

Olaf Gärtner

**Der Gewinnabschöpfungsanspruch
nach § 10 UWG**

Analyse unter rechtsvergleichender
Heranziehung der amerikanischen
lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsinstitute
des consumer redress und des disgorgement
gemäß Sec. 19 (b) und Sec. 13 (b)
des Federal Trade Commission Act



Herbert Utz Verlag · München

Law and Economics

Herausgegeben von

Prof. Dr. Jörg Finsinger, Universität Wien
Prof. Dr. Michael Lehmann, Universität München
Prof. Dr. Arnold Picot, Universität München

Band 30

Zugl.: Diss., München, Univ., 2006

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek:
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die
der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von
Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem
oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Daten-
verarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugs-
weiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2006

ISBN-10 3-8316-0656-0
ISBN-13 978-3-8316-0656-6

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utz.de

Vorwort

Diese Untersuchung wurde im Wintersemester 2005/2006 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München als Dissertation angenommen. Sie wurde für die Veröffentlichung auf den Stand August 2006 gebracht.

Auf dem sehr interessanten Weg dieser Dissertation haben mich viele begleitet. Bedanken möchte ich mich vor allem bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm. Diese Arbeit geht auf seine Anregung zurück und wäre ohne ihn so nicht entstanden. Bei der Erstellung derselben hat er es verstanden, auf der einen Seite den für ein solches Werk erforderlichen Freiraum zu lassen und auf der anderen Seite immer ansprechbar zu sein und mit Rat und Tat zur Seite zu stehen. Darüber hinaus gilt mein herzlicher Dank dem Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München, das diese Arbeit durch ein Doktorandenstipendium und hervorragende Recherchemöglichkeiten gefördert hat. Ohne diese Unterstützung wäre es nicht möglich gewesen, die Untersuchung in der gegebenen Zeit zu vollenden.

Mein besonderer Dank geht schließlich an meine Eltern, die in allen Unwegsamkeiten stets mit Vertrauen und Zuversicht zu mir gestanden und mich bedingungslos unterstützt haben. Ihnen widme ich dieses Buch.

München, Oktober 2006

Dr. Olaf Gärtner, Dipl.-Kfm.

Inhaltsübersicht

<u>Teil I: Einführung und Problemstellung</u>	1
<u>Teil II: Gesetzgebungsvorgang und wirtschaftliche Bedeutung von § 10 UWG</u>	4
A) Überblick über den Gesetzgebungsvorgang.....	4
B) Wirtschaftliche Bedeutung eines Gewinnabschöpfungsanspruches: Vergleich mit der Situation in den USA	9
<u>Teil III: Die lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsansprüche in den USA und anderweitige Abschöpfungsinstitute in Deutschland</u>	16
A) Entwicklung und heutige Ausgestaltung der lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsansprüche in den USA.....	16
I) Überblick über das Lauterkeitsrecht in den USA.....	16
II) Entwicklung des <i>consumer redress</i> und <i>disgorgement</i> unter dem Federal Trade Commission Act	17
III) Heutige Tatbestandsvoraussetzungen des <i>consumer redress</i> und des <i>disgorgement</i>	23
IV) Zwischenergebnis	53
B) Bestehende deutsche Abschöpfungsinstitute	55
I) Darstellung der Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs. 4 OWiG	55
II) Darstellung des Verfalls gemäß den §§ 73ff StGB	64
III) Darstellung der Vorteilsabschöpfung nach den §§ 34, 34a GWB.....	76
IV) Zwischenergebnis	81
<u>Teil IV: Untersuchung der Tatbestandsmerkmale des § 10 UWG</u>	83
A) Vorbemerkung: Bedenken vor einer Belastung der Wirtschaft vs. Effektivitätsüberlegungen.....	83
B) Die Tatbestandsmerkmale des § 10 UWG	85
I) Verstoß gegen die Generalklausel in § 3 UWG	85
II) Das Verschuldensmerkmal.....	89
III) Die kausale Erzielung eines Gewinns.....	109
IV) Das Merkmal der „Vielzahl von Abnehmern“	142
V) Das Merkmal „zu Lasten“	146
VI) Aktivlegitimation und Anspruchsbegünstigter.....	156
C) Zusammenfassung der Ergebnisse der Tatbestandsuntersuchung.....	160
<u>Teil V: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 10 UWG und Verhältnis zu den übrigen deutschen Abschöpfungsinstituten</u>	162
A) Verfassungsrechtliche Bedenken	162
B) Verhältnis von § 10 UWG zu anderen Abschöpfungsinstituten	167
I) Das Verhältnis zur Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs. 4 OWiG.....	167
II) Das Verhältnis zum Verfall nach den §§ 73ff StGB.....	167

