

Anne van Raay

# **Gewinnabschöpfung als Präventionsinstrument im Lauterkeitsrecht**

Möglichkeiten und Grenzen effektiver  
Verhaltenssteuerung durch den  
Verbandsanspruch nach § 10 UWG



Anne van Raay

## **Gewinnabschöpfung als Präventionsinstrument im Lauterkeitsrecht**

Schriften des Zentrums für angewandte Rechtswissenschaft

**Band 13**

ZAR | Zentrum für angewandte Rechtswissenschaft

Karlsruher Institut für Technologie

Herausgeber der Schriftenreihe: *Prof. Dr. Thomas Dreier M.C.J.*

*Prof. Dr. Dr. Peter Sester Dipl.-Kfm.*

*Prof. Dr. Indra Spiecker gen. Döhmann LL.M.*

# Gewinnabschöpfung als Präventionsinstrument im Lauterkeitsrecht

Möglichkeiten und Grenzen effektiver Verhaltenssteuerung durch den Verbandsanspruch nach § 10 UWG

Untersuchung unter vergleichender Heranziehung insbesondere der Verletzergewinnhaftung im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung nach Immaterialgutsverletzungen

von  
Anne van Raay

Dissertation an der Universität Freiburg i. Br., Rechtswissenschaftliche Fakultät

Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Freiburg i.Br.:

*Prof. Dr. jur. Sebastian Krebber, LL.M. (Georgetown)*

Erstgutachter:

*Prof. Dr. jur. Thomas Dreier, M. C. J., Institut für Informations- und Wirtschaftsrecht, Karlsruher Institut für Technologie (KIT)*

Zweitgutachter:

*Prof. Dr. jur. Maximilian Haedicke, LL.M (Georgetown),  
Institut für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Universität Freiburg i.Br.*

Ort und Tag der mündlichen Prüfung:

*Karlsruhe, 07. November 2011*

*Freiburg i. Br., 08./09. November 2011*

Die Dissertation wurde am Institut für Informations- und Wirtschaftsrecht am Karlsruher Institut für Technologie (KIT) geschrieben. Stand Mai 2011.

## Impressum

Karlsruher Institut für Technologie (KIT)  
KIT Scientific Publishing  
Straße am Forum 2  
D-76131 Karlsruhe  
www.ksp.kit.edu

KIT – Universität des Landes Baden-Württemberg und nationales  
Forschungszentrum in der Helmholtz-Gemeinschaft



Dieses Werk ist unter folgender Creative Commons-Lizenz  
lizenziert: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>

KIT Scientific Publishing 2012  
Print on Demand

ISSN: 1860-8744

ISBN: 978-3-86644-811-7

## Vorwort und Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Wintersemester 2011/2012 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand von Mai 2011. Ein im November 2011 vorgelegter Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie für ein Achstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist daher nicht mehr berücksichtigt.

Für seine Unterstützung möchte ich an erster Stelle meinem Doktorvater Prof. Dr. Thomas Dreier, M.C.J. danken, der mich als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Institut für Informations- und Wirtschaftsrecht an der Universität Karlsruhe (heute KIT) beschäftigte, mich über die lange Bearbeitungszeit hin immer wieder ermutigte und mir mit vielen Anregungen zur Seite stand. Sehr zu danken habe ich auch Prof. Dr. Maximilian Haedicke, LL.M. für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Nach der Geburt meiner ersten Tochter hat es mir vor allem die Förderung durch das Promotionsstipendium des Brigitte-Schlieben-Lange-Programms des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst Baden-Württemberg ermöglicht, die wissenschaftliche Arbeit trotz anderer Verpflichtungen fortzuführen. Dafür, dass ich insbesondere im Förderzeitraum von August 2008 bis Juli 2011, aber auch während der weiteren Bearbeitung den Umfang meiner anwaltlichen Tätigkeit flexibel anpassen konnte, bedanke ich mich herzlich bei Rechtsanwalt Dr. Johannes Knorz sowie bei Rechtsanwalt Peter Nümann, dem ich außerdem für seine Freundschaft und sein Vertrauen während der letzten Jahre danke.

Trotz aller Förderung wäre mir der Abschluss dieses Projekts nicht geglückt ohne die intensive, verlässliche und engagierte Unterstützung durch meine Eltern und Schwiegereltern bei der Kinderbetreuung, ohne die Zeit, die mir mein Mann trotz eigener beruflicher Belastungen für inhaltliche Diskussionen zur Verfügung stand und ohne die hilfreichen Korrekturanmerkungen aufmerksamer Vor-Leser, namentlich meines Mannes Dr. Oliver Meyer-van Raay, meiner Mutter und unseres lieben Freundes und Kollegen Dr. Henning Kahlert. Letzterem wie auch meiner geschätzten Kollegin Ulrike Berger bin ich darüber hinaus zu großem Dank für die Hilfe bei der Formatierung des Manuskripts verpflichtet.

Diese Arbeit hat mich über fast sieben Jahre begleitet und dabei zum Teil erheblichen Raum eingenommen. Die wesentlichen Dinge des Lebens spielten sich in

den letzten fünf Jahren aber auf anderem Terrain ab: Mit der Ankunft von Wanda und Liese, die uns zu den müdesten, glücklichsten und vor Liebe überfließendsten Eltern gemacht haben – und die ihre Mama nun auch mal ohne Doktorarbeitsstress kennenlernen. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

Karlsruhe, im Februar 2012

Anne van Raay



## Inhaltsübersicht

<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>XXIV</b>
<b>Kapitel I. Einleitung.....</b>	<b>1</b>
A. Fragestellung.....	1
1. Hintergrund der Untersuchung .....	2
2. Ausgangsfrage .....	4
B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	7
1. Vergleichsgegenstand .....	7
2. Prämisse der Vereinbarkeit mit nationaler Zivilrechtsdogmatik .....	13
3. Offene Perspektive einer allgemeinen zivilrechtlichen Gewinnhaftung .....	15
4. Keine abschließende Kommentierung.....	16
C. Terminologie.....	18
D. Gang der Untersuchung .....	21
E. Zur Methodik .....	24
<b>Kapitel II. Zivilrechtliche Gewinnhaftungsansprüche im     Immaterialgüter-, Persönlichkeits- und Wettbewerbsrecht.....</b>	<b>29</b>
A. Grundlagen.....	30
1. Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrecht.....	30
2. Wettbewerbsrecht .....	38
3. Rechtsdurchsetzung im gemeinsamen Spannungsfeld zwischen Beschränkung und Förderung von Wettbewerb und Innovation .....	45
4. Haftung auf den Unrechtsgewinn als Lösungsansatz.....	48
5. Stellung im Normumfeld .....	50
B. Herkömmliche Verletzererwerbhaftung im Immaterialgüterrecht und bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten.....	54
1. Die Herausgabe des Verletzererwinnens im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung .....	54
2. Exkurs: Berücksichtigung des Verletzererwinnens gem. § 33 Abs. 3 S. 3 GWB.....	91
3. Berücksichtigung des Verletzererwinnens bei der Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen .....	100
C. Stärkung privater Rechtsdurchsetzung in UWG und GWB durch verletzererwerb- und verletzervorteilsbezogene Verbandsansprüche ...	107
1. Lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG .....	108

