vertretungsberechtigte Gesellschafter der Nebenbetroffenen während einer Sitzung des Wettbewerbsausschusses eines Verbands über eine Preiserhöhung für Fass- und Flaschenbier unter Offenlegung konkret geplanter Erhöhungssätze ausgetauscht. Von diesem Vorwurf hatte das Oberlandesgericht die Betroffenen und Nebenbetroffenen freigesprochen, weil es sich nicht die Überzeugung verschaffen konnte, dass es in der fraglichen Sitzung des Wettbewerbsausschusses zu einem Austausch über wettbewerbsrelevante Informationen, insbesondere über eine geplante Bierpreis-

¹²⁵ Beschluss vom 21. Dezember 2022 – [KRB 54/22](#) – juris.

erhöhung, gekommen sei. Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde hatte keinen Erfolg. Auf grundsätzlicher Ebene führt der Kartellsenat aus, das Revisionsgericht müsse grundsätzlich hinnehmen, dass das Tatgericht einen Angeklagten freispreche, weil es Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag; die Beweiswürdigung sei Sache des Tatrichters; ihm obliege es, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen; seine Schlussfolgerungen brauchen nicht zwingend zu sein, es genüge, dass sie möglich sind.¹²⁶ Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränke sich allein darauf, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind; dies sei in sachlich-rechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen die Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstoße. Rechtsfehlerhaft sei eine Beweiswürdigung auch dann, wenn der Tatrichter an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt und dabei nicht beachtet habe, dass eine absolute, das Gegenteil denknotwendig ausschließende und von niemandem anzweifelbare Gewissheit nicht erforderlich sei.¹²⁷

Wenngleich in dieser Sache, so der Kartellsenat ausdrücklich, eine andere Würdigung möglich und naheliegend gewesen wäre, sei noch hinzunehmen, dass das Oberlandesgericht seine Zweifel an dem Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen nicht habe überwinden können. Nicht unbedenklich sei zwar die Formulierung im Urteil, es sei aufgrund der durch die kartellrechtliche Relevanz begründeten Vertraulichkeit von Auskünften über Preissetzungsabsichten „nach der Lebenserfahrung“ zumindest eine genauere Erinnerung von Zeugen daran zu erwarten gewesen, welcher der Sitzungsteilnehmer das Thema aufgebracht habe. Einen derartigen Erfahrungssatz gebe es nicht. Allerdings habe das Oberlandesgericht hier auch keinen dahingehenden Erfahrungssatz zugrunde gelegt, sondern seine Würdigung der Aussage in einem konkreten Einzelfall vorgenommen.¹²⁸

¹²⁶ a.a.O. – juris, Rn. 30.

¹²⁷ a.a.O. – juris, Rn. 30 f.

¹²⁸ a.a.O. – juris, Rn. 40.

Soweit die Rechtsbeschwerde beanstande, das Oberlandesgericht habe versäumt, die durch das Settlement im kartellbehördlichen Bußgeldverfahren erfolgte gravierende zusätzliche Selbstbelastung eines Zeugen und das damit verbundene Risiko (zusätzlicher) zivilrechtlicher Schadensersatzklagen zu würdigen, ergebe sich ebenfalls kein Rechtsfehler. Die Vorstellung eines Zeugen, sich oder seinen Arbeitgeber durch bestimmte Angaben dem Risiko – kartellrechtlicher – Schadensersatzklagen oder sonstiger Haftungsfolgen auszusetzen, könne ein gewichtiger Umstand sein, der für die Beurteilung seiner Aussagemotivation von Bedeutung ist. Es sei nicht ohne Weiteres zu erwarten, dass sich ein Zeuge, wenn er sich dieses Umstands bewusst ist, durch die Schilderung eines Wettbewerbsverstoßes dem Risiko einer Inanspruchnahme aussetzt, obwohl ein solcher Wettbewerbsverstoß in Wahrheit nicht stattgefunden habe und ein zivilrechtlicher Anspruch nicht bestehe. Es liege daher ein sachlich-rechtlicher Erörterungsmangel vor, wenn das Tatgericht die Vorstellung eines Zeugen über kartellrechtliche Haftungsfolgen im Zusammenhang mit der Beurteilung seiner Aussagemotivation nicht erörtere, obwohl nach den Urteilsgründen dazu Anlass bestehe.¹²⁹ Hier jedoch liege aus Sicht des Kartellsenats eine lückenhafte Beweiswürdigung durch das Oberlandesgericht infolge eines solchen Erörterungsmangels nicht vor. Das Oberlandesgericht habe seine Entscheidung, den Angaben des Zeugen nicht zu folgen, vornehmlich darauf gestützt, dass die Angaben nicht hinreichend erlebnisbasiert seien.¹³⁰

6. Sonstiges (entfällt)

Karlsruhe, den 08. November 2023

Dr. Peter Rädler

¹²⁹ a.a.O. – juris, Rn. 47.

¹³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 49.