

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

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

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 Lauterkeitsverstoßes	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 Bagatel- 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 Verschuldenserefordernisses	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>	179
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; *Sosnitzer*, 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.

Verstößen gegen konkret festgelegte Katalogtatbestände erlaubte¹⁶. Es sollte also nicht jedes unlautere Verhalten mit einer Gewinnabschöpfung bedroht werden, sondern lediglich bestimmte, als besonders schwerwiegend betrachtete Lauterkeitsverstöße, hinsichtlich derer planmäßig täuschend gehandelt wurden¹⁷. Das Gutachten von *Micklitz/Stadler*, das sich ausschließlich mit der Frage einer Unrechtsgewinnabschöpfung befasste, ließ dagegen jeden Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften genügen, soweit er schuldhaft erfolgte¹⁸. Eine abschließende Aufzählung bestimmter Fallgruppen wurde nicht für erforderlich erachtet und hinsichtlich des Verschuldens sollte bereits Fahrlässigkeit genügen¹⁹. Eine Einschränkung bestand allerdings darin, dass der Lauterkeitsverstoß zu einer Schädigung einer Vielzahl von Verbrauchern bei einer jeweiligen Schadenshöhe von nicht mehr als 25 Euro (Bagatellgrenze) führen musste²⁰. Begründet wurde diese Anforderung damit, dass allein in den Fällen, in denen bei einer großen Anzahl von Verbrauchern geringe Schadensbeträge vorlägen, ein Defizit in der Rechtsdurchsetzung bestehe, das mit dem Gewinnabschöpfungsanspruch behoben werden solle²¹. Soweit größere Schäden einträten, sei eine Gewinnabschöpfung nicht erforderlich, weil sich die Betroffenen selbst um eine Verfolgung kümmern könnten²².

Der auf den Untersuchungen der Arbeitsgruppe „Unlauterer Wettbewerb“ beruhende *Referentenentwurf* des Bundesministeriums der Justiz enthielt Elemente aus beiden Vorschlägen. Er setzte neben einem vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verstoß gegen die lauterkeitsrechtliche Generalklausel (§ 3 UWG) eine systematische Schädigung einer Vielzahl von Abnehmern voraus²³. Im *Regierungsentwurf* wurde dann zwar das Merkmal des systematischen Handelns gestrichen, gleichzeitig fand jedoch eine Einschränkung im Verschuldensmaßstab auf allein vorsätzliches Verhalten statt. Zudem rückte der Begriff der Gewinnerzielung „auf Kosten der Abnehmer“ an die Stelle des

¹⁶ Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig, WRP 2002, 1317, 1322.

¹⁷ Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig, WRP 2002, 1317, 1327.

¹⁸ Micklitz/Stadler, S. 125.

¹⁹ Micklitz/Stadler, S. 127.

²⁰ Micklitz/Stadler, S. 125.

²¹ Micklitz/Stadler, S. 126f.

²² Micklitz/Stadler, S. 126ff.

²³ Referentenentwurf UWG, GRUR 2003, 298, 299.

vorherigen Merkmals der *Abnehmerschädigung*²⁴. Dies sollte laut der Entwurfsbegründung sicherstellen, dass der Gewinnabschöpfungsanspruch nur eingreift, wenn „der Gewinnerzielung unmittelbar ein Vermögensnachteil der Abnehmer gegenübersteht“²⁵. Ein Schaden i.S.d. §§ 249ff BGB auf Abnehmerseite entfiel als tatbestandliche Voraussetzung²⁶. Insgesamt sollte eine Gewinnabschöpfung nunmehr also bei jedem vorsätzlichen Verstoß gegen die lauterkeitsrechtliche Generalklausel in § 3 UWG RegE. möglich sein, der zu einem Gewinn auf Kosten einer Vielzahl von Abnehmern führte.

Diese Ausgestaltung übernahm der *Gesetzesentwurf des Bundestages* unverändert²⁷. Auf *Empfehlung des Rechtsausschusses* fand schließlich noch eine Ersetzung des Merkmals „auf Kosten“ durch die Formulierung „zu Lasten“ statt. Dadurch sollte klargestellt werden, dass „der Gewinnabschöpfungsanspruch nicht die Ermittlung von einzelfallbezogenen Nachteilen“ voraussetze²⁸. Dies bedeutet, dass für die Gewinnabschöpfung *kein Beweis* bezüglich einer Benachteiligung *jedes einzelnen* Abnehmers gefordert wird. Die Voraussetzung „auf Kosten“ war gerade in diesem Sinne verstanden worden, was auf Widerspruch stieß, weil eine solche Beweisanforderung eine effektive Anwendung der Gewinnabschöpfung nach allgemeiner Ansicht verhindert hätte. Das Merkmal „zu Lasten“ erfordert daher nur einen nicht einzelfallbezogenen Nachweis, dass „bei einer Vielzahl von Abnehmern eine wirtschaftliche Schlechterstellung eingetreten“ ist²⁹. Auf die genaue Bedeutung dieser Formulierung wird im Rahmen der Untersuchung der Tatbestandsmerkmale noch einzugehen sein³⁰.

Hinsichtlich der Person des durch § 10 UWG Begünstigten sahen die Entwürfe von *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* und *Micklitz/Stadler* vor,

²⁴ Regierungsentwurf, S. 9, zu finden unter www.bundesregierung.de.

²⁵ Regierungsentwurf, S. 51, zu finden unter www.bundesregierung.de

²⁶ Da allerdings ein Vermögensnachteil i.d.R. einen Schaden darstellt, ist nicht recht ersichtlich, in welcher Weise die Ersetzung der Tatbestandsvoraussetzung des Abnehmerschadens durch die Formulierung „auf Kosten“ eine inhaltliche Änderung bewirkt hat. Vgl. auch *Alexander*, WRP 2004, 407, 418.

²⁷ BT-DS. 15/1487, S. 7.

²⁸ BT-DS. 15/2795, S. 8, 21.

²⁹ BT-DS. 15/2795, S. 21.

³⁰ Siehe dazu unten, S. 146ff.

B) Bestehende deutsche Abschöpfungsinstitute

Im Anschluss an die Darstellung der amerikanischen Abschöpfungsinstitute soll nun das vorgegebene deutsche Umfeld näher untersucht werden. Den Ausgangspunkt der Untersuchung stellt die Feststellung dar, dass es sich bei § 10 UWG zwar um eine Neuschöpfung im Rahmen des Lauterkeitsrechts handelt. Dass sich unrechtmäßiges Verhalten nicht lohnen darf, wurde jedoch keineswegs erst mit § 10 UWG entdeckt. So gibt es beispielsweise im Recht der Ordnungswidrigkeiten mit der sogenannten Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs. 4 OWiG eine Vorschrift zur Unrechtsabschöpfung. Sie erfasst die wirtschaftlichen Vorteile, die im Rahmen einer *Ordnungswidrigkeit* entstanden sind. Daneben besteht auch im Strafrecht eine Abschöpfungsregelung, die sich auf alle aus einer rechtswidrigen *Straftat* stammenden Vermögenszuflüsse bezieht. Das strafrechtliche Verfahren wird als Verfall bezeichnet und ist in den §§ 73ff StGB geregelt. Schließlich wurde durch das 7. GWB-Änderungsgesetz jüngst eine § 17 Abs. 4 OWiG in der Rechtsfolge entsprechende Regelung in den §§ 34, 34a GWB n.F. eingeführt. Diese Normen erfordern einen Verstoß gegen *kartellrechtliche Regelungen* und dienen ebenfalls der Abschöpfung eines wirtschaftlichen Vorteils²⁵².