III) Das Verhältnis zur Vorteilsabschöpfung gemäß §§ 34, 34a GWB	170
C) Zwischenergebnis	170

Teil VI: Gewinnabschöpfungsanspruch und Individualansprüche

nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 3 UWG	171
A) Die Regelung des § 3 UWG als Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB.....	171
B) Verhältnis von § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 3 UWG zu § 10 UWG.....	178
C) Zwischenergebnis	178

Teil VII: Endergebnis und Formulierungsvorschlag.....179

A) Endergebnis der Untersuchung des § 10 UWG	179
B) Formulierungsvorschlag	185

Inhaltsverzeichnis

<u>Teil I: Einführung und Problemstellung</u>	1
<u>Teil II: Gesetzgebungsvorgang und wirtschaftliche Bedeutung von § 10 UWG</u>	4
A) Überblick über den Gesetzgebungsvorgang.....	4
B) Wirtschaftliche Bedeutung eines Gewinnabschöpfungsanspruches: Vergleich mit der Situation in den USA	9
I) Die Abschöpfungsansprüche unter dem Federal Trade Commission Act (FTC-Act): <i>consumer redress</i> und <i>disgorgement</i>	9
II) Statistische Daten über den <i>consumer redress</i> und das unselbständige <i>disgorgement</i> unter dem FTC-Act	11
III) Relevanz der statistischen Daten zum <i>consumer redress</i> und dem unselbständigen <i>disgorgement</i> für eine Gewinnabschöpfung	12
IV) Der <i>consumer redress</i> und das unselbständige <i>disgorgement</i> unter dem FTC-Act als „Spitze des Eisbergs“	14
<u>Teil III: Die lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsansprüche in den USA und anderweitige Abschöpfungsinstitute in Deutschland</u>	16
A) Entwicklung und heutige Ausgestaltung der lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsansprüche in den USA	16
I) Überblick über das Lauterkeitsrecht in den USA.....	16
II) Entwicklung des <i>consumer redress</i> und <i>disgorgement</i> unter dem Federal Trade Commission Act	17
1) Gründung der Federal Trade Commission im Jahre 1914	18
2) Legislatorische Ausweitung der Befugnisse der FTC im Jahr 1938: Festschreibung der Verbraucherschutzaufgabe	18
3) <i>Consumer redress</i> unter Sec. 5(b) FTC-Act: Versuch einer Rechtsfolgenausweitung durch die Federal Trade Commission	19
4) Einführung eines <i>consumer redress</i> in Sec. 19(b) FTC-Act durch Magnuson-Moss FTC Improvement Act im Jahr 1975	20
5) Gerichtliche Rechtsfortbildung: Einführung <i>consumer redress</i> und <i>disgorgement</i> ab 1982 unter Sec. 13(b) FTC-Act	21
III) Heutige Tatbestandsvoraussetzungen des <i>consumer redress</i> und des <i>disgorgement</i>	23
1) Tatbestandliche Voraussetzungen des <i>consumer redress</i> unter Sec. 19(b) FTC-Act	23
a) Vorherige Unterlassungsanordnung	24
b) Bedeutung der Begriffe „unredlich oder betrügerisch“	25
c) Verschuldensmaßstab des „verständigen Menschen“	26
d) Umfang der Abschöpfung	26
e) Verknüpfungsmerkmal zwischen der unlauteren Handlung und dem Abschöpfungsbetrag	29