2. Die kartellrechtliche Vorteilsabschöpfung durch Wirtschaftsverbände .....	130
D. Zusammenfassung Kapitel II .....	136
<b>Kapitel III. Strukturvergleich .....</b>	<b>141</b>
A. Normzwecke .....	143
1. Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung .....	145
2. Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen .....	147
3. Privatrechtliche Vorteilsabschöpfung und Schadensersatz im GWB .....	150
4. Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG .....	151
5. Zusammenfassung und Fazit .....	170
B. Aktivlegitimierter und Perzipient .....	173
1. Aktivlegitimation des Verletzten .....	173
2. Aktivlegitimation der Verbände im Wettbewerbsrecht .....	176
3. Bundeshaushalt als Zahlungsempfänger nach § 10 Abs. 1 UWG .....	180
C. Besonderheiten auf objektiver Tatbestandsebene .....	183
1. Anwendungsfälle der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung in Theorie und Praxis .....	184
2. Schadenserfordernis bei der Verletzergewinnherausgabe .....	186
3. Schwere des Eingriffs bei der Geldentschädigung .....	189
D. Verschuldensmaßstab .....	191
1. Der Verschuldensmaßstab bei der dritten Schadensberechnungsart im Immaterialgüterrecht .....	191
2. Das Verschulden im Rahmen der Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen .....	195
3. Das Vorsatzerfordernis in § 10 Abs. 1 UWG .....	197
4. Nachweis der Vorsätzlichkeit bei § 10 UWG .....	212
5. Vorsatzerfordernis in den ersten Gerichtsentscheidungen zu § 10 UWG .....	220
6. Zusammenfassung und Bewertung .....	227
E. Gewinnbegriff und Gewinnberechnung .....	231
1. Grundsätzliche Geltung der Ermittlungsprinzipien zur dritten Schadensberechnungsart für § 10 Abs. 1 UWG .....	232
2. Grundlagen des Gewinnbegriffs .....	233
3. Gewinn als objektive Voraussetzung für die Abschöpfung nach § 10 UWG .....	234
4. Umsatzerlöse als pagatorische Einnahmen .....	237
5. Kostenabzug .....	239
6. Haftungsausfüllende Kausalität .....	271

7. Exkurs: Gewinnermittlung im Persönlichkeitsrechtsschutz und Kartellrecht.....	321
8. Nachrangigkeit der Gewinnabschöpfung .....	328
9. Beweislast und Beweiserleichterungen bei der Gewinnermittlung ...	346
10. Auskunftsanspruch zur Gewinnberechnung.....	360
11. Zusammenfassung, erste Thesen und Ausblick zur Gewinnberechnung .....	370
F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ aus § 10 Abs. 1 UWG .....	375
1. Streuschäden .....	375
2. „Zu Lasten“ .....	378
3. „Abnehmer“ .....	406
4. „Vielzahl“ .....	416
5. Nachweis.....	419
6. Zusammenfassung .....	421
G. Passivlegitimation .....	424
1. Grundsätzliches.....	424
2. Mehrheit von Tätern und Verletzerkette .....	424
3. Zurechnungsfragen .....	435
H. Verfahren .....	442
1. Klagearten.....	442
2. Verjährung und prozessuale Besonderheiten bei § 10 UWG.....	443
I. Ergebnis Kapitel III.....	446
<b>Kapitel IV. Wirksamkeit und Verhältnismäßigkeit des § 10 UWG.....</b>	<b>451</b>
A. Verhältnismäßigkeit und Effektivität als Maßgaben für die privatrechtliche Gewinnabschöpfung .....	453
1. Notwendiges Korrektiv des Durchsetzungsanliegens .....	454
2. Verhältnismäßigkeit und zivilrechtliches Übermaßverbot.....	456
3. Verhältnismäßigkeit und ökonomische Perspektive .....	458
4. Zusammenfassung und weiterer Gang der Untersuchung.....	465
B. Legitimer Normzweck und weitere relevante Interessen .....	468
1. Prävention als führender Normzweck .....	468
2. Legitimität und Reichweite des Präventionsziels.....	469
3. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben .....	474
4. Sonstige abwägungsrelevante Schutzzwecke und Interessen .....	476
5. Zusammenfassung .....	481
C. Eingeschränkte Geeignetheit des § 10 UWG zur Umsetzung des Präventionsziels .....	483
1. Geeignetheit eines Abschöpfungsanspruchs .....	483
2. Beschränkter Zielbeitrag.....	485

3. Gründe für die eingeschränkte Geeignetheit .....	488
4. Zusammenfassung.....	493
D. Erforderlichkeit einer privatrechtlichen Gewinnabschöpfung.....	494
1. „Regelungsexterne“ Alternativen .....	495
2. Zusammenfassung.....	504
E. Normwirkung, Normcharakter und Angemessenheit des § 10 UWG ...	506
1. Normwirkung und Pönalität.....	506
2. Vereinbarkeit mit übergeordneten Rechtsprinzipien .....	517
3. Zusammenfassung und Angemessenheitsprüfung.....	521
F. Ergebnis Kapitel IV .....	525
<b>Kapitel V. Möglichkeiten und Grenzen einer Nachbesserung des § 10 UWG .....</b>	<b>527</b>
A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandparameter.....	529
1. Verschuldensmaßstab als vorläufige Ausgangsgröße .....	529
2. Verschulden .....	530
3. Gewinnermittlung .....	567
4. Zusammenhang zwischen Abnehmernachteilen und Unrechtsgewinn.....	596
5. Anspruchsbegünstigter.....	600
6. Zusammenfassung und Feinabstimmung der Regelungsalternativen .....	615
B. Verbleibende Fragen .....	621
1. Denkbare gesetzliche Sonderlösungen für einzelne Fallgruppen.....	621
2. Abgrenzung von Verursachungsanteilen als grundlegendes Effektivitätshemmnis.....	622
3. Erfordernis einer weiteren Analyse zu Effizienz und Gewichtung des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht .....	624
4. Effektivitätsgewinn durch ergänzenden Bußgeldtatbestand? .....	626
5. Offene Fragen zur Tatbestandsgestaltung eines neuen Gewinnabschöpfungsanspruchs .....	634
C. Fazit.....	638
<b>Kapitel VI. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse .....</b>	<b>642</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>655</b>

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>XXIV</b>
-----------------------------------	-------------

<b>Kapitel I. Einleitung.....</b>	<b>1</b>
-----------------------------------	----------

A. Fragestellung.....	1
1. Hintergrund der Untersuchung .....	2
2. Ausgangsfrage .....	4
B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	7
1. Vergleichsgegenstand .....	7
a) Vergleich mit privatrechtlichen Rechtsfolgen .....	7
b) Nur punktuelle Behandlung öffentlich-rechtlicher Abschöpfungsinstrumente.....	9
2. Prämisse der Vereinbarkeit mit nationaler Zivilrechtsdogmatik.....	13
3. Offene Perspektive einer allgemeinen zivilrechtlichen Gewinnhaftung .....	15
4. Keine abschließende Kommentierung.....	16
C. Terminologie.....	18
D. Gang der Untersuchung .....	21
E. Zur Methodik .....	24

<b>Kapitel II. Zivilrechtliche Gewinnhaftungsansprüche im     Immaterialgüter-, Persönlichkeits- und Wettbewerbsrecht.....</b>	<b>29</b>
--	-----------

A. Grundlagen.....	30
1. Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrecht.....	30
a) Gemeinsame Wurzeln und Abgrenzung .....	30
b) Persönlichkeitsrechtsschutz .....	32
c) Urheberrecht und Immaterialgüterrechte .....	34
d) Gemeinsamkeiten der Rechtsfolgen .....	37
2. Wettbewerbsrecht .....	38
a) Allgemeines und Abgrenzung.....	38
b) Lauterkeitsrecht.....	42
c) Kartellrecht.....	43
d) Gemeinsamkeiten der Rechtsfolgen .....	44
3. Rechtsdurchsetzung im gemeinsamen Spannungsfeld zwischen Beschränkung und Förderung von Wettbewerb und Innovation .....	45
4. Haftung auf den Unrechtsgewinn als Lösungsansatz .....	48
5. Stellung im Normumfeld .....	50

B. Herkömmliche Verletzerge­winnhaf­tung im Immaterialgüterrecht und bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten.....	54
1. Die Herausgabe des Verletzer­ge­winns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung .....	54
a) Allgemeines.....	54
(1)Regelungshintergrund .....	55
(2)Anwendungsbereich .....	57
(3)Regelungsinhalt.....	63
b) Zur dogmatischen Herleitung der Verletzer­ge­winnherausgabe.....	65
(1)Gewinnherausgabe als Kondiktionsanspruch?.....	67
(a) Bereicherungsausgleich nach Immaterialgutsverletzungen.....	69
(b) Nutzung, Surrogat oder Wertersatz.....	71
(c) Haftung aus § 816 Abs. 1 oder § 819 Abs. 1 BGB.....	73
(d) Zwischenergebnis.....	75
(2)Gewinnherausgabe wegen angemaßter Eigengeschäftsführung? .....	75
(3)Gewinnherausgabe als Schadensersatz? .....	78
(a) Schadensermittlung nach §§ 249 ff. BGB .....	79
(b) Gesetzliche Regelungen zur Herausgabe des Verletzer­ge­winns.....	82
(i) Alte Fassungen.....	83
(ii) Neufassung zur Umsetzung der <i>Enforcement-Richtlinie</i> .....	84
(c) Zwischenergebnis.....	87
(4)Anspruch sui generis und Sonstiges.....	88
(5)Zusammenfassung .....	89
2. Exkurs: Berücksichtigung des Verletzer­ge­winns gem. § 33 Abs. 3 S. 3 GWB .....	91
a) Hintergrund .....	91
b) Gewinnherausgabeanspruch nach dem Referentenentwurf vom 17.12.2003.....	93
(1)Regelungsinhalt der ersten Entwurfsfassung .....	93
(2)Kritik.....	94
c) Heutige Regelung.....	95
(1)Regelungsinhalt.....	96
(2)Kritik.....	98
d) Fazit.....	99
3. Berücksichtigung des Verletzer­ge­winns bei der Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen.....	100
a) Rechtliche Herleitung.....	101
b) Gegenstand des Entschädigungsanspruchs .....	102
c) Berücksichtigung des Verletzer­ge­winns .....	104