Soweit hinter den genannten Instituten eine gemeinsame Systematik feststellbar sein sollte, wäre diese bei der Auslegung von § 10 UWG zu berücksichtigen. Darüber hinaus können die mit den angegebenen Abschöpfungsansprüchen gemachten Erfahrungen im Rahmen des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs von Nutzen sein. Deswegen werden im Folgenden die Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs. 4 OWiG, der Verfall nach den §§ 73ff StGB und die neu eingefügte Vorteilsabschöpfung nach den §§ 34, 34a GWB n.F. untersucht.

I) Darstellung der Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs. 4 OWiG

Im Ordnungswidrigkeitenrecht findet sich in § 17 Abs. 4 OWiG die sogenannte Vorteilsabschöpfung. Sie dient der Abschöpfung von wirtschaftlichen Vorteilen, die aus einem Verstoß gegen Ordnungsvorschriften gezogen wurden²⁵³. Der wirtschaftliche Vorteil entspricht dabei der *Netto-Besserstellung*, die der Täter erzielt hat²⁵⁴. Er berechnet sich über eine Saldierung der vermögensrechtlichen Situation, wie sie sich durch die Ordnungswidrigkeit ergeben hat und ohne dieselbe eingetre-

²⁵² Die Vorgängerregelung nach § 34 GWB a.F. hatte zuvor eine sogenannte Mehrerlösabschöpfung zugelassen. Vgl. dazu unten, S. 77.

²⁵³ Peltzer, DB 1977, 1445, 1445; vgl. auch Cramer, wistra 1996, 248, 251.

²⁵⁴ Steindorf in: Karlsruher Kommentar, § 17, Rn. 123; Lemke, Heidelberger Kommentar, § 17, Rn. 31; a.A. Brenner, NStZ 2004, 256, 256ff.

ten wäre²⁵⁵.

Zu beachten ist bei der Vorteilsabschöpfung, dass es sich nicht um ein selbständiges Abschöpfungsverfahren handelt. Sie erfolgt immer nur im Rahmen einer einheitlichen Geldbuße nach § 17 Abs. 4 i.V.m. 3 OWiG. Die Geldbuße bemisst sich dabei grundsätzlich entsprechend den in § 17 Abs. 3 OWiG festgelegten Kriterien, wie beispielsweise der Bedeutung der Ordnungswidrigkeit oder der Vorwerfbarkeit des Täterverhaltens. Soweit allerdings durch die Ordnungswidrigkeit auch ein wirtschaftlicher Vorteil entstanden ist, legt § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG darüber hinaus fest, dass „die Geldbuße [...] den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen“ soll. In einem solchen Fall ist also der gezogene Vorteil neben den in § 17 Abs. 3 OWiG genannten Bemessungskriterien im Rahmen einer *einheitlichen Geldbuße* zu beachten. Damit übernimmt die Geldbuße gemäß § 17 Abs. 4 i.V.m. 3 OWiG sowohl die Funktion der Sanktion und Prävention als auch die Aufgabe einer Abschöpfung wirtschaftlicher Vorteile²⁵⁶.

Voraussetzung für die Anordnung einer Geldbuße, in deren Rahmen eine Vorteilsabschöpfung vorgenommen werden kann, ist zunächst ein fahrlässiger oder vorsätzlicher²⁵⁷ Verstoß gegen Ordnungsvorschriften²⁵⁸. Daneben erfordert eine Abschöpfung, dass aus dieser Ordnungswidrigkeit ein wirtschaftlicher Vorteil gezogen wurde, § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG.

Die nachfolgende Untersuchung geht zunächst auf die Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils ein, weil es sich dabei um das Kernelement der Vorteilsabschöpfung handelt. Daran schließt sich eine Darstellung des Verknüpfungserfordernisses zwischen der Ordnungswidrigkeit und dem erzielten Vorteil an.

1) Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils

Als erstes erfolgt eine Darstellung des allgemeinen Ablaufs der Vorteilsberechnung. Als zweites wird auf ein Einzelproblem eingegangen, nämlich inwieweit der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens zu berücksichtigen ist. Dabei handelt es sich zwar um eine Frage, die sich ebenfalls auf die Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils bezieht. Weil die Behandlung des genannten Einwandes eine ausführlichere Darlegung erfordert, soll darauf jedoch im Anschluss gesondert eingegangen werden.

²⁵⁵ *Göhler/König/Seitz*, Kurzkomentar, § 17, Rn. 41; *Brenner*, NStZ 1998, 557, 557; *Steindorf* in: *Karlsruher Kommentar*, § 17, Rn. 122.

²⁵⁶ *Lemke*, *Heidelberger Kommentar*, § 17, Rn. 2; vgl. auch *Brenner*, NStZ 1998, 557, 557.

²⁵⁷ OLG Hamm, MDR 1979, 870, 870; *Göhler/König/Seitz*, Kurzkomentar, § 17, Rn. 37 und vgl. § 10 OWiG.

²⁵⁸ Vgl. § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG.

a) Ablauf der Berechnung

Der wirtschaftliche Vorteil i.S.d. § 17 Abs. 4 OWiG bestimmt sich über eine *Saldierung* der vermögensrechtlichen Situation des Täters, wie sie sich durch die Ordnungswidrigkeit ergeben hat und ohne dieselbe eingetreten wäre (sogenannter Saldierungsgrundsatz)²⁵⁹. Die vermögensrechtliche Situation wird nicht nur durch Vermögenszuflüsse verbessert, sondern auch durch angefallene Kosten verschlechtert. Aus diesem Grund sind die Kosten bei der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils von Bedeutung²⁶⁰. Erst die Einbeziehung der Kosten führt zum relevanten wirtschaftlichen Netto-Vorteil²⁶¹.

Weil der Begriff des wirtschaftlichen Vorteils umfassender als derjenige des Gewinns oder des Entgelts ist²⁶², umfasst er als Vermögenszuflüsse nicht nur in Geld bestehende Vorteile sondern auch sonstige Verbesserungen der wirtschaftlichen Situation, wie z.B. eine günstigere Marktposition, die Ersparung von Aufwendungen, Gebrauchsvorteile und sichere zukünftige Gewinne²⁶³. Gezogene Nutzungen und Surrogate fallen ebenfalls unter § 17 Abs. 4 OWiG²⁶⁴. Die Vorteilsabschöpfung zielt also auf eine umfassende Neutralisierung jeder wirtschaftlich messbaren Besserstellung ab.

Im Hinblick auf die Kosten dürfen alle tatsächlich beim Täter angefallenen Aufwendungen geltend gemacht werden, die dazu dienen, den Vermögenszufluss zu erhalten²⁶⁵. Über diese allgemein anerkannte Grundaussage hinaus herrscht jedoch Uneinigkeit im Hinblick auf die Berücksichtigungsfähigkeit der einzelnen konkreten Passivposten²⁶⁶. Weitergehende generelle Differenzierungen hinsichtlich der abzugsfähigen Kosten, die für die Untersuchung des § 10 UWG zunutze gemacht werden könnten, haben sich bislang nicht durchsetzen können.

²⁵⁹ *Göhler/König/Seitz*, Kurzkomentar, § 17, Rn. 41; *Brenner*, NStZ 1998, 557, 557; *Steindorf* in: *Karlsruher Kommentar*, § 17, Rn. 122.

²⁶⁰ OLG Hamburg, NJW 1971, 1000, 1003; *Steindorf* in: *Karlsruher Kommentar*, § 17, Rn. 123.

²⁶¹ *Steindorf* in: *Karlsruher Kommentar*, § 17, Rn. 123; *Lemke*, *Heidelberger Kommentar*, § 17, Rn. 31.

²⁶² Vgl. *Brenner*, NStZ 1998, 557, 557f; *Göhler/König/Seitz*, Kurzkomentar, § 17, Rn. 41.

²⁶³ *Steindorf* in: *Karlsruher Kommentar*, § 17, Rn. 118; *Brenner*, NStZ 1998, 557, 557f; *Göhler/König/Seitz*, Kurzkomentar, § 17, Rn. 41.