f)	Zusammenfassung	31
2)	Tatbestand des <i>consumer redress</i> nach Sec. 13(b) FTC-Act	33
a)	Geeigneter Fall unter Sec. 13(b) FTC-Act	35
b)	Durchgriffshaftung unter Sec. 13(b) FTC-Act.....	38
(1)	Unmittelbare Mitwirkung oder Kontrolle hinsichtlich des Lauterkeitsverstößes	38
(2)	Erforderliches Verschulden.....	38
c)	Das fehlenden Verschuldensmerkmal bei unmittelbarer Haftung.....	40
d)	Zusammenfassung	42
3)	Voraussetzungen für ein vom <i>consumer redress</i> unabhängiges <i>selbständiges disgorgement</i> nach Sec. 13(b) FTC-Act	44
a)	Tatbestandsmerkmale des <i>selbständigen disgorgement</i>	44
(1)	Berechnung der Unlauterkeitsgewinne	44
(2)	Kausalitätskriterium zwischen Lauterkeitsverstoß und Gewinn.....	45
b)	Wirtschaftliche Bedeutung des <i>selbständigen disgorgement</i>	47
c)	Zusammenfassung	48
4)	Das <i>unselbständige disgorgement</i> im Rahmen eines <i>consumer redress</i> nach Sec. 13(b) FTC-Act	49
a)	Tatbestandsvoraussetzungen	49
b)	Bedenken gegen das <i>unselbständige disgorgement</i>	50
c)	Zusammenfassung	52
IV)	Zwischenergebnis	53
B)	Bestehende deutsche Abschöpfungsinstitute.....	55
I)	Darstellung der Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs. 4 OWiG	55
1)	Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils.....	56
a)	Ablauf der Berechnung	57
b)	Einzelproblem: Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens.....	58
2)	Verknüpfungszusammenhang zwischen Ordnungswidrigkeit und wirtschaftlichem Vorteil	61
3)	Zusammenfassung	62
II)	Darstellung des Verfalls gemäß den §§ 73ff StGB	64
1)	Geschichtliche Entwicklung des Verfalls.....	64
a)	Die Abschöpfungsfunktion der Geldstrafe nach § 27b StGB a.F.	64
b)	Abschöpfung durch den Verfall (Nettoprinzip)	65
c)	Der Übergang zum Bruttoprinzip.....	67
2)	Tatbestandsmerkmale des Verfalls nach § 73 StGB	68
a)	Verfallsgegenstand	69
b)	Verknüpfungszusammenhang zwischen Straftat und erlangtem „Etwas“	69
3)	Rechtsnatur des Verfalls: Strafcharakter oder Ausgleichscharakter.....	70
a)	Rechtscharakter des Verfalls unter der Geltung des Nettoprinzips ...	70
b)	Rechtscharakter des Verfalls unter der Geltung des Bruttoprinzips..	72

4) Zusammenfassung	75
III) Darstellung der Vorteilsabschöpfung nach den §§ 34, 34a GWB.....	76
1) Tatbestandsmerkmale der Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB	76
a) Änderungen im Hinblick auf die vormalige Mehrerlösabschöpfung nach § 34 GWB a.F.....	77
b) Anrechnung nachträglicher Minderungen auf den wirtschaftlichen Vorteil, § 34 Abs. 2 GWB.....	78
2) Einzelheiten zur subsidiären Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB.....	79
3) Zusammenfassung	80
IV) Zwischenergebnis.....	81
<u>Teil IV: Untersuchung der Tatbestandsmerkmale des § 10 UWG.....</u>	<u>83</u>
A) Vorbemerkung: Bedenken vor einer Belastung der Wirtschaft vs. Effektivitätsüberlegungen.....	83
B) Die Tatbestandsmerkmale des § 10 UWG	85
I) Verstoß gegen die Generalklausel in § 3 UWG	85
1) Zuwiderhandlung gegen § 3 UWG.....	85
2) Bedeutung von Bagatell- und Streuschäden.....	86
3) Beispielhafte Anwendungsfälle der Gewinnabschöpfung	87
4) Zwischenergebnis	88
II) Das Verschuldensmerkmal.....	89
1) Bedeutung von Vorsatz und Fahrlässigkeit.....	90
a) Der Vorsatzbegriff.....	90
(1) Darstellung der Erfordernisse eines zivilrechtlichen Vorsatzes ..	90
(2) Anwendung der Vorsatzvoraussetzungen auf praktische Fallkonstellationen.....	92
(a) Fehlen von Bedenken in Bezug auf die lauterkeits- rechtliche Zulässigkeit (Situation I)	93
(b) Bewusster Verzicht auf Rechtsbeistand trotz bestehender Bedenken (Situation II)	94
(c) Einholung eines zuverlässigen aber nicht eindeutigen Rechtsgutachtens (Situation III)	94
(3) Zwischenergebnis.....	95
b) Der Begriff der einfachen Fahrlässigkeit	95
c) Der Begriff der groben Fahrlässigkeit.....	97
d) Stellungnahme zur materiellen Verschuldensvoraussetzung.....	98
2) Beweislastverteilung hinsichtlich des Verschuldenserfordernisses	102
a) Grundsätzliche Beweislastverteilung und Nachweisbarkeit	102
b) Beweislastumkehr gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB analog.....	103
c) Beweislastumkehr in Anlehnung an die Grundsätze der deliktischen Produzentenhaftung unter § 823 Abs. 1 BGB	105
(1) Begründung der Beweislastumkehr i.R.d. Produzentenhaftung.....	105
(2) Übertragbarkeit der Begründung auf § 10 Abs. 1 UWG	106