C.	Stärkung privater Rechtsdurchsetzung in UWG und GWB durch verletzergewinn- und verletzervorteilsbezogene Verbandsansprüche ...	107
1.	Lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG .....	108
a)	Allgemeines.....	109
(1)	Regelungshintergrund .....	109
(2)	Anwendungsbereich.....	112
(3)	Regelungsinhalt.....	112
(4)	Entstehungsgeschichte .....	113
(a)	Vorentwürfe zu § 10 UWG.....	113
(b)	Die Entwürfe im Gesetzgebungsverfahren.....	115
b)	Dogmatische Abgrenzungen .....	116
(1)	Bereicherungsrecht.....	117
(2)	Schadensersatzanspruch .....	120
(3)	Fremdgeschäftsführung.....	123
(4)	Sonstiges.....	126
(5)	Anspruch sui generis .....	126
(6)	Stellungnahme und Folgerungen .....	127
2.	Die kartellrechtliche Vorteilsabschöpfung durch Wirtschaftsverbände.....	130
a)	Hintergrund und Entstehungsgeschichte.....	131
b)	Praktikabilitätsbedenken .....	133
D.	Zusammenfassung Kapitel II.....	136
<b>Kapitel III. Strukturvergleich.....</b>		<b>141</b>
A.	Normzwecke .....	143
1.	Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung .....	145
2.	Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen .....	147
3.	Privatrechtliche Vorteilsabschöpfung und Schadensersatz im GWB.....	150
4.	Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG.....	151
a)	Verbraucher- und Mitbewerberschutz .....	152
b)	Vermögensordnende Neutralisierung von Marktversagen und Durchsetzungsdefiziten.....	153
c)	Prävention, Strafe und Sanktion.....	156
(1)	Prävention und Präventionsausfall.....	156
(2)	Sanktion und Strafe .....	160
(3)	Prävention und Strafe .....	164
5.	Zusammenfassung und Fazit .....	170
B.	Aktivlegitimierter und Perzipient .....	173
1.	Aktivlegitimation des Verletzten.....	173
2.	Aktivlegitimation der Verbände im Wettbewerbsrecht.....	176
3.	Bundshaushalt als Zahlungsempfänger nach § 10 Abs. 1 UWG.....	180

C.	Besonderheiten auf objektiver Tatbestandsebene .....	183
1.	Anwendungsfälle der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung in Theorie und Praxis .....	184
2.	Schadenserfordernis bei der Verletzergeinnherausgabe .....	186
3.	Schwere des Eingriffs bei der Geldentschädigung .....	189
D.	Verschuldensmaßstab .....	191
1.	Der Verschuldensmaßstab bei der dritten Schadensberechnungsart im Immaterialgüterrecht .....	191
a)	Der Fahrlässigkeitsbegriff in Urheberrecht und gewerblichem Rechtsschutz .....	191
(1)	Einfache Fahrlässigkeit .....	192
(2)	Grobe Fahrlässigkeit .....	193
b)	Richterliches Reduktionsermessen in Fällen leichter Fahrlässigkeit? .....	194
2.	Das Verschulden im Rahmen der Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen .....	195
3.	Das Vorsatzerfordernis in § 10 Abs. 1 UWG .....	197
a)	Historie .....	197
b)	Bewertungen des Vorsatzerfordernisses .....	199
(1)	Abwägung von Unternehmer- gegen Verbraucherinteressen .....	200
(2)	Praktikabilitätserwägungen .....	201
c)	Zivilrechtliches Vorsatzverständnis im Lauterkeitsrecht .....	203
(1)	Fahrlässigkeit im Lauterkeitsrecht .....	204
(2)	Grundsätzliche Anforderungen an den Vorsatz .....	206
(3)	Einzelheiten zum Vorsatzerfordernis in § 10 Abs. 1 UWG .....	208
(a)	Kenntnis der Tatumstände .....	210
(b)	Bewusstsein der Unlauterkeit .....	210
(c)	Fazit .....	211
4.	Nachweis der Vorsätzlichkeit bei § 10 UWG .....	212
a)	Indizien .....	213
(1)	Allgemeines .....	213
(2)	Indizwirkung von Abmahnung und einstweiliger Verfügung .....	215
(3)	Beurteilung nach rechtlicher Beratung .....	217
b)	Anscheinsbeweis und Beweislastumkehr .....	219
5.	Vorsatzerfordernis in den ersten Gerichtsentscheidungen zu § 10 UWG .....	220
a)	Test-Werbung .....	221
b)	„Kostenfallen“ im Internet .....	223
c)	Umgehung des LFBFG durch EU-Import .....	226
6.	Zusammenfassung und Bewertung .....	227



E. Gewinnbegriff und Gewinnberechnung.....	231
1. Grundsätzliche Geltung der Ermittlungsprinzipien zur dritten Schadensberechnungsart für § 10 Abs. 1 UWG .....	232
2. Grundlagen des Gewinnbegriffs .....	233
3. Gewinn als objektive Voraussetzung für die Abschöpfung nach § 10 UWG.....	234
4. Umsatzerlöse als pagatorische Einnahmen.....	237
a) Keine Berücksichtigung von Steuerabzügen .....	237
b) Weitergehende Effekte.....	238
5. Kostenabzug.....	239
a) Gemeinkostenanteil und Teilkostenmethode im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung .....	240
(1)Gemeinkostenanteil-Entscheidung des BGH.....	241
(2)Vollkosten- und Teilkostenmethode .....	242
(3)Kritik .....	243
(a) Wertungsfragen.....	244
(b) Systematische Kritik .....	246
(c) Fragen zu Auslegung und Praxis .....	248
(4)Wertung zugunsten des Verletzten .....	251
(5)Kostenabzug und Verursachungsgedanke .....	253
(6)Dogmatische Aspekte.....	255
(7)Ausblick .....	257
b) Kostenabzug bei § 10 Abs. 1 UWG.....	258
(1)Gesetzgeberische Anlehnung an die Grundsätze aus dem Immaterialgüterrecht.....	259
(2)Kritik .....	260
(3)Umsetzung der Gemeinkostenanteil-Grundsätze für § 10 Abs. 1 UWG .....	261
(a) Unterschiedliche Anknüpfungsgegenstände.....	262
(b) Kostenarten .....	264
(i) Allgemeines .....	265
(ii) Handels- und Dienstleistungssektor .....	267
(iii) Kosten der unlauteren Werbemaßnahme.....	267
(iv) Folgekosten und Sonstiges.....	269
c) Zusammenfassung.....	270
6. Haftungsausfüllende Kausalität.....	271
a) Kausalitätserfordernis im Rahmen der dritten Schadensberechnungsart .....	272
(1)Allgemeine Grundsätze.....	272
(2)Gewichtung von Verursachungsfaktoren vor und nach der Gemeinkostenanteil-Entscheidung .....	273
(3)Keine doppelte Berücksichtigung von Verursachungsanteilen .....	276
(4)Rechtmäßiges Alternativverhalten .....	278