²⁶⁴ Vgl. *Göhler/König/Seitz*, Kurzkomentar, § 17, Rn. 44; *Steindorf* in: *Karlsruher Kommentar*, § 17, Rn. 124.

²⁶⁵ BayObLG Beschluß vom 15. Februar 1991, Az. 3 Ob OWi 140/90; *Steindorf* in: *Karlsruher Kommentar*, § 17, Rn. 123; *Lemke*, *Heidelberger Kommentar*, § 17, Rn. 31; *Göhler/König/Seitz*, Kurzkomentar, § 17, Rn. 42; *Peltzer*, DB 1977, 1445, 1446.

²⁶⁶ *Steindorf* in: *Karlsruher Kommentar*, § 17, Rn. 123; vgl. eingehend *Drathjer*, S. 63ff.

III) Darstellung der Vorteilsabschöpfung nach den §§ 34, 34a GWB

Das dritte deutsche Abschöpfungsinstitut, das zum Vergleich mit § 10 UWG vorgestellt werden soll, ist die neue Vorteilsabschöpfung im Kartellrecht gemäß den §§ 34, 34a GWB. Diese wurde erst jüngst im Zuge einer Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in das GWB eingefügt³⁸² und ersetzt die vorherige sogenannte Mehrerlösabschöpfung nach § 34 GWB a.F.³⁸³.

Die Vorteilsabschöpfung nach den §§ 34, 34a GWB dient dazu, eine vollständige Abschöpfung aller wirtschaftlichen Vorteile sicherzustellen, die aus einem Kartellrechtsverstoß erzielt wurden³⁸⁴. Während § 34 GWB die Abschöpfung eines wirtschaftlichen Vorteils durch die Kartellbehörde regelt, eröffnet § 34a GWB eine subsidiäre Vorteilsabschöpfung durch Verbände und qualifizierte Einrichtungen i.S.v. § 33 Abs. 2 Nr. 1, 2 GWB. Der wirtschaftliche Vorteil erfasst – entsprechend der Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG – die gesamte Nettobesserstellung, die durch den Verstoß gegen Kartellregelungen erzielt wurde³⁸⁵. Die zur Erzielung des Vorteils angefallenen Kosten können also abgezogen werden.

Im Folgenden wird zunächst auf den Tatbestand der Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB eingegangen. Daran schließt sich ein Überblick über die subsidiäre Regelung des § 34a GWB an.

1) Tatbestandsmerkmale der Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB

Für eine Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB ist als erste Voraussetzung ein fahrlässiger oder vorsätzlicher Verstoß gegen Normen des deutschen oder europäischen Kartellrechts oder eine Verfügung der Kartellbehörde erforderlich³⁸⁶. Durch diesen Verstoß muss der Handelnde einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt haben, § 34 Abs. 1 GWB. Dieser bestimmt sich entsprechend den Grundsätzen, die unter § 17 Abs. 4 OWiG herausgearbeitet wurden³⁸⁷. Auf den gezogenen Vorteil sind Schadensersatzleistungen, Geldbußen und Verfallszahlungen anzurechnen, soweit da-

³⁸² Vgl. das 7. Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. 2005, Teil I Nr. 44, 2115, S. 2122f. In Kraft getreten am 1.7.2005, vgl. BT-DS. 15/5049, S. 38.

³⁸³ Vgl. BT-DS. 15/3640, S. 35. Weiterführend zur Mehrerlösabschöpfung vgl. *Emmerich* in: *Immenga/Mestmäcker*, § 34, Rn. 1ff; *Veltins/Veltins*, WRP 1981, 619, 619; *Werner* in: *Wiedemann*, § 51, Rn. 13ff; *Schmidt*, ZRP 1979, 38, 38; verfassungsrechtliche Bedenken äußert *Büdenbender*, BB 1978, 1073, 1073.

³⁸⁴ BT-DS. 15/3640, S. 36; *Bechtold*, DB 2004, 235, 235.

³⁸⁵ BT-DS. 15/3640, S. 55.

³⁸⁶ Vgl. § 34 Abs. 1 GWB und BT-DS. 15/3640, S. 55.

³⁸⁷ BT-DS. 15/3640, S. 55, 89. Vgl. zu § 17 Abs. 4 OWiG oben, S. 56ff.

Teil IV: Untersuchung der Tatbestandsmerkmale des § 10 UWG

Nachdem in den vorangegangenen Abschnitten Abschöpfungsinstitute aus den Vereinigten Staaten und aus Deutschland dargestellt wurden, folgt nun der Hauptteil der vorliegenden Arbeit mit einer Untersuchung des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs in § 10 UWG. Dabei wird auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale dieser Norm eingegangen, der jeweilige Diskussionsstand in der Literatur nachgezeichnet und eine eigene Stellungnahme abgegeben. Die bisher herausgearbeiteten Ergebnisse fließen in diese Untersuchung mit ein.

Die Stellungnahmen beschränken sich nicht – wie bereits zu Anfang dieser Arbeit ausgeführt – auf bloße Auslegungsmöglichkeiten hinsichtlich der erlassenen Tatbestandsvoraussetzungen von § 10 UWG. Vielmehr unterbreiten sie auch weiterführende Formulierungsvorschläge für Veränderungen des Tatbestandes, soweit sich solche als vorzugswürdig erweisen. Dies erfolgt im Hinblick darauf, dass die seit der Bundestagswahl vom 18.9.05 mitregierende CDU/CSU anstrebt, „den „schwarzen Schafen“ unter den Wettbewerbern tatsächlich ihre Unrechtsgewinne abzunehmen“⁴⁰⁹. Jedenfalls soweit sich die bestehende Regelung als ineffektiv herausstellen sollte, scheint daher eine Überarbeitung des gerade erst eingeführten § 10 UWG durchaus wahrscheinlich.

Bevor mit der Untersuchung der einzelnen Tatbestandsmerkmale begonnen wird, soll in einer Vorbemerkung auf die vielfach geäußerten Bedenken eingegangen werden, dass durch § 10 UWG die Unternehmen übermäßig belastet würden. Diese Vorbemerkung ist für die Auslegung des gesamten § 10 UWG von Bedeutung und soll daher gleichsam „vor die Klammer“ gezogen werden. Daran schließt sich die Betrachtung der einzelnen Tatbestandserfordernisse der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung an.

A) Vorbemerkung: Bedenken vor einer Belastung der Wirtschaft vs. Effektivitätsüberlegungen

Die Einführung der Gewinnabschöpfung in § 10 UWG wurde von erheblichen Bedenken begleitet. Es wurde insbesondere befürchtet, dass sie zu einer übermäßigen Belastung der Unternehmen führe⁴¹⁰. Um diese Vorwürfe zu entkräften, hat der Gesetzgeber zum Teil strenge Tatbestandsanforderungen erlassen, die nahezu ein-

⁴⁰⁹ Vgl. Verbraucherpolitische Korrespondenz, vzbv, Nr. 17 vom 16.8.05, S. 3

⁴¹⁰ Engels/Salomon, WRP 2004, 32, 32, 42; Wimmer-Leonhardt, GRUR 2004, 12, 17.

hellig als kaum nachweisbar angesehen werden⁴¹¹. Die Regelung wird durch die hohen Tatbestandserfordernisse nach überwiegender Ansicht unpraktikabel und mit großer Wahrscheinlichkeit zur Unbedeutsamkeit verdammt⁴¹².