d)	Zusammenfassung	106
3)	Zwischenergebnis zum Verschuldensmerkmal	107
III)	Die kausale Erzielung eines Gewinns.....	109
1)	Die Berechnung des erfassten Gewinns	109
a)	Gewinnberechnung im Rahmen des § 10 Abs. 1 UWG	109
(1)	Grundsätze der Gewinnberechnung i.R.d. § 10 Abs. 1 UWG....	110
(2)	Abzug von Kosten der Rechtsverteidigung	111
b)	Abzugsposten vom Gewinn nach § 10 Abs. 2 UWG.....	112
(1)	Schadensersatzzahlungen an Mitbewerber gemäß § 9 UWG....	113
(2)	Abzugsfähigkeit staatlicher Sanktionen	113
(a)	Anrechenbarkeit von Geldstrafen.....	114
(b)	Anrechenbarkeit von Geldbußen.....	115
c)	Stellungnahme zum Merkmal des Gewinns.....	116
(1)	Angemessenheit einer Umsatzabschöpfung	116
(2)	Vorzugswürdigkeit des Begriffs „wirtschaftlicher Vorteil“	118
d)	Zusammenfassung	119
2)	Das Kausalitätserfordernis i.R.v. § 10 Abs. 1 UWG.....	120
a)	Festlegung eines Kausalitätserfordernisses in § 10 Abs. 1 UWG ..	121
b)	Darstellung der konkreten Kausalitätsprüfung	122
c)	Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens.....	124
d)	Zusammenfassung	126
3)	Prozessuale Erleichterungen bei der Ermittlung des „kausal erzielten Gewinns“ i.R.d. § 10 Abs. 1 UWG	127
a)	Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch	128
b)	Angemessenheit einer Beweislastumkehr.....	130
(1)	Beweislastumkehr hinsichtlich des Gewinns.....	131
(2)	Beweislastumkehr hinsichtlich des Kausalitätskriteriums	131
(3)	Zusammenfassung	132
c)	Angemessenheit eines Anscheinsbeweises.....	132
d)	Richterliche Schätzungsbefugnis nach § 287 ZPO	133
(1)	Rechtsgrundlage für die richterliche Schätzung	134
(2)	Tatbestandsvoraussetzung von § 287 Abs. 2 ZPO	135
(3)	Die konkrete Durchführung der richterlichen Schätzung.....	136
(4)	Prozessuale Hilfsmittel im Zusammenhang mit § 287 ZPO	138
(a)	Zulässigkeit eines unbezifferten Klageantrages.....	139
(b)	Verteilung der Prozesskosten nach § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ..	139
e)	Zusammenfassung	140
4)	Zwischenergebnis	141
IV)	Das Merkmal der „Vielzahl von Abnehmern“.....	142
1)	Der Abnehmerbegriff i.R.d. § 10 Abs. 1 UWG	142
a)	Erfordernis eines Vertragsverhältnisses.....	142
b)	Erfordernis eines <i>unmittelbaren</i> Betroffenseins	143
2)	Der Begriff der „Vielzahl“ i.R.v. § 10 Abs. 1 UWG	144