(5)Mittelbare Gewinne .....	281
(6)Zusammenfassung .....	282
b) Anforderungen an den Zusammenhang zwischen Zuwiderhandlung und Unrechtsgewinn im Rahmen des § 10 UWG .....	283
(1)Ansatz einer Gesamtbetrachtung nach Goldmann und Micklitz .....	284
(2)Unmittelbarkeitszusammenhang oder Adäquanz.....	288
(3)Grundprobleme und Fallgruppen zur Ermittlung des kausalen Unlauterkeitsergebnisses .....	289
(4)„Lauteres Alternativverhalten“ und Unlauterkeitsanteil.....	292
(a) Übersicht Meinungsstand .....	292
(b) Kein Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens .....	294
(c) Gewinn- oder Mehrerlösabschöpfung.....	296
(d) Präventionsaspekte .....	297
(e) Stellungnahme .....	299
(5)Zwischenergebnis.....	302
c) Übertragbarkeit der Grundsätze zur Berücksichtigung von Verursachungsanteilen aus dem Immaterialgüterrecht auf § 10 Abs. 1 UWG.....	302
(1)Relevanz der Strukturunterschiede für die lauterkeitsrechtlichen Fallgruppen .....	306
(2)Vergleichbare Fragestellungen in Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht.....	309
(a) Verursachungsanteile bei Kennzeichenrechtsverletzungen.....	309
(b) Berücksichtigung zusätzlicher Verursachungsfaktoren auch bei den klassischen Immaterialgüterrechten.....	313
(c) Gewinnfördernde Auswirkungen verletzender auf nicht-verletzende Elemente .....	315
(3)Erste Folgerungen für die Kausalitätsprüfung bei § 10 UWG.....	316
d) Zusammenfassung und Fazit.....	318
7. Exkurs: Gewinnermittlung im Persönlichkeitsrechtsschutz und Kartellrecht .....	321
a) Berücksichtigung des Verletzererlöses bei der Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen .....	321
b) Bestimmung des abzuschöpfenden Vorteils nach §§ 34, 34a GWB.....	323
c) Berücksichtigung des Kartellerlöses in § 33 Abs. 3 S. 3 GWB.....	325
d) Zusammenfassung .....	328
8. Nachrangigkeit der Gewinnabschöpfung .....	328
a) Grundlegendes zu § 10 Abs. 2 UWG.....	329

b)	Nachrangigkeit und Normzweck .....	331
c)	Anrechnung von Schadensersatzzahlungen .....	333
d)	Verhältnis zu Geldstrafen und Geldbußen .....	334
(1)	Kritik an der Anrechnungsfähigkeit von Geldstrafen und Geldbußen.....	334
(2)	Präventionswirkung des Strafverfahrens nicht beeinträchtigt .....	336
(3)	Kongruenz von Anrechnungsregelung und Normzweck .....	336
(4)	Keine Analogie zu hoheitlichen Abschöpfungsregelungen .....	338
(5)	Keine Anrechnungseinschränkungen auch unter Berücksichtigung der §§ 34, 34a GWB .....	338
e)	Verhältnis zu den strafrechtlichen Verfallsvorschriften .....	340
(1)	Gewinnabschöpfung als lex specialis? .....	341
(2)	Verfall als stärkeres Präventionsinstrument.....	341
(3)	Ergebnis: Vorrang des Verfalls auch nach der Rechtsprechung .....	342
f)	Verhältnis zu §§ 34, 34a GWB .....	343
g)	Vertragsstrafen, Ordnungsgelder und Abmahngebühren .....	343
h)	Zusammenfassung.....	345
9.	Beweislast und Beweiserleichterungen bei der Gewinnermittlung.....	346
a)	Grundsätze.....	347
b)	Vorliegen eines Gewinns als objektives Tatbestandsmerkmal .....	348
c)	Höhe des Gewinns.....	349
(1)	Kostenabzug .....	350
(2)	Verursachungsanteile .....	350
(a)	Anscheinsbeweis .....	351
(b)	Richterliche Schätzung .....	353
(c)	Keine Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität .....	356
d)	Zusammenfassung.....	358
10.	Auskunftsanspruch zur Gewinnberechnung.....	360
a)	Voraussetzungen .....	361
b)	Inhalt.....	363
(1)	Grundsätzlicher Umfang von Auskunft und Rechnungslegung .....	363
(2)	Mögliche Auswirkungen der Gemeinkostenanteil-Entscheidung.....	366
(3)	Erforderlicher Umfang der Auskunft in Fällen richterlicher Schätzung.....	367
(a)	Einschränkung der Auskunftspflicht nach der Rechtsprechung des BGH zum Verletzerge- winn .....	367

(b) Keine Übertragung der Einschränkung auf § 10 UWG .....	368
(c) Ergebnis.....	369
11. Zusammenfassung, erste Thesen und Ausblick zur Gewinnberechnung.....	370
F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ aus § 10 Abs. 1 UWG.....	375
1. Streuschäden .....	375
2. „Zu Lasten“ .....	378
a) Entwicklung.....	379
b) Kernproblem: Zusammenhang zwischen Unlauterkeitsgewinn und Beeinträchtigung der Abnehmer .....	381
(1) Auslegung der Gesetzesmaterialien .....	382
(2) Problematische Fallgruppen .....	384
c) Auslegungsansätze .....	386
(1) Verzicht auf Vermögensbezug .....	387
(2) Berücksichtigung nur von vermögensbezogenen Beeinträchtigungen.....	390
(3) Erste Rechtsprechung .....	394
d) „Zu Lasten“ und Gewinnberechnung.....	395
e) Stellungnahme .....	398
(1) Normzweck als Auslegungsmaßstab.....	398
(2) Unlauteres Direktmarketing als „Härtetest“ für den Tatbestand des § 10 Abs. 1 UWG? .....	401
(3) Zwischenergebnis.....	403
3. „Abnehmer“ .....	406
a) Wortlaut und Auslegung zu § 34a Abs. 1 GWB.....	406
b) Meinungsstand zu § 10 Abs. 1 UWG.....	407
(1) Unmittelbarer Vertragspartner .....	408
(2) Jeder benachteiligte Marktteilnehmer einer nachgelagerten Marktstufe .....	409
c) Stellungnahme .....	410
(1) Weites Verständnis nach gesetzgeberischer Wertung .....	411
(2) Keine Abhängigkeit von der Art des Vertriebssystems .....	412
(3) Keine erhebliche Mehrbelastung für den Zuwiderhandelnden .....	413
d) Zwischenergebnis.....	415
4. „Vielzahl“ .....	416
5. Nachweis.....	419
6. Zusammenfassung.....	421
G. Passivlegitimation .....	424

1. Grundsätzliches.....	424
2. Mehrheit von Tätern und Verletzerkette .....	424
a) Mehrere Täter.....	425
b) Sonderfall: Haftung in der Verletzerkette.....	426
(1)Keine Verletzerkettenproblematik bei § 10 UWG.....	427
(2)Verletzerkette und Regelungszweck der Verletzergewinnherausgabe .....	428
(3)BGH-Entscheidung Tripp-Trapp-Stuhl.....	432
(4)Bewertung .....	435
3. Zurechnungsfragen .....	435
a) Organhaftung nach § 31 BGB.....	436
b) Haftung des Geschäftsherrn nach § 831 BGB .....	437
(1)Verschulden beim Geschäftsherrn .....	438
(2)Verschulden beim Verrichtungsgehilfen .....	440
H. Verfahren .....	442
1. Klagearten.....	442
2. Verjährung und prozessuale Besonderheiten bei § 10 UWG.....	443
I. Ergebnis Kapitel III.....	446

## **Kapitel IV. Wirksamkeit und Verhältnismäßigkeit des § 10 UWG..... 451**

A. Verhältnismäßigkeit und Effektivität als Maßgaben für die privatrechtliche Gewinnabschöpfung .....	453
1. Notwendiges Korrektiv des Durchsetzungsanliegens .....	454
2. Verhältnismäßigkeit und zivilrechtliches Übermaßverbot.....	456
3. Verhältnismäßigkeit und ökonomische Perspektive .....	458
a) Prävention und Anreizsysteme .....	459
b) Vorsorgekosten und Verletzungskosten .....	461
c) Grenzen der ökonomischen Betrachtung.....	462
4. Zusammenfassung und weiterer Gang der Untersuchung.....	465
B. Legitimer Normzweck und weitere relevante Interessen .....	468
1. Prävention als führender Normzweck .....	468
2. Legitimität und Reichweite des Präventionsziels.....	469
a) Bestehende präventionsausgerichtete Ansprüche .....	469
b) Präventionsbedürfnis im Lauterkeitsrecht .....	471
c) Keine engeren Grenzen legitimer Prävention bei reinen Verhaltensanordnungen .....	472
3. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben .....	474
4. Sonstige abwägungsrelevante Schutzzwecke und Interessen .....	476
a) Verbraucherschutz.....	476
b) Schutz des Zuwiderhandelnden .....	477
c) Innovation, Wettbewerbsfreiheit und Lauterkeit des Wettbewerbs.....	479