Diese Situation entspricht weitgehend dem Stand der amerikanischen Entwicklung im Jahr 1975 nach dem Erlass des *consumer redress* Anspruchs gemäß Sec. 19(b) FTC-Act⁴¹³. Auch dort wurden aufgrund der Bedenken vor einer Belastung der Wirtschaft teilweise rigide Tatbestandsvoraussetzungen erlassen. Diese haben dazu geführt, dass Sec. 19(b) FTC-Act bis heute keine Bedeutung zukommt. In den USA ist die Entwicklung bei Sec. 19(b) FTC-Act jedoch nicht stehen geblieben. Vielmehr wurde im Zusammenwirken von Rechtsprechung und FTC über Sec. 13(b) FTC-Act ein *consumer redress* entwickelt, der sich an den praktischen Bedürfnissen ausrichtet und erheblich geringere Voraussetzungen aufstellt als Sec. 19(b) FTC-Act⁴¹⁴. Diesem Anspruch kommt – wie dargestellt – eine wesentliche wirtschaftliche Bedeutung zu⁴¹⁵. Die Befürchtungen vor einer übermäßigen Belastung der Unternehmen haben sich trotz dieser weit über Sec. 19(b) FTC-Act hinausgehenden Abschöpfungsmöglichkeit in den USA nicht bewahrheitet.

Die Erfahrungen aus den Vereinigten Staaten sollten im Hinblick auf § 10 UWG beachtet werden, um den lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch als effektiven und praktikablen Anspruch auszugestalten. Dafür ist zunächst erforderlich, den Gewinnabschöpfungsanspruch nicht durch eine zu große Menge tatbestandlicher Voraussetzungen zu komplizieren und bereits auf diese Weise die Anwendung von § 10 UWG zu erschweren. Vielmehr sollte § 10 UWG entsprechend dem *consumer redress* nach Sec. 13(b) FTC-Act auf die tatsächlich notwendigen Tatbestandsmerkmale beschränkt bleiben. Darüber hinaus ist über eine angemessene Auslegung sicherzustellen, dass der nach den obigen Grundsätzen ausgestaltete § 10 UWG eine praktikable Abschöpfungsmöglichkeit eröffnet. Dabei dürfen die Bedenken hinsichtlich einer Belastung der Wirtschaft weder außer Acht gelassen, noch überzogen hochgespielt werden⁴¹⁶.

⁴¹¹ Vgl. nur v. *Braunmühl* in: Fezer, § 10, Rn. 146ff; *Nordemann*, S. 315f; *Emmerich*, S. 496; *Engels/Salomon*, WRP 2004, 32, 43; *Stadler/Micklitz*, WRP 2003, 559, 562; Stellungnahme der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. v. 7.3.2003, S. 5; vorsichtig *Köhler* in: *Baumbach/Hefermehl*, § 10, Rn. 2; a.A. *Goldmann* in: *Harte/Henning*, § 10, Rn. 4.

⁴¹² Vgl. Fn. 411.

⁴¹³ Vgl. dazu oben, S. 20ff.

⁴¹⁴ Vgl. dazu oben, S. 33f.

⁴¹⁵ Vgl. dazu die Nachweise bei Fn. 38.

⁴¹⁶ Vgl. *Vollmer*, DB 1979, 2213, 2214: „[Es ist] den Ansichten entgegenzutreten, die tendenziell darauf hinauslaufen, die Handlungsfreiheit potentiell wettbewerbswidrig handelnder Unternehmen habe im Zweifel Vorrang vor einer rechtspolitisch möglicherweise wünschenswerten größeren Effektivität der Wettbewerbskontrolle“.

B) Die Tatbestandsmerkmale des § 10 UWG

Die Tatbestandsmerkmale der Gewinnabschöpfung sind in § 10 Abs. 1 UWG geregelt. Gemäß § 10 Abs. 1 UWG ist Voraussetzung für eine Gewinnabschöpfung, dass „dem § 3 [UWG] vorsätzlich zuwidergehandelt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern ein Gewinn erzielt“ wurde. Bei den einzelnen Tatbestandsmerkmalen handelt es sich somit zunächst um eine unlautere Handlung unter Verletzung von § 3 UWG. Die nächste Voraussetzung ist ein Verschuldensmerkmal. Daran schließt sich das Erfordernis „Gewinn“ an, das die Obergrenze der Abschöpfung bestimmt. Dieser Gewinn muss im Zusammenhang mit der unlauteren Handlung erzielt worden sein, d.h. in einem Verknüpfungszusammenhang mit dem Verstoß gegen § 3 UWG stehen. Schließlich ist erforderlich, dass der Gewinn „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ erwirtschaftet wurde. Auf diese Merkmale wird im Folgenden einzeln eingegangen.

I) Verstoß gegen die Generalklausel in § 3 UWG

Die erste Voraussetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 Abs. 1 UWG ist eine unlautere Handlung, die gegen die Generalklausel in § 3 UWG verstößt. Eine Beschränkung auf bestimmte Katalogtatbestände unlauterer Handlungen wurde nicht vorgenommen. Auf die Gründe, die für die vorliegende umfassende Eröffnung des § 10 UWG sprechen, wird zuerst eingegangen. Daran schließt sich eine Untersuchung der Tatsache an, dass der Gesetzgeber die Gewinnabschöpfung geschaffen hat, um gegen geringe und weit gestreute Beeinträchtigungen vorgehen zu können (sog. Bagatell- und Streuschäden)⁴¹⁷. Dabei soll herausgearbeitet werden, ob und inwieweit diese Zielsetzung zu einer Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 10 UWG geführt hat. Zuletzt werden beispielhafte Fallgruppen dargestellt, die in der bisherigen Diskussion als Anwendungsfälle von § 10 UWG genannt wurden. Diese dienen im weiteren Verlauf der Arbeit zur Konkretisierung und Veranschaulichung bei den übrigen Tatbestandsmerkmalen.

1) Zuwiderhandlung gegen § 3 UWG

Eine Gewinnabschöpfung wird nach § 10 Abs. 1 UWG in Bezug auf jede Zuwiderhandlung gegen § 3 UWG eröffnet, vgl. § 10 Abs. 1 UWG. Eine Beschränkung auf bestimmte Katalogtatbestände unlauterer Handlungen wurde nicht vorgenommen⁴¹⁸.

⁴¹⁷ BT-DS. 15/1487, S. 23.

⁴¹⁸ v. Braunmühl in: Fezer, § 10, Rn. 155; Emmerich, S. 495; Ekey in: Heidelberger Kommentar, § 10, Rn. 29. So noch der Vorschläge von Köhler/Bornkamm/Hemming-Bodewig, WRP 2002, 1317, 1322.

Teil V: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 10 UWG und Verhältnis zu den übrigen deutschen Abschöpfungsinstituten

Nachdem nunmehr die Ausgestaltung des § 10 UWG untersucht wurde, kann auf die verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegen die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung erhoben wurden, eingegangen werden. Daran schließt sich eine Betrachtung an, in welchem Konkurrenzverhältnis § 10 UWG zu den übrigen deutschen Abschöpfungsinstituten steht.

A) Verfassungsrechtliche Bedenken

Gegen den Gewinnabschöpfungsanspruch in § 10 UWG sind eine Vielzahl verfassungsrechtlicher Bedenken erhoben worden. Insbesondere wurde vertreten, dass die Regelung des § 10 UWG gegen den verfassungsrechtlichen *ordre public* Vorbehalt⁷⁶³ verstoße, nicht mit dem staatlichen Strafmonopol⁷⁶⁴ und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁷⁶⁵ zu vereinbaren sei und zu einer unzulässigen Doppelbestrafung (Art. 103 III GG) führen könne⁷⁶⁶.