3) Zwischenergebnis	145
V) Das Merkmal „zu Lasten“	146
1) Das Merkmal „Zu Lasten“ als wirtschaftlicher Nachteil oder als unlautere Beeinträchtigung der Abnehmerinteressen	146
a) Darstellung der vertretenen Ansichten	147
b) Stellungnahme zum Merkmal „zu Lasten“	147
(1) Wortlautauslegung	148
(2) Sinn und Zweck des § 10 UWG	148
(3) Rechtsvergleichende und rechtssystematische Betrachtung	149
(4) Untersuchung der Schutzwürdigkeit des unlauter Handelnden ..	150
(5) Bedenken im Hinblick auf die Effektivität des § 10 UWG	151
c) Zusammenfassung	152
2) Das Erfordernis des Bestehens vermögensschützender Individual- ansprüche nach <i>Köhler</i>	152
3) Beweiswürdigung und Beweislastverteilung	154
4) Zwischenergebnis	155
VI) Aktivlegitimation und Anspruchsbegünstigter	156
1) Aktivlegitimation	156
2) Anspruchsbegünstigter	156
3) Zwischenergebnis	159
C) Zusammenfassung der Ergebnisse der Tatbestandsuntersuchung	160

Teil V: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 10 UWG und Verhältnis

<u>zu den übrigen deutschen Abschöpfungsinstituten</u>	162
A) Verfassungsrechtliche Bedenken	162
I) Gemeinsamer Grundgedanke der verfassungsrechtlichen Bedenken: Strafcharakter des § 10 UWG	162
II) Untersuchung des Bestehens eines Strafcharakters	163
B) Verhältnis von § 10 UWG zu anderen Abschöpfungsinstituten	167
I) Das Verhältnis zur Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs. 4 OWiG	167
II) Das Verhältnis zum Verfall nach den §§ 73ff StGB	167
III) Das Verhältnis zur Vorteilsabschöpfung nach den §§ 34, 34a GWB	170
C) Zwischenergebnis	170

Teil VI: Gewinnabschöpfungsanspruch und Individualansprüche nach

<u>§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 3 UWG</u>	171
A) Die Regelung des § 3 UWG als Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB	171
I) Einwand des fehlenden Individualschutzes über § 3 UWG	172
II) Einwand des entgegenstehenden Gesetzgeberwillens	173
III) Einwand fehlender Schutzlücken	175
IV) Einwand des Unterlaufens der Ausdifferenzierung des Zivilrechts	176
V) Ergebnis der Untersuchung des Schutzcharakters von § 3 UWG	177

B) Verhältnis von § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 3 UWG zu § 10 UWG.....	178
C) Zwischenergebnis.....	178
<u>Teil VII: Endergebnis und Formulierungsvorschlag.....</u>	<u>179</u>
A) Endergebnis der Untersuchung des § 10 UWG	179
B) Formulierungsvorschlag	185
 Abkürzungen.....	 186
 Literaturverzeichnis	 189

Teil I: Einführung und Problemstellung

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ist jüngst einer weitgehenden Reform unterzogen worden¹. Im Zuge dieser Reform wurde erstmalig ein Anspruch auf Abschöpfung unlauter erzielter Gewinne in das UWG eingeführt (§ 10 UWG). Damit wird in Deutschland Neuland betreten² und auch im europäischen Ausland finden sich nur vereinzelt ähnlich strukturierte Institute³. Vor diesem Hintergrund überrascht es wenig, dass § 10 UWG eine der umstrittensten Neuerungen im Lauterkeitsrecht darstellt⁴. Interessant ist an der Regelung insbesondere, dass sie sowohl von grundsätzlichen Befürwortern⁵ als auch von Gegnern⁶ eines solchen Anspruchs überwiegend kritisch beurteilt wird. Auf der einen Seite wird vorgebracht, dass sie „in ihrer Halbherzigkeit“ für einen effizienten Rechtsschutz nicht weit genug gehe⁷. Auf der anderen Seite sehen die Gegenstimmen die Regelung des § 10 UWG bereits in der bestehenden Ausgestaltung als in erheblichem Maße systemfremd oder sogar verfassungswidrig an⁸.