5. Zusammenfassung.....	481
C. Eingeschränkte Geeignetheit des § 10 UWG zur Umsetzung des Präventionsziels.....	483
1. Geeignetheit eines Abschöpfungsanspruchs.....	483
2. Beschränkter Zielbeitrag.....	485
3. Gründe für die eingeschränkte Geeignetheit .....	488
a) Vorsatzerfordernis .....	489
b) Ermittlung des abzuschöpfenden Gewinns .....	490
c) Risiken und mangelnde wirtschaftliche Durchsetzungsanreize auf Seiten der Verbände .....	491
4. Zusammenfassung.....	493
D. Erforderlichkeit einer privatrechtlichen Gewinnabschöpfung.....	494
1. „Regelungsexterne“ Alternativen .....	495
a) Stärkung von Individualansprüchen.....	495
b) Gruppenklagen .....	496
c) Kriminalstrafe.....	498
d) Behördliche Rechtsdurchsetzung .....	500
2. Zusammenfassung.....	504
E. Normwirkung, Normcharakter und Angemessenheit des § 10 UWG ...	506
1. Normwirkung und Pönalität.....	506
a) Strafcharakter ohne ausdrückliche gesetzgeberische Intention?..	508
b) Pönalität durch Überkompensation? .....	510
c) Prävention durch vergangenheitsbezogene Ansprüche?.....	511
d) Keine Zufügung eines „zusätzlichen Übels“ .....	512
e) Anrechnungsregelung des § 10 Abs. 2 UWG .....	515
f) Zwischenergebnis.....	516
2. Vereinbarkeit mit übergeordneten Rechtsprinzipien .....	517
a) Staatliches Strafmonopol.....	518
b) Grundsatz des „ne bis in idem“ .....	520
c) Ordre Public .....	520
3. Zusammenfassung und Angemessenheitsprüfung.....	521
F. Ergebnis Kapitel IV .....	525
<b>Kapitel V. Möglichkeiten und Grenzen einer Nachbesserung des § 10 UWG .....</b>	<b>527</b>
A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandparameter.....	529
1. Verschuldensmaßstab als vorläufige Ausgangsgröße .....	529
2. Verschulden .....	530
a) Exkurs: Angemessenheit des Verschuldensmaßstabs der dritten Schadensberechnungsart.....	531
(1)Hoher Sorgfaltsmaßstab .....	532

(2)Erweiterter Eingriffsgehalt.....	533
(3)Abwägung von Prävention und Innovationsschutz.....	534
(4)Zum Vorschlag des Strafzuschlags bei vorsätzlichen Verletzungen.....	535
(5)Konsequenz: Anhebung der Verschuldensanforderungen oder Flexibilisierung der Rechtsfolge? .....	536
b) Grundsätzliche Aspekte zum Verschuldensmaßstab in § 10 UWG de lege ferenda.....	538
(1)Materiellrechtliche Wertung entscheidend .....	539
(2)Modell einer verschuldensunabhängigen Gewinnabschöpfung.....	541
(3)Gewinnabschöpfung ab einfacher Fahrlässigkeit?.....	544
(4)Gewinnabschöpfung ab grober Fahrlässigkeit? .....	547
(5)Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses? .....	552
(6)Zur effektiven Verhaltenssteuerung bei Vorsatztaten.....	554
(a) Nachweisschwierigkeiten und Sanktionsdefizit .....	555
(b) Erfordernis eines Präventionsaufschlags bei Vorsatztaten.....	556
(c) Abhängigkeit der Präventionswirkung von der Sanktionierungswahrscheinlichkeit .....	557
(7)Zwischenergebnis.....	559
c) Beweiserleichterungen für § 10 UWG?.....	561
d) Ergebnis.....	564
3. Gewinnermittlung.....	567
a) Kausalität.....	568
(1)Fallgruppen.....	568
(2)Aufgabe des strengen Kausalitätserfordernisses.....	570
(a) Gefahr der Pönalisierung .....	570
(b) Abhängigkeit der Rechtsfolge von der Tatfolge.....	571
(c) Weitere systematische Bedenken.....	573
(d) Zwischenergebnis.....	573
(3)Beweislastumkehr .....	574
(a) Möglicher Nutzen einer Beweislastumkehr.....	575
(b) Gefahr der Entwertung des materiellen Kausalitätserfordernisses .....	576
(c) Zwischenergebnis.....	578
(4)Richterliche Schätzung und Auskunftsanspruch .....	578
b) Bruttoerlösabschöpfung .....	580
(1)Berechnungsprobleme bei der früheren Verfallsregelung.....	581
(2)Systematische Diskussion .....	582

(3) Umsatzabschöpfung im Lichte von Normzweck und Normwirkung .....	585
(4) Keine Lösung für problematische Fallgruppen .....	589
c) Vorteilsabschöpfung .....	590
d) Wahlrecht zwischen alternativen Berechnungsformen .....	591
(1) Keine hinreichende Grundlage für eine unwiderlegliche Vermutung .....	592
(2) Keine Praktikabilitätsvorteile für den Großteil der problematischen Fallgruppen .....	593
(3) Ergebnis: Sinnvolle Anwendung höchstens für Fälle von Lockangeboten .....	594
e) Schätzungsbefugnis und Auskunftsanspruch .....	595
4. Zusammenhang zwischen Abnehmernachteilen und Unrechtsgewinn .....	596
a) Verzicht auf das Erfordernis wirtschaftlicher Schlechterstellung .....	596
b) Präventionsbedarf unabhängig vom Schadenseinschlag .....	597
c) Ergebnis .....	599
5. Anspruchsbegünstigter .....	600
a) Anreizdefizit und altruistische Bestrafung .....	600
b) Prozess- und Kostenrisiko .....	602
c) Missbrauchsgefahr .....	604
d) Änderungsvorschläge .....	606
(1) Verband als Zahlungsempfänger .....	606
(2) Fonds- oder Stiftungslösung .....	607
(3) Zweckgebundene Verwendung im Bundeshaushalt .....	608
(4) Streichung der Erstattungsbeschränkung .....	608
e) Abwägung .....	609
(1) Keine materielle Zuordnung der Abschöpfungserträge an Verbände oder Abnehmer .....	609
(2) Stärkung der Verbände als rechtspolitisches Signal? .....	610
(3) Wirtschaftlicher Anreiz und Anreizverzerrung .....	611
(4) Risikoausgleich für die Verbände .....	613
6. Zusammenfassung und Feinabstimmung der Regelungsalternativen .....	615
a) Keine zwingende gesetzgeberische Wertung im Sinne des Vorsatzerfordernisses .....	615
b) Verhältnismäßige und effektivere Verhaltenssteuerung bei Öffnung für grob fahrlässige Zuwiderhandlungen .....	616
c) Änderung des Merkmals „zu Lasten“ und Normierung des Auskunftsanspruchs .....	618



d) Unabhängigkeit der Verschuldensvoraussetzungen von einer vorhergehenden Abmahnung .....	619
e) Ergebnis.....	620
B. Verbleibende Fragen.....	621
1. Denkbare gesetzliche Sonderlösungen für einzelne Fallgruppen.....	621
2. Abgrenzung von Verursachungsanteilen als grundlegendes Effektivitätshemmnis .....	622
3. Erfordernis einer weiteren Analyse zu Effizienz und Gewichtung des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht .....	624
4. Effektivitätsgewinn durch ergänzenden Bußgeldtatbestand?.....	626
a) Grenzen effektiver zivilrechtlicher Durchsetzung im Lauterkeitsrecht.....	627
b) Modell eines Bußgeldtatbestands neben der Gewinnabschöpfung.....	630
c) Möglichkeiten der Ausgestaltung .....	633
5. Offene Fragen zur Tatbestandsgestaltung eines neuen Gewinnabschöpfungsanspruchs .....	634
C. Fazit.....	638
<b>Kapitel VI. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.....</b>	<b>642</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>655</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
abgedr.	abgedruckt
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfP	Archiv für Presserecht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Ausschussdrucks.	Ausschussdrucksache
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
Corp.	Corporation
CR	Computer und Recht
d.	der/die/des
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
DJT	Deutscher Juristentag
Dok.	Dokument
DRM	Digital Rights Management

e.V.	eingetragener Verein
EG	Europäische Gemeinschaften
EGV	EG-Vertrag
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
et. al.	et alii (und andere)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
gem.	gemäß
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
GeschmMG	Geschmacksmustergesetz
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Großkomm	Großkommentar
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
Halbbd.	Halbband
HalblSchG	Halbleiterschutzgesetz
Herv.	Hervorhebung
HGB	Handelsgesetzbuch
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
i.E.	im Ergebnis
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
Inc.	Incorporated
insb.	insbesondere
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit

Jnl.	Journal
JR	Juristische Rundschau
JurPC	Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation und Recht
Kap.	Kapitel
KartellR	Kartellrecht
KG	Kammergericht
KK	Karlsruher Kommentar
krit.	kritisch
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
lat.	lateinisch
LG	Landgericht
m. Anm.	mit Anmerkung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MarkenG	Markengesetz
Mitt.	Mitteilungen der Deutschen Patentanwälte
MMR	Multimedia und Recht
MüKo	Münchener Kommentar
n.F.	neue Fassung
n.v.	nicht veröffentlicht
Nachw.	Nachweis(e)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz gegen Ordnungswidrigkeiten
PatG	Patentgesetz
ProfE	Professorenentwurf
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RefE	Referentenentwurf
RefE UWG	Referentenentwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 23.1.2003
RegE	Regierungsentwurf
RegE AWG/StGBÄG	Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 10.9.1991

RegE GWB	Regierungsentwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12.8.2004
RegE GWB[1980]	Regierungsentwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.9.1978
RegE TelVertrÄndG	Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 31.10.2008
RegE-Rechtsdurchsetzung	Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.4.2007
RegE UWG	Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22.8.2003
RegE 1.UWGÄndG	Regierungsentwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 20.8.2008
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite/ Satz
SchuldR	Schuldrecht
Sec.	Section
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz
SortSchG	Sortenschutzgesetz
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
u.a.	unter anderem/ und andere(s)
U.S.	United States
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UrhR	Urheberrecht
UrhWG	Urheberrechtswahrnehmungsgesetz
Urt.	Urteil
USA	United States of America
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von/vom

v.a.	vor allem
Verf.	Verfasserin
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
vs.	versus
VuR	Verbraucher und Recht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
vzbv	Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E BGH	WuW- Entscheidungssammlung zum Kartellrecht BGH
WuW/E DE-R	WuW- Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, Deutschland Rechtsprechung
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZADR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGE/IPJ	Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschafts recht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht- Rechtsprechungsdienst
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozessrecht

Nicht mehr gültige Gesetzesfassungen werden mit Jahreszahl in eckiger Klammer zitiert, z.B. § 31 PatG [1877].

# Kapitel I. Einleitung

## A. Fragestellung

Als der Gesetzgeber mit der am 8. Juli 2004 nach jahrelangem Ringen um eine Modernisierung des Lauterkeitsrechts in Kraft getretenen UWG-Novelle<sup>1</sup> den zu diesem Zeitpunkt neuartigen und vielumstrittenen Anspruch auf Gewinnabschöpfung in § 10 UWG einführte, stellte sich dieser gleichsam als Vorreiter oder „Prototyp“<sup>2</sup> einer neuen rechtspolitischen Tendenz „echter“ zivilrechtlicher Gewinnabschöpfungsansprüche dar, die sich in ihrer Rechtsfolge direkt auf die Abschöpfung zu Unrecht erzielter Gewinne richten, als Verbandsansprüche aber nicht den klassischen Zweierkonstellationen entsprechen.<sup>3</sup> Der Gesetzgeber versteht sie als Instrumente wirksamer zivilrechtlicher Abschreckung,<sup>4</sup> im Falle des § 10 UWG insbesondere im Sinne des Verbraucherschutzes.<sup>5</sup>

Anders als etwa beim Gewinnherausgabeanspruch als dritte Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht, wo der Präventionsgedanke nach heutiger Rechtsprechung ebenfalls eine eigene Betonung gefunden hat, liegt den unmittelbare auf Abschöpfung ausgerichteten Ansprüchen dabei ein Kompensationsmodell überhaupt nicht mehr zugrunde. Der lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch ermöglicht es vielmehr erstmals bestimmten, in § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG aufgeführten Verbänden und Institutionen, im Falle eines vorsätzlichen Verstoßes gegen § 3 UWG vom Rechtsverletzer die Herausgabe desjenigen Gewinns an den Bundeshaushalt zu verlangen, der mit dem Verstoß zu

---

<sup>1</sup> Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), BGBl I 2004, S. 1414 ff.; s. hierzu den Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (RegE UWG) vom 22.8.2003, BT-Drucks. 15/1487.

<sup>2</sup> *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 290; vgl. auch v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 100.

<sup>3</sup> Vgl. insbesondere die kurz darauf folgende Schwestervorschrift des § 34a GWB sowie zur Diskussion über die Einführung einer Gewinnabschöpfungsregelung im Kapitalmarktrecht *Veil* ZGR 2005, 155, 184 ff; zum Transfer der Konzeption der § 10 UWG, § 34a GWB in das Kapitalmarktrecht ausführlich *Binninger*, Gewinnabschöpfung als kapitalmarktrechtliche Sanktion, S. 256 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Begr. zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (Begr. RegE UWG) vom 22.8.2003, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; Begr. zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Begr. RegE GWB) vom 12.8.2004, BT-Drucks. 15/3640, S. 2, 56.

<sup>5</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 13; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 4; *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 9 m.w.N.; *Köhler* GRUR 2003, 265.

Lasten einer Vielzahl von Abnehmern erzielt wurde. Nach mehr als sechs Jahren Praxiserprobung droht sich dieser schon im Vorfeld hoch umstrittene und von seinen Gegnern als geradezu bedrohlich<sup>6</sup> bis verfassungswidrig<sup>7</sup> abgelehnte Anspruch nun jedoch als genau der zahnlose „Papiertiger“<sup>8</sup> zu erweisen, zu dem ihn andere Teile der Literatur hatten verkommen sehen.<sup>9</sup>

### 1. Hintergrund der Untersuchung

Die Entstehung des Gewinnabschöpfungsanspruchs im UWG ist kein isoliert zu betrachtendes Phänomen. Vielmehr haben sich Rechtswissenschaft und Gesetzgeber in den letzten Jahren insgesamt zunehmend mit Fragen der Besonderheiten von Rechtsfolgen und Rechtsdurchsetzung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts sowie des Wettbewerbsrechts beschäftigt.<sup>10</sup> Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass wirksamer Rechtsschutz nicht nur an den materiellen Voraussetzungen der Schutznormen, sondern vielmehr an deren Zusammenspiel mit den Möglichkeiten einer effizienten Rechtsverfolgung zu messen ist. Entsprechend betont auch das Gemeinschaftsrecht stets das Erfordernis „wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender“ Sanktionen<sup>11</sup> ge-

---

<sup>6</sup> So etwa „offenkundige Bedrohung von Werbeaktivitäten“, *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42 f; die Gefahr unzumutbarer Belastungen für die Wirtschaft durch aus sachfremden Motiven agierende Verbände beschwört auch *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 17; einen ausführlichen Überblick über den Streitstand gibt *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 105 ff.

<sup>7</sup> Vgl. *Sack* WRP 2003, 549, 552, 558; auch hierzu ausführlich *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 131 ff. sowie noch unten Kap. IV. E. 1., 2.

<sup>8</sup> So das seither häufig bemühte Zitat von *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 562.

<sup>9</sup> Zu Recht weist in diesem Zusammenhang *Goldmann* darauf hin, dass die besonders heftigen Auseinandersetzungen über Impraktikabilität oder Pönalität im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens teilweise auch deutlich interessengebundenen Bemühungen entstammten und daher zumindest teilweise mit einer gewissen Zurückhaltung zu interpretieren seien; vgl. *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 5.