I) Gemeinsamer Grundgedanke der verfassungsrechtlichen Bedenken: Strafcharakter des § 10 UWG

Alle diese Bedenken lassen sich auf einen gemeinsamen Grundgedanken zurückführen und können daher zusammen behandelt werden. Sie gründen auf der Ansicht, dass der Regelung des § 10 UWG ein *Strafcharakter* zuzusprechen sei und diese Norm damit in der vorliegenden Ausgestaltung als verfassungswidrig angesehen werden müsse⁷⁶⁷. Dies ist hinsichtlich des staatlichen Strafmonopols und des Doppelbestrafungsverbots unmittelbar ersichtlich. Die Bedenken im Zusammenhang mit dem *ordre public* Vorbehalt ergeben sich daraus, dass es sich bei der Gewinnabschöpfung um eine zivilrechtliche Norm handelt. Zivilrechtliche Normen mit Strafcharakter werden aber von der (noch) herrschenden Meinung als mit grundlegenden Prinzipien der deutschen Rechtsordnung (*ordre public*) unvereinbar ange-

⁷⁶³ Engels/Salomon, WRP 2004, 32, 43.

⁷⁶⁴ Sack, WRP 2003, 549, 552; Mönch, ZIP 2004, 2032, 2037f.

⁷⁶⁵ Wimmer-Leonhardt, GRUR 2004, 12, 17f

⁷⁶⁶ Sack, WRP 2003, 549, 553; Mönch, ZIP 2004, 2032, 2038.

⁷⁶⁷ Engels/Salomon, WRP 2004, 32, 42; Sack, WRP 2003, 549, 552f; ders., BB 2003, 1073, 1080f; Wimmer-Leonhardt, GRUR 2004, 12, 16ff; Mönch, ZIP 2004, 2032, 2037; Grauel/Luhrenberg, WRP 1980, 521, 522; Schaub, GRUR 2005, 918, 923f.

sehen⁷⁶⁸. Der Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit folgt unter Bezugnahme auf das sogenannte „*punitive damages*“-Urteil⁷⁶⁹ des BGH aus dem Jahr 1992⁷⁷⁰. Darin wurde ausgeführt, dass ein Schadensersatz mit Strafcharakter nicht dem haftungsrechtlichen Kompensationsgrundsatz entspreche und damit gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot verstoße⁷⁷¹. Die Unvereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beruht folglich ebenfalls auf der Voraussetzung, dass § 10 UWG ein Strafcharakter zukommt.

II) Untersuchung des Bestehens eines Strafcharakters

Damit § 10 UWG mit den aufgeführten Verfassungsprinzipien in Konflikt geraten kann, muss ihm also ein Strafcharakter zukommen⁷⁷². Soweit ein solcher zu verneinen sein sollte, könnten die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht durchgreifen. Daher muss im Folgenden untersucht werden, ob es sich bei der Regelung des § 10 UWG um eine Norm mit Strafcharakter handelt. Zur Feststellung eines Strafcharakters ist zunächst erforderlich, die für eine Strafe kennzeichnenden Kriterien darzulegen. Falls die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung diesen Kriterien entspricht, wäre ein Strafcharakter zu bejahen.

Nach der in jüngerer Zeit erschienenen, umfassenden Untersuchung der Strafzwecke von *Bottke*, die mit den übrigen Stellungnahmen zu diesem Thema übereinstimmt, erschöpft sich eine Strafe nicht nur in irgendeiner Belastung des Betrof-

⁷⁶⁸ *Canaris* in: FS Deutsch, S. 85ff; *Lange/Schiemann*, S. 9ff; *Larenz*, S. 421ff; *ders.*, NJW 1959, 865, 865ff; *Stiefel/Stürner*, VersR 1987, 828, 828ff; *Seitz*, NJW 1996, 2848, 2848ff; *Bungert*, ZIP 1992, 1707, 1707ff. Eine zunehmend stärker werdende Ansicht geht dagegen von einer grundsätzlichen Zulässigkeit von zumindest präventiven Zwecken im Zivilrecht aus, vgl. *Dreier*, S. 413ff; *Ebert*, S. 573ff; *Bentert*, S. 1ff, 161ff; *Brockmeier*, S. 41ff, 67ff; *Müller*, S. 361ff; *Körner*, NJW 2000, 241, 241ff; *Deutsch*, JZ 1971, 244, 244ff; *Stoll*, S. 55ff; *Kraßer*, GRUR Int 1980, 259, 259ff; *Assmann*, BB 1985, 15, 15ff; *Rosengarten*, NJW 1996, 1935, 1935ff; *Koch*, NJW 1992, 3073, 3075; *Prinz*, NJW 1995, 817, 817ff; *Magnus*, S. 282, 305ff.; v. *Braunmühl* in: Fezer, § 10, Rn. 110ff; im Hinblick auf geistiges und gewerbliches Eigentum *Lehmann*, GRUR Int. 2004, 762, 762ff.

⁷⁶⁹ BGH NJW 1992, 3096, 3102.

⁷⁷⁰ Vgl. *Wimmer-Leonhardt*, GRUR 2004, 12, 17.

⁷⁷¹ BGH NJW 1992, 3096, 3102.

⁷⁷² Für einen Strafcharakter sprechen sich aus *Sack*, WRP 2003, 549, 552; *Mönch*, ZIP 2004, 2032, 2037; *Wimmer-Leonhardt*, GRUR 2004, 12, 16; *Engels/Salomon*, WRP 2004, 32, 42f; *Grauel/Luhrenberg*, WRP 1980, 521, 522. A.A. *Stadler/Micklitz*, WRP 2003, 559, 560; *Köhler* in: *Baumbach/Hefermehl*, § 10 Rn. 3; *Oppermann/Müller*, GRUR 2005, 280, 283f; *Lettl*, S. 286; bereits die Entwicklung vorwegnehmend *Vollmer*, DB 1979, 2213, 2218.

fenen⁷⁷³.

Charakteristisch ist vielmehr ein „kostenproduktiver“ Eingriff⁷⁷⁴. Das bedeutet, dass die Strafe in ihrer Wirkung über den Entzug erzielter Deliktavorteile hinausgeht⁷⁷⁵. Sie „stellt nicht wieder her“ und „beseitigt nicht [...] [die] Folgen“, sondern schafft „additive Lasten“⁷⁷⁶. Im Gegensatz dazu steht die nicht strafende, vorteilsabschöpfende Kondiktion. Diese dient der Entziehung „normbrecherisch und damit ohne Rechtsgrund des Behaltendürfens“ erzielter Vorteile⁷⁷⁷. Sie beruht auf dem „allgemeinen Gerechtigkeitsgrund“, dass niemand durch etwas bereichert sein darf, dass er unter Verletzung der Rechtsordnung gewonnen hat und findet in der Eingriffskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB einen allgemeinen Ausdruck⁷⁷⁸.

Eine Übertragung dieser Voraussetzungen auf den Gewinnabschöpfungsanspruch führt zu dem Ergebnis, dass ein Strafcharakter des § 10 UWG abgelehnt werden muss. Die Gewinnabschöpfung entzieht dem unlauter Handelnden lediglich die Vorteile, die er im Widerspruch zur Rechtsordnung erzielt hat⁷⁷⁹. Sie ist auf den unlauter gezogenen Gewinn begrenzt und greift damit nicht in weitere Rechtspositionen ein. Es fehlt folglich an einer „additiven Last“, die dem von der Gewinnabschöpfung Betroffenen auferlegt wird. Dem Gewinnabschöpfungsanspruch kommt demnach kein Strafcharakter zu⁷⁸⁰.

⁷⁷³ *Botke*, S. 11. So auch *Eser*, Sanktionen, S. 91; zu § 10 UWG *Oppermann/Müller*, GRUR 2005, 280, 283f; v. *Braunmühl* in: Fezer, § 10, Rn. 120. Vgl. auch Richtlinie 2004/48/EG v. 29. April, L 195/18: Ein Schadensersatz, unter Berücksichtigung der Gewinne, „bezweckt [...] nicht die Einführung einer Verpflichtung zu einem als Strafe angelegten Schadensersatz, sondern eine Ausgleichschädigung des Rechtsinhabers auf objektiver Grundlage“.

⁷⁷⁴ *Botke*, S. 11.

⁷⁷⁵ *Botke*, S. 15. Vgl. auch *Eser*, Sanktionen, S. 91; *Best*, JR 2003, 335, 340. Zum Gewinnabschöpfungsanspruch vgl. Nachweise oben, Fn. 773.

⁷⁷⁶ *Botke*, S. 15.

⁷⁷⁷ *Botke*, S. 15f, 72f; *Eser*, Sanktionen, S. 91.

⁷⁷⁸ *Botke*, S. 73.

⁷⁷⁹ Vgl. dazu oben, S. 109ff.

⁷⁸⁰ Im Ergebnis ebenso *Oppermann/Müller*, GRUR 2005, 280, 283f; *Köhler* in: Baumbach/Hefermehl, § 10 Rn. 3; *Lettl*, S. 286; v. *Braunmühl* in: Fezer, § 10, Rn. 120.

Teil VI: Gewinnabschöpfungsanspruch und Individualansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 3 UWG

Abschließend soll untersucht werden, ob und wie sich die Einführung von § 10 UWG auf die Diskussion um individuelle Schadensersatzansprüche der Verbraucher nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 3 UWG ausgewirkt hat. Möglicherweise könnte nun vertreten werden, dass ein ausreichender lauterkeitsrechtlicher Schutz der Verbraucher bereits über § 10 UWG gewährleistet wird und daher keine Individualansprüche mehr erforderlich seien⁸⁰². Aus diesem Grund muss die Argumentation um den Schutzgesetzcharakter von § 3 UWG im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB neu überdacht werden⁸⁰³. Im Anschluss an diese Untersuchung erfolgt ein Eingehen auf das Verhältnis, in dem ein gegebenenfalls anzunehmender Individualanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 3 UWG gegenüber § 10 UWG steht.

A) Die Regelung des § 3 UWG als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB

Damit ein individueller Schadensersatzanspruch für die Verbraucher gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 3 UWG begründet werden kann, müsste § 3 UWG ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 darstellen. Für die Qualifikation als Schutzgesetz ist erforderlich, dass die Norm den Schutz eines anderen bezweckt (§ 823 Abs. 2 BGB). Sie muss gerade dazu dienen, den Einzelnen gegen die Verletzung seines Rechtsguts zu schützen, und sei es auch neben dem Schutz der Allgemeinheit⁸⁰⁴.

⁸⁰² Die Gesetzesbegründung scheint davon auszugehen, dass § 10 UWG einen ausreichenden Rechtsschutz im Lauterkeitsrecht vermittelt, so dass (zumindest auch) auf dieser Grundlage die Abschaffung von Individualrechten betrieben werden kann, wie z.B. des § 13a UWG a.F., vgl. BT-DS. 15/1487, S. 15. Vgl. ausführlich zu der Ansicht, dass es an Schutzlücken im Rechtsschutz für die Verbraucher fehlt, *Engels/Salomon*, WRP 2004, 32, 33; *Sosnitza*, GRUR 2003, 739, 745; *Köhler* in: Baumbach/Hefermehl, § 9, Rn. 1.10; *ders.*, GRUR 2003, 265, 267ff; *Lettl*, GRUR 2004, 449, 460; a.A. *Fezer*, WRP 2003, 127, 127ff.

⁸⁰³ Dabei handelt es sich um einen bereits seit den 70er Jahren bestehenden Meinungsstreit. Einen Schutzgesetzcharakter bejahen *Emmerich*, S. 483ff; *Lehmann*, S. 105ff; *Lehmann/Dürschmidt*, GRUR 1997, 549, 556ff; *Fezer*, WRP 2003, 127, 127ff; *Wimmer-Leonhardt*, GRUR 2004, 12, 20; *Schricker*, GRUR 1975, 111, 117ff; *Sack*, BB 2003, 1073, 1078ff; *ders.*, WRP 1974, 445, 457f; *Säcker*, WRP 2004, 1199, 1219f; *Keßler/Micklitz*, S. 80ff; kritisch im Hinblick auf fehlende Sanktionsmöglichkeiten für die Verbraucher auch *Götting*, S. 86. Dagegen sprechen sich aus *Köhler*, GRUR 2003, 265, 266ff; *Weiler*, WRP 2003, 423, 426ff; *Alexander*, Unlauterer Wettbewerb, S. 131f; *Sosnitza*, GRUR 2003, 739, 743ff; *Nordemann*, S. 282; *Klippel* in: Heidelberger Kommentar, § 1 vor E2, Rn. 8; *Eppe*, WRP 2005, 808, 812.

⁸⁰⁴ Vgl. nur BGH ZIP 1991, 1597, 1598; auch *Sprau* in: Palandt, § 823, Rn. 57; *Scherer*, WRP 1992, 607, 610.

Dabei kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck des Gesetzes an, sowie darauf, ob der Gesetzgeber gerade einen Rechtsschutz zugunsten von Einzelpersonen gewollt oder doch mitgewollt hat⁸⁰⁵. Zusätzlich zu den genannten Kriterien setzt die Qualifikation als Schutzgesetz voraus, dass die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruchs erkennbar vom Gesetz erstrebt wird oder zumindest im Rahmen des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint⁸⁰⁶.

l) Einwand des fehlenden Individualschutzes über § 3 UWG

Gegen einen Schutzcharakter von § 3 UWG zugunsten der Verbraucher wird – entsprechend der dargestellten Definition – zunächst eingewendet, dass diese Norm nicht dazu dient, den einzelnen Verbraucher zu schützen. Vielmehr gewähre § 3 UWG für die Verbraucher lediglich einen Kollektivschutz, weshalb ein Schutzcharakter abgelehnt werden müsse⁸⁰⁷.

Dieses Argument überzeugt vor dem Hintergrund des § 1 UWG nicht. In § 1 UWG wurde eine übergreifende Zweckbestimmung für das UWG niedergelegt. Nach § 1 S. 1 UWG dient das UWG dem „Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb“. Die Regelung des § 1 S. 2 UWG führt des Weiteren aus, dass auch „die Interessen der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb“ durch das UWG geschützt werden. Da der Schutz der Verbraucher getrennt von den Interessen der Allgemeinheit aufgeführt wird, ergibt sich die Schlussfolgerung, dass die Verbraucher nicht nur als Teil der Allgemeinheit durch das UWG erfasst werden. Vielmehr legt die Erwähnung der Verbraucher als unmittelbares Schutzobjekt des UWG nahe, dass sie individuell erfasst werden sollen. Ein entscheidendes Argument für diese Ansicht folgt darüber hinaus aus der Tatsache, dass die Verbraucher in § 1 S. 1 UWG zusammen mit den Mitbewerbern genannt werden. Diesbezüglich führt die Gesetzesbegründung aus, dass die „Verbraucher und Mitbewerber durch das UWG gleichermaßen und gleichberechtigt geschützt“ werden⁸⁰⁸. Da der individuelle Schutz der Mitbewerber durch das UWG unbestritten

⁸⁰⁵ BGH ZIP 1991, 1597, 1598; *Scherer*, WRP 1992, 607, 608; *Sprau* in: Palandt, § 823, Rn. 57.

⁸⁰⁶ BGH NJW 1976, 1740, 1740f; BGH DB 1976, 1665, 1665; grundlegend *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 699f; *Sprau* in: Palandt, § 823, Rn. 57; *Scherer*, WRP 1992, 607, 610.

⁸⁰⁷ *Köhler*, GRUR 2003, 265, 267; *Lettl*, GRUR 2004, 449, 460; *Alexander*, Unlauterer Wettbewerb, S. 132; *Oppermann/Müller*, GRUR 2005, 280, 285; *Weiler*, WRP 2003, 423, 423; wohl auch *Ahrens* in: *Harte/Henning*, § 1 vor Einl. F, Rn. 149; dagegen *Koos* in: *Fezer*, § 9, Rn. 3; *Fezer*, WRP 2003, 127, 128; ähnlich bereits *Schricker*, GRUR 1974, 579, 580; *Lehmann*, S. 106; *ders.*, GRUR 1977, 580, 587f; *Lehmann/Dürschmidt*, GRUR 1997, 549, 557; auch *Sack*, WRP 1974, 445, 457; *ders.*, NJW 1975, 1303, 1305; *Keßler/Micklitz*, S. 77; ausführlich *Fricke*, GRUR 1976, 680, 682ff.

⁸⁰⁸ BT-DS. 15/1487, S. 15.

ist, kann eine andere Ansicht hinsichtlich der Verbraucher dann aber nur schwerlich vertreten werden⁸⁰⁹. Andernfalls entstünde ein Widerspruch zum systematischen Aufbau von § 1 S. 1 UWG und es könnte auch nicht von einem *gleichberechtigten* Schutz für Mitbewerber und Verbraucher gesprochen werden. Gleichberechtigt ist ein Schutz allein, wenn die Verbraucher genau wie die Mitbewerber (§ 9 UWG) über einen individuellen Schadensersatzanspruch verfügen⁸¹⁰.

Insgesamt ist daher die Meinung abzulehnen, die § 3 UWG lediglich einen kollektiven Verbraucherschutz zuspricht. Die Regelung des § 3 UWG dient – wie sich aus § 1 UWG ergibt – nicht nur dem unmittelbaren Schutz der Mitbewerber, sondern auch dem Schutz des *einzelnen* Verbrauchers vor unlauteren Beeinträchtigungen.

II) Einwand des entgegenstehenden Gesetzgeberwillens

Als zweiter Einwand wird gegen einen Individualanspruch aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 3 UWG vorgebracht, dass sich der Gesetzgeber explizit gegen einen solchen Anspruch ausgesprochen habe. Die Gesetzesbegründung führt aus, dass „das UWG entsprechend der bisherigen Rechtslage weiterhin kein Schutzgesetz im Sinne des

⁸⁰⁹ Vgl. *Micklitz*, BB 2003, Heft 21, Die Erste Seite; *Keßler/Micklitz*, S. 146; *Fezer*, WRP 2003, 127, 128; *Lehmann*, BB 1981, 1717, 1722; *Schricker*, GRUR Int 1996, 473, 477; *ders.*, GRUR 1974, 579, 580; *Sack*, GRUR 2004, 625, 630. Ähnlich auch *Götting*, S. 86, der eine „abgestimmte Gesamtkonzeption des Verbraucherschutzes“ vermisst.

⁸¹⁰ Dagegen wird eingewendet, dass ein „Funktionenunterschied zwischen Mitbewerber- und Verbraucherschutz“ es rechtfertigt, einen unterschiedlichen Schutz festzulegen (*Engels/Salomon*, WRP 2004, 32, 33). Demnach solle das UWG den Markt vor unlauterem Wettbewerb bewahren, während die Verbraucher insbesondere durch das BGB geschützt würden und somit kein zusätzlicher Schutz durch das UWG erforderlich sei (*Sosnitza*, GRUR 2003, 739, 745). Dabei schwingt die – inzwischen als überholte anzusehende – ursprüngliche Ausrichtung des UWG mit, die dieses als Sonderdeliktsrecht der Mitbewerber qualifizierte und folglich Verbraucheransprüche aus dem UWG als systemfremd ansehen musste (*Schricker*, GRUR 1974, 579, 580; *Lehmann*, S. 106; *Koos* in: *Fezer*, § 9, Rn. 3; *Keßler/Micklitz*, S. 16, 30ff; *dies.*, WRP 2003, 919, 919, 926ff). Das heutige UWG zeigt dagegen in § 1 S.1 UWG deutlich, dass an dieser Ansicht nicht mehr festgehalten wird und sie damit auch nicht zur Ablehnung von Verbraucheransprüchen herangezogen werden kann. Es ist nicht sachgerecht, die Verbraucher bei einer Verletzung ihrer Interessen durch unlautere Handlungen auf das BGB zu verweisen (*Micklitz*, BB 2003, Heft 21, Die Erste Seite; *Keßler/Micklitz*, S. 146; *Schricker*, ZRP 1974/5, 189, 189ff; *ders.*, GRUR Int 1996, 473, 477). Zudem wurde durch den nun aufgehobenen § 13a UWG a.F. explizit gezeigt, dass das UWG durchaus Individualansprüche der Verbraucher begründet (*Lehmann*, GRUR 1987, 199, 213; a.A. *Weiler*, WM 2002, 1784, 1794). Auf die Tatsache, dass diese Norm aufgehoben wurde, kann keine gegenläufige Ansicht gestützt werden, weil die Aufhebung allein unter Hinweise auf die fehlende Praxisrelevanz erfolgte und nicht weil § 13a UWG als systemfremd betrachtet wurde (BT-DS. 15/1487, S. 14).

§ 823 Abs. 2 BGB“ sei⁸¹¹. Da ein Schutzgesetz zugunsten der Verbraucher nur bejaht werden könne, wenn der Gesetzgeber einen Rechtsschutz zugunsten der jeweiligen Einzelperson gewollt oder doch mitgewollt habe, müsse ein Individualanspruch der Verbraucher abgelehnt werden⁸¹². Damit ist die Frage der Bindungswirkung der Gesetzesbegründung angesprochen. Die Schlussfolgerung, dass § 3 UWG kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstelle, lässt sich nur dann als zwingend bezeichnen, wenn die Gesetzesbegründung die Rechtsprechung umfassend bindet, d.h. den Gerichten eine anderslautende Auslegung verwehrt wird.

Grundsätzlich kommt dem Willen des Gesetzgebers – insbesondere bei neueren Gesetzeswerken – eine erhebliche Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes zu⁸¹³. Daraus kann jedoch nicht hergeleitet werden, dass eine von der Begründung abweichende Beurteilung des Gesetzes durch die Gerichte unter allen Umständen ausgeschlossen sei. Eine solche Annahme würde die Grundentscheidung vernachlässigen, dass sich das geltende Recht zu aller erst aus dem Gesetz selbst ergibt – und damit nicht aus der Gesetzesbegründung. Dies entspricht Art. 20 Abs. 3 GG⁸¹⁴ und schlägt sich auch in der anerkannten juristischen Methodenlehre nieder, nach der der Wortlaut und Bedeutungszusammenhang Vorrang vor dem Willen des Gesetzgebers beanspruchen⁸¹⁵.

Vorliegend kann eine Bindungswirkung der Gesetzesbegründung nicht bejaht werden. Dies folgt mit *Säcker* daraus, dass nicht hingenommen werden kann, dass sich der Gesetzgeber durch Einzelaussagen in der amtlichen Begründung zu den selbst geschaffenen Grundgedanken seines Gesetzes in eminenten systematischen Widerspruch setzt⁸¹⁶. Das Recht ist auf größtmögliche dogmatische Eindeutigkeit angewiesen, will es nicht in Einzelfallentscheidungen ohne systematischen Zusammenhang zerfallen⁸¹⁷. Daher muss es sich gegenüber einer Gesetzgebung sper-

⁸¹¹ BT-DS. 15/1487, S. 22.

⁸¹² So bereits *Scherer*, WRP 1992, 607, 611; vgl. auch *Oppermann/Müller*, GRUR 2005, 280, 285.

⁸¹³ *Larenz/Canaris*, S. 163f.

⁸¹⁴ Art. 20 Abs. 3 GG Bindung der Rechtsprechung „an Gesetz und Recht“.

⁸¹⁵ Dies entspricht der herrschenden Auslegungsmethodik, die die subjektive und objektive Auslegungstheorie vereint, vgl. *Larenz/Canaris*, S. 137ff. Soweit allein auf den Gesetzgeberwillen abgestellt wird, findet die subjektive Auslegungstheorie Anwendung, die in ihrer reinen Form zu unangemessenen Ergebnissen führt, vgl. *Larenz/Canaris*, a.a.O., S. 138. Vgl. auch *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 700f, der neben objektiven Auslegungskriterien den empirischen Gesetzgeberwillen nur als mögliches Kriterium anspricht.

⁸¹⁶ Insbesondere *Säcker*, WRP 2004, 1199, 1219; ebenso *Keßler*, WRP 2005, 264, 273; *Koos* in: Fezer, § 9, Rn. 3; genauso im Zusammenhang mit der BGB-Reform *Bernreuther*, WRP 2002, 368, 369; *Picker*, JZ 2003, 1035, 1048.

⁸¹⁷ *Bernreuther*, WRP 2002, 368, 369; vgl. auch *Lettl*, GRUR 2004, 449, 449.

Teil VII: Endergebnis und Formulierungsvorschlag

A) Endergebnis der Untersuchung des § 10 UWG

Die Untersuchung des § 10 UWG hat – im Vergleich mit den lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsansprüchen unter dem amerikanischen FTC-Act und verschiedenen deutschen Abschöpfungsinstituten – zu den folgenden Ergebnissen geführt:

1. Es ist davon auszugehen, dass einem effektiv ausgestalteten lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsanspruch eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung zukommt. Dies legen die Erfahrungen nahe, die mit entsprechenden Abschöpfungsvorschriften in den Vereinigten Staaten von Amerika gemacht wurden.
2. Ein entscheidendes Ergebnis der Untersuchung der amerikanischen Abschöpfungsinstitute besteht in der Feststellung, dass zumeist übermäßige Bedenken vor einer Belastung der Unternehmen durch einen Abschöpfungsanspruch bestehen. Diese Bedenken führen dazu, dass eine Regelung erlassen wird, die zu hohen Beschränkungen unterliegt und daher letztlich ohne praktische Bedeutung bleibt – wie dies bei Sec. 19(b) FTC-Act der Fall war. Die richterrechtlich entwickelten Abschöpfungsansprüche nach Sec. 13(b) FTC-Act stellen dagegen erheblich geringere Tatbestandsanforderungen auf. Sie haben sich als sehr effektiv gegen unlautere Handlungen erwiesen, ohne dass sich die Befürchtungen vor einer Belastung der Unternehmen bewahrheitet hätten.
3. Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG ist gegen alle Lauterkeitsverstöße eröffnet. Es findet weder eine Einschränkung auf bestimmte Fallgruppen unlauteren Handelns statt noch kann aus der Gesetzesbegründung eine Beschränkung auf Bagatellschäden hergeleitet werden.
4. Nach seiner bisherigen Ausgestaltung greift § 10 UWG lediglich bei vorsätzlichen Lauterkeitsverstößen ein. Der Vorsatz muss sich dabei allein auf den Verstoß gegen § 3 UWG beziehen. Ein Vorsatz ist zu bejahen, falls der unlauter Handelnde *von den Tatsachen Kenntnis* hat, die seine Handlung als unlauter qualifizieren, er diese *Qualifikation* des Weiteren *als möglich ansieht* und zudem *billigend in Kauf nimmt*.
5. Die Verschuldensvoraussetzung sollte um grob fahrlässige Lauterkeitsverstöße erweitert werden. Grobe Fahrlässigkeit erfordert i.R.v. § 10 UWG, dass sich der unlauter Handelnde *offensichtlich erkennbar in einem Grenzbereich* der lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit bewegt, in dem er eine *ab-*

weichende Entscheidung aufgrund einfachster, ganz naheliegender Überlegungen in Betracht ziehen musste. Diese Erkenntnis muss dem unlauter Handelnden auch *subjektiv möglich* gewesen sein. Dadurch wird die bestehende Haftung lediglich auf die Fälle völliger Rechtsblindheit ausgedehnt. Ein unangemessenes Prozessrisiko wird dadurch nicht begründet. Dagegen sollte einfache Fahrlässigkeit auch weiterhin nicht zu einer Abschöpfungs-haftung führen, weil diese aufgrund der strengen Anforderungen, die an die Sorgfalt im Wettbewerb gestellt werden, eine zu weitgehende Haftung eröffnet. Die Gewinnabschöpfung würde sich andernfalls auf sämtliche Grenzbereiche der lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit erstrecken, die für innovative Wettbewerbshandlungen von Interesse sind.

6. Hinsichtlich des Verschuldensmerkmals sollte eine Beweislastumkehr in Anlehnung an die Grundsätze der deliktischen Produzentenhaftung vorgenommen werden. Der auf Gewinnabschöpfung Klagende wird jedenfalls einen Vorsatznachweis oftmals nicht erbringen können. Da die unlautere Handlung aus dem Gefahren- und Verantwortungsbereich des jeweiligen Unternehmers stammt und dieser auch Träger des Unternehmerrisikos ist, kann ihm zugemutet werden, den Nachweis fehlenden Verschuldens zu erbringen.
7. Die Regelung des § 10 UWG bezieht sich auf die Gewinne des unlauter Handelnden. Diese setzen sich aus den Umsätzen abzüglich der variablen Kosten zusammen. Fixkosten sind nur abzugsfähig, wenn sie ausschließlich und unmittelbar aufgrund der unlauteren Handlung angefallen sind. Dies ist beispielsweise bezüglich der Kosten für eine unlautere Werbung zu bejahen. Die Kosten der Rechtsverteidigung werden dagegen zu Recht nicht zum Abzug zugelassen. Dies entspricht den zivilprozessualen Grundsätzen und der Systematik der übrigen Abschöpfungsinstitute.
8. Im Rahmen von § 10 Abs. 2 UWG sind darüber hinaus alle Zahlungen zu berücksichtigen, die durch das unlautere Verhalten veranlasst wurden und zu einer Abschöpfung der Unrechtsvorteile führen. Dies gilt jedenfalls für Schadensersatzzahlungen an Mitbewerber. Für Geldbußen kann eine Abzugsfähigkeit allein in der Höhe zugelassen werden, in der die Geldbuße eine Abschöpfung vornimmt. Da die Geldstrafe keinerlei Abschöpfungszweck verfolgt, muss eine Anrechnung auf die Gewinnabschöpfung abgelehnt werden.
9. Eine Erweiterung des § 10 UWG zu einer Umsatzabschöpfung in Anlehnung an den strafrechtlichen Verfall kann bisher nicht befürwortet werden. Die Probleme, die bei den §§ 73ff StGB zur Einführung des Bruttoverfalls geführt haben, sind bei der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung nicht zu erwarten. Sollte die Bestimmung der abzuziehenden Kosten übermäßige Schwierigkeiten verursachen, wäre zunächst über eine Beweislastumkehr hin-

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: 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
2006 · 240 Seiten
- Band 29: Vural Ünlü: **Content Protection** · Economic Analysis and Techno-legal Implementation
2005 · 256 Seiten
- Band 28: Michael Mark Reich: **Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft**
2006 · 312 Seiten
- Band 27: Josef Krähn: **Der Rechtsschutz von elektronischen Datenbanken unter besonderer Berücksichtigung des Sui-generis-Rechts**
2000 · 218 Seiten
- Band 22: Robert Ratay: **Franchisesysteme und Preisbindungsverbot nach Deutschem und EG-Kartellrecht** · eine juristische und ökonomische Analyse
1993 · 338 Seiten
- Band 21: Hans Rau-Bredow: **Zur theoretischen Fundierung der Institutionenökonomie**
1992 · 200 Seiten
- Band 10: Jörg Finsinger: **Recht und Risiko** · Juristische und ökonomische Analysen
1988 · 425 Seiten

Erhältlich im Buchhandel oder direkt beim Verlag:
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · info@utz.de

Gesamtverzeichnis mit mehr als 2800 lieferbaren Titeln: www.utz.de