Diesen Fragen widmet sich die vorliegende Arbeit: Kann über § 10 UWG eine effektive Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs erfolgen? Welche Tatbestandsveränderungen sollten gegebenenfalls vorgenommen werden, um eine größere Effektivität zu gewährleisten? Lässt sich die Gewinnabschöpfung im UWG tatsächlich so schwer mit der deutschen Rechtsdogmatik vereinbaren? Verstößt die Neuregelung möglicherweise gegen verfassungsrechtliche Vorgaben? Ziel der Untersuchungen ist es, eine Gewinnabschöpfung zu erarbeiten, die sich zum einen in das bestehende deutsche Recht einpasst und zum anderen ein wirksames Mittel im Kampf gegen den unlauteren Wettbewerb zur Verfügung stellt.

Die Änderungsvorschläge werden im Hinblick darauf unterbreitet, dass die seit

¹ Das geänderte Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb trat am 08.07.04 in Kraft.

² *Micklitz*, BB 2003, Heft 21, Die Erste Seite („...innovatives Element...“); *Köhler* in: *Baumbach/Hefermehl*, § 10, Rn. 1; *Goldmann* in: *Harte/Henning*, § 10, Rn. 1; *Lettl*, S. 285.

³ *Köhler* in: *Baumbach/Hefermehl*, § 10, Rn. 1; v. *Braunmühl* in: *Fezer*, § 10, Rn. 6.

⁴ *Hönn*, JuS 2004, 760, 763; *Münker/Kaestner*, BB 2004, 1689, 1699.

⁵ Vgl. insbesondere *Micklitz*, BB 2003, Heft 21, Die Erste Seite; Stellungnahme Bundesrat, BT-DS. 15/1487, S. 34; *Stadler/Micklitz*, WRP 2003, 559, 562; *Sosnitzka*, GRUR 2003, 739, 745.

⁶ Vgl. insbesondere *Sack*, WRP 2003, 549, 557f; *Wimmer-Leonhardt*, GRUR 2004, 12, 16ff; *Engels/Salomon*, WRP 2004, 32, 42f; *Emmerich*, S. 493; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2003, 127, 131..

⁷ *Micklitz*, BB 2003, Heft 21, Die Erste Seite.

⁸ *Sack*, WRP 2003, 549, 557f; *Wimmer-Leonhardt*, GRUR 2004, 12, 20; *Engels/Salomon*, WRP 2004, 32, 42f.

der Bundestagswahl vom 18.9.05 mitregierende CDU/CSU anstrebt, „den „schwarzen Schafen“ unter den Wettbewerbern tatsächlich ihre Unrechtsgewinne abzunehmen“⁹. Jedenfalls soweit sich die bestehende Regelung als ineffektiv herausstellen sollte, scheint daher mit einer Überarbeitung des gerade erst eingeführten § 10 UWG zu rechnen zu sein. Zu dieser potentiellen Überarbeitung möchte die vorliegende Arbeit Denkansätze aufzeigen und Entwicklungsmöglichkeiten für eine effektivere Ausgestaltung darlegen.

Weil sich die Abschöpfung von unlauter erzielten Vorteilen in den Vereinigten Staaten von Amerika bereits seit einiger Zeit bewährt hat, soll im Rahmen eines Rechtsvergleichs auch auf die Erfahrungen aus den USA eingegangen werden. Der vorliegende Rechtsvergleich umfasst zunächst eine Darstellung der wirtschaftlichen Bedeutung der amerikanischen Abschöpfungsansprüche unter dem maßgeblichen Federal Trade Commission Act (FTC-Act). Daraus lassen sich Schlussfolgerungen über die potentielle wirtschaftliche Relevanz des deutschen Gewinnabschöpfungsanspruchs ziehen. Darauf folgt eine Übersicht über die geschichtliche Entwicklung der amerikanischen Abschöpfungsansprüche. Bei diesen handelt es sich zum einen um den sogenannten consumer redress und zum anderen um eine als disgorgement bezeichnete Rechtsfolge. Den Schwerpunkt bildet sodann die Untersuchung der Tatbestandsvoraussetzungen der angesprochenen Abschöpfungsinstitute aus den Vereinigten Staaten (Teil III A).