<sup>10</sup> Für die Wissenschaft seien außerhalb der Diskussion im Rahmen der UWG-Novelle beispielhaft genannt *Dreier*, Kompensation und Prävention, 2002; *ders.* GRUR Int 2004, 706 ff.; *ders.* bereits GRUR Int 1996, 205 ff.; *Kur* FS Kollé/Stauder 2005, S. 365; *Haedicke* GRUR 2005, 529; vgl. bereits *Kraßer* GRUR Int 1980, 259; *Schricker* GRUR 1979, 1, 4 ff.; auf europäische Ebene sei für das Immaterialgüterrecht verwiesen auf die Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (*Enforcement-Richtlinie*), ABl. EU Nr. L 195 vom 2.6.2004 (berichtigte Fassung), S. 16 ff.

<sup>11</sup> Hergeleitet aus Art. 10 EGV, vgl. EuGH vom 2.9.1989, Rs. C-68/88, Slg. 1989, 2965, Rn. 24 – *Kommission/Griechenland*; aus dem Sekundärrecht vgl. Art. 13 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl.



genüber Verstößen gegen europarechtliche Bestimmungen, ohne hierbei im Übrigen zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Rechtsverfolgung zu unterscheiden.<sup>12</sup>

Im nationalen Recht haben Gesetzgeber und Kommentatoren die Entwicklung und Praxis der Rechtsdurchsetzung insbesondere in Form der Verletzergewinnhaftung im Immaterialgüterrecht,<sup>13</sup> aber auch der am Verletzergewinn orientierten Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Medien,<sup>14</sup> immer wieder als Beleg sowohl für die Legitimität als auch für die Praktikabilität eines privatrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs im Lauterkeitsrecht herangezogen.<sup>15</sup> Angesichts zum Teil ähnlicher Problemstellungen etwa bei der Gewinnermittlung liegt dies zunächst auch nahe.<sup>16</sup> So wurde und wird etwa Bedenken gegen die Praktikabilität der Gewinnermittlung nach § 10 Abs. 1 UWG mit Hinweisen auf die entsprechende Praxis bei der dreifachen Schadensberechnung begegnet,<sup>17</sup> und in der Gesetzesbegründung zur UWG-Novelle wurden zur Definition des abzuschöpfenden Gewinns die entsprechenden Grundsätze aus der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung des BGH zum Gewinnherausgabeanspruch aus dem Geschmacksmusterrecht übernommen.<sup>18</sup> Im Zuge der Umsetzung der *Enforcement*-Richtlinie in das deutsche Immaterialgüterrecht erfolgten inzwischen die ersten Verweisungen in umge-

---

EU Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22, 31; Art. 3 Abs. 2 der *Enforcement*-Richtlinie (oben Fn. 10), ABl. EU Nr. L 195 vom 2.6.2004, S. 16, 20; zur Einführung des Präventionsgedankens in die Sanktionen des Immaterialgüterrechts durch das Gemeinschaftsrecht vgl. bereits *Dreier* ZUM 2002, 28, 40.

<sup>12</sup> Zur grundsätzlichen Prämisse einer funktionellen Äquivalenz von Sanktionsinstrumenten öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Art im Gemeinschaftsrecht vgl. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 93 m.w.N.

<sup>13</sup> Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren zur Novellierung des UWG, RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 43; *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 55 ff.; *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 284; *Schaub* GRUR 2005, 918.

<sup>14</sup> Vgl. etwa *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 284.

<sup>15</sup> Insbesondere zur Legitimität von Präventionszwecken im Zivilrecht, vgl. dazu etwa *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 119 ff. sowie noch unten Kap. IV. B. 2; hinsichtlich der Fragen von Praktikabilität und Auslegung s. Nachw. sogleich unter Fn. 17 f.

<sup>16</sup> In diesem Sinne auch *Schaub* GRUR 2005, 918.

<sup>17</sup> Vgl. die Gegenäußerung der Bundesregierung RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 43; *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 55 ff.; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 99 a.E.; zum Umfang des Auskunftsanspruchs und zur richterlichen Schätzung *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 295 f., 306 ff.

<sup>18</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; vgl. BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

kehrter Richtung.<sup>19</sup> Soweit ersichtlich ist eine systematisierte und kritische Gegenüberstellung dieser Rechtsinstitute bislang allerdings nur im Ansatz vorgenommen worden.<sup>20</sup>

### 2. Ausgangsfrage

Es fällt nach den ersten Jahren der Praxiserprobung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung ein starkes Ungleichgewicht auf: Während die „gewachsenen“ Ansprüche auf Herausgabe des Verletzergewinns im Immaterialgüterrecht gerade nach der Aufwertung dieser Schadensersatzform durch die *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung des BGH<sup>21</sup> eine neue Aufmerksamkeit erleben,<sup>22</sup> zumindest in der Praxis etabliert sind, wirken die Erfahrungen mit dem neuen Gewinnabschöpfungsanspruch im Großen und Ganzen ernüchternd. Ob das lauterkeitsrechtliche Rechtsfolgensystem mit § 10 UWG eine echte Bereicherung im Sinne wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Rechtsdurchsetzung erfahren hat, ist eher fraglich.

Daher soll im Verlauf der Untersuchung durch eine systematische Gegenüberstellung der unterschiedlichen Anspruchsarten anhand ihrer Normzwecke sowie bestimmender Tatbestands- und Rechtsfolgenelemente (im Einzelnen: Aktivlegitimation und Perzipient, Besonderheiten der objektiven Tatbestandsvorausset-

---

<sup>19</sup> So wird die Streichung der ausdrücklichen Regelung über den Rechnungslegungsanspruch beim Verletzergewinn aus § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG a.F. damit begründet, dass angesichts der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung dieses Anspruches bereits in der „vergleichbaren Konstellation“ des Gewinnabschöpfungsanspruches nach § 10 UWG auf eine solche ausdrückliche Regelung verzichtet worden sei, vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums (Begr. RegE-Rechtsdurchsetzung), BT-Drucks. 16/5048, S. 48.

<sup>20</sup> S. bisher die Besprechung des § 10 UWG im Kontext des Lauterkeits- und Immaterialgüterrechts durch *Schaub* GRUR 2005, 918 ff.; vgl. auch *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 284; etwas anderes gilt inzwischen allerdings für die Gegenüberstellung von lauterkeitsrechtlicher und kartellrechtlicher Abschöpfung, vgl. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, 2010; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, 2009; *Fehlemann*, Die Verfolgung von Streuschädigungen durch Abschöpfungsansprüche der Verbände im deutschen Lauterkeits- und Kartellrecht, 2009.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 2.11.2000, I ZR 246/98, abgedr. GRUR 2001, 329 ff. – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>22</sup> Auf mind.  $\frac{3}{4}$  schätzt *Grabinski* heute den Anteil der Verletzergewinnforderungen unter den Höheprozessen nach Patent- und Gebrauchsmusterverletzungen, vgl. *Grabinski* GRUR 2009, 260, 262; eine Aufwertung erwartet bereits *Zahn*, Verletzergewinn, S. 2; *Dreier* dagegen konstatiert, dass die Verletzergewinnherausgabe in der Häufigkeit der praktischen Anwendung hinter der Berechnungsart der Lizenzanalogie nach wie vor deutlich zurückbleibe, *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 61.

zungen, Verschuldensmaßstab, Gewinnbegriff und Gewinnberechnung, der Tatbestandteil „zu Lasten“ aus § 10 UWG und § 34a GWB, Passivlegitimation und prozessuale Fragen) zunächst dargestellt werden, wo die entscheidenden systematischen und inhaltlichen Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung und der Verletzergewinnhaftung im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung sowie anderer verwandter Institute liegen. Denn nur in Kenntnis und unter Berücksichtigung der Unterschiede und Parallelen in den entscheidenden Parametern des jeweiligen Rechtsinstituts kann – wenn überhaupt – ein Vergleich legitimerweise gezogen werden, können Rückschlüsse aus der Anwendung des einen Anspruchs zu echtem Erkenntnisgewinn bei der Auslegung und Bewertung des anderen führen. Insofern versteht sich die Untersuchung im ersten Schritt auch als Überprüfung der verbreiteten Annahme, dass sich die Fragen der praktischen Anwendung einer lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung mit denen insbesondere der dritten immaterialgüterrechtlichen Schadensberechnungsmethode problemlos vergleichen ließen.

Die so gewonnenen Erkenntnisse zu Normzweck und Tatbestandsauslegung des § 10 UWG bilden anschließend die Grundlage für die Bewertung der tatsächlichen Wirkungsweise, von Effektivität, Eingriffsgehalt und Verhältnismäßigkeit des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs *de lege lata* vor dem Hintergrund seines Normziels. Dabei spielt allerdings immer wieder auch der Vergleich zu ähnlichen Fragestellungen in den anderen Rechtsgebieten eine Rolle, etwa bei der Frage von Verhältnismäßigkeitsproblemen im Hinblick auf den jeweiligen Verschuldensmaßstab, die sich auch in weiten Teilen des Immaterialgüterrechts stellt.<sup>23</sup> Da § 10 UWG – wie auch die anderen hier behandelten, gewinnbezogenen Rechtsfolgen – konzeptionell nicht auf Gemeinschaftsrecht zu-

---

<sup>23</sup> Vgl. unten Kap. V. A. 2. a).

rückgeht,<sup>24</sup> sondern höchstens am allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Effektivitäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>25</sup> zu messen ist, bleiben dagegen europarechtliche Aspekte in der gesamten Untersuchung weitgehend außen vor.

Am Ende dieser Arbeit richtet sich der Blick auf die Zukunft des Gewinnabschöpfungsanspruchs und der Durchsetzung des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht: Da § 10 UWG ähnlich wie die kartellrechtliche Entsprechung in der Vorteilsabschöpfung des § 34a GWB in seiner konkreten tatbestandlichen Ausformung als zumindest unglücklich bezeichnet werden darf, soll überprüft werden, ob und für welche Fallgruppen eine alternative Ausgestaltung der privatrechtlichen Gewinnabschöpfung möglich ist, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeit und ohne zu ökonomisch unerwünschter Ineffizienz zu führen eine wirksame Verfolgung ihrer Normziele ermöglicht. Dabei sollen im Ergebnis auch die Grenzen einer effektiven Rechtsdurchsetzung durch einen Verbandsanspruch auf Gewinnabschöpfung für das Lauterkeitsrecht, insbesondere hinsichtlich der Belange des Verbraucherschutzes, aufgezeigt und auf ein denkbares alternatives Durchsetzungskonzept hingewiesen werden.

---

<sup>24</sup> Das Lauterkeitsrecht als deutsches Regelungssystem wird ohnehin vom Gemeinschaftsrecht – das ein eigenes Lauterkeitsrecht nicht kennt und kein einheitliches lauterkeitsrechtliches Konzept verfolgt – schon materiell immer nur in Teilbereichen beeinflusst, wie im Fall der Installierung des Verbraucherschutzes im UWG parallel zur Entstehung der Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken (s. oben Fn. 11), ABl. EU Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22 ff., vgl. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 80 ff. m.w.N. Auch die dreifache Schadensberechnung wurde aus dem nationalen Recht entwickelt. Zwar ist auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts die Vereinheitlichung der Rechtsdurchsetzung durch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der *Enforcement-Richtlinie* (s. oben Fn. 10) wesentlich weiter vorangeschritten, mit deren Umsetzung wurden aber Anpassungen des Schadensrechts insoweit nicht für notwendig erachtet, vgl. dazu noch unten Kap. II. B. 1. b) (3) (b).

<sup>25</sup> Vgl. oben Fn. 11); Art. 13 Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (ebenfalls oben Fn. 11), ABl. EU Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22, 31; Art. 3 Abs. 2 der *Enforcement-Richtlinie* (oben Fn. 10), ABl. EU Nr. L 195 vom 2.6.2004 (berichtigte Fassung), S. 16, 20.

## **B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes**

### **1. Vergleichsgegenstand**

Auf bestehende Rechtsdurchsetzungsdefizite kann der Gesetzgeber sowohl über eine Ausweitung hoheitlicher Aufsicht und Befugnisse als auch über eine Stärkung privatrechtlicher Durchsetzungsinstrumentarien reagieren. Die vorliegende Arbeit zieht als Vergleichsgegenstand zur Auslegung und Bewertung des § 10 UWG jedoch vorwiegend zivilrechtliche Rechtsinstitute heran.

#### **a) Vergleich mit privatrechtlichen Rechtsfolgen**

Bei der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts und des Immaterialgüterrechts nimmt sich der Staat im deutschen Rechtssystem grundsätzlich zurück;<sup>26</sup> dies gilt zumindest, soweit es die Rechtsdurchsetzung nach solchen Verletzungen betrifft, die nicht über ein bestimmtes Maß an Schwere und Wirkungsgrad hinausgehen.<sup>27</sup> Anders verhält es sich im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen, wo die behördliche Aufsicht herkömmlicherweise eine starke Rolle spielte und auch heute noch spielt. Wenn hier inzwischen eine Stärkung des vorhandenen privatrechtlichen Durchsetzungsinstrumentariums angestrebt wird, so ist dies eine neue Entwicklung, die gleichwohl eingebettet bleibt in ein auch von behördlichen Maßnahmen geprägtes Rechtsfolgensystem.<sup>28</sup>

Bei der Beschäftigung mit Durchsetzungsnormen und Rechtsfolgen im Immaterialgüterrecht fällt die Einbeziehung zumindest auch negativpräventiv geprägter, dabei zivilrechtlich ausgestalteter Rechtsfolgen als Besonderheit auf. Zurückzu-

---

<sup>26</sup> Zu dieser Entwicklung im Lauterkeitsrecht vgl. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 26 m.w.N.; zur begrenzten praktischen Relevanz des Strafrechts im Urheberrecht s. *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 106 Rn. 2; *Hildebrandt* in *Wandtke/Bullinger*, UrhR, § 106 Rn. 1, 4.

<sup>27</sup> Vgl. etwa die Tatbestände der §§ 16 ff. UWG; zu § 20 UWG vgl. aber noch unten Kap. IV. D. 1. d).

<sup>28</sup> Dies zeigt sich etwa an der Subsidiarität der dem Gewinnabschöpfungsanspruch in § 10 Abs. 1 UWG nachempfundenen Vorteilsabschöpfung durch Verbände gem. § 34a GWB gegenüber sowohl privaten Schadensersatzzahlungen, als auch der insoweit in der Praxis wohl dominierenden Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB; vgl. dazu *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 16; zum zweispurigen Sanktionensystem seit Schaffung des GWB auch *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 41; vgl. auch unten Kap. II. A. 5.

führen ist dies, wie im Rahmen dieser Untersuchung nur noch zusammenfassend dargestellt werden soll,<sup>29</sup> vor allem auf die spezifische Qualität der materiell umfassten Schutzgüter. Eine ähnliche Entwicklung hat der Gesetzgeber in jüngerer Zeit nun für den Bereich des Wettbewerbs angestoßen. Die – aus Sicht der hergebrachten deutschen Haftungssysteme betrachtet – exotischste Blüte hat die zunehmende präventiv-zivilrechtliche Ausrichtung mit der Gewinnhaftung getrieben, die entweder als Schadensberechnungsart oder wie der lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch als Abschöpfungsanspruch *sui generis* auftritt, oder die nur mittelbar mit einfließt, wenn Geldentschädigungen dafür sorgen sollen, dass Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch sogenannte Zwangskommerzialisierungen für den Verletzer nicht rentabel sind.

Die Entwicklung, die dieser fortschreitenden Betonung präventiver Aspekte im Zivilrecht zugrunde liegt, ist keine spezifisch deutsche: Anstoß gaben und geben in jüngerer Zeit vielmehr internationale Abkommen und Vereinbarungen. So sah Art. 45 Nr. 2 S. 2 des TRIPS-Abkommens<sup>30</sup> für die ratifizierenden Staaten die Möglichkeit vor, ihren Gerichten neben der Verhängung eigentlicher Schadensersatzansprüche die Einziehung von Unrechtsgewinnen aus Immaterialgutsverletzungen zu ermöglichen, und zwar bereits dann, wenn der Verletzer ohne Verschulden gehandelt hatte („*even where the infringer did