Um eine Aussage darüber treffen zu können, ob sich § 10 UWG in die deutsche Gesetzessystematik einfügt, erfolgt des Weiteren eine Darstellung der bereits bestehenden inländischen Abschöpfungsinstitute (Teil III B). Soweit diese Untersuchung erbringt, dass eine verbindende Systematik hinter den Abschöpfungsregelungen besteht, können daraus Rückschlüsse für eine angemessene systematische Auslegung des § 10 UWG gezogen werden.

Daran schließt sich eine Betrachtung der einzelnen Tatbestandsmerkmale von § 10 UWG an (Teil IV). Da diese die Voraussetzungen aufstellen, unter denen der Gewinnabschöpfungsanspruch geltend gemacht wird, sind sie entscheidend dafür, ob § 10 UWG Bedeutung erlangen kann oder zu Recht vielfach als „schöner bunter Papiertiger“ bezeichnet wird¹⁰. Nach der Untersuchung der Tatbestandsvoraussetzungen erfolgt eine Betrachtung der gegen § 10 UWG erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken und eine Darstellung des Verhältnisses von § 10 UWG zu den übrigen deutschen Abschöpfungsinstituten (Teil V).

⁹ Vgl. Verbraucherpolitische Korrespondenz, vzbv, Nr. 17 vom 16.8.05, S. 3

¹⁰ Diese Bezeichnung erfreut sich ausgehend von *Stadler/Micklitz*, WRP 2003, 559, 562 inzwischen einer relativ großen Beliebtheit.

Den letzten Problemkreis stellt schließlich die Frage dar, ob – und gegebenenfalls wie – sich die Einführung von § 10 UWG als Kollektivschutznorm auf mögliche Individualansprüche nach § 823 Abs. 2 i.V.m. § 3 UWG auswirkt (Teil VI). Dabei findet auch eine Untersuchung statt, inwieweit ein solcher Individualanspruch im Zusammenhang mit dem UWG überhaupt besteht, d.h. ob § 3 UWG als Schutzgesetz im Sinne von § 823 II BGB qualifiziert werden kann.

Teil II: Gesetzgebungsvorgang und wirtschaftliche Bedeutung von § 10 UWG

Neben dem Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens von § 10 UWG wird im Folgenden die letztlich Gesetz gewordene Ausgestaltung des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs wiedergegeben. Daran schließt sich eine Untersuchung der potentiellen wirtschaftlichen Bedeutung des § 10 UWG an, die unter Rückgriff auf die wirtschaftliche Relevanz der amerikanischen Abschöpfungsinstitute erfolgt.

A) Überblick über den Gesetzgebungsvorgang

Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG beruht in ihrer jetzigen Fassung auf den Vorarbeiten der von der Bundesregierung ins Leben gerufenen Arbeitsgruppe „Unlauterer Wettbewerb“, die mit der Erarbeitung eines Reformvorschlages für das UWG beauftragt war¹¹. Zu ihr gehörten neben Vertretern der Wirtschaft insbesondere auch Experten aus der Rechtswissenschaft¹². Den eigentlichen Arbeiten vorausgehend erfolgten verschiedene Untersuchungen und Entwürfe¹³. Für die Ausgestaltung der Gewinnabschöpfung maßgeblich waren hauptsächlich zwei dieser Untersuchungen, nämlich der Vorschlag von *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*¹⁴ und das Gutachten von *Micklitz/Stadler*¹⁵.

Der Vorschlag von *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* bezog sich auf die Erarbeitung einer Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und auf eine Reformierung des UWG. Er enthielt eine Vorschrift zur Abschöpfung von Unrechtsgewinnen, die eine Gewinnherausgabe bei planmäßig täuschend vorgenommenen

¹¹ BT-DS. 15/1487, S. 12.

¹² BT-DS. 15/1487, S. 12.

¹³ Vgl. im Hinblick auf eine Gewinnabschöpfung insbesondere die Entwürfe von *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*, WRP 2002, 1317 und *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung; mit anderen Schwerpunkten *Fezer*, WRP 2003, 127; *Keßler/Micklitz*, Harmonisierung des Lauterkeitsrechts; *Schricker/Henning-Bodewig*, WRP 2001, 1367.

¹⁴ WRP 2002, 1317.

¹⁵ Harmonisierung des Lauterkeitsrechts, 2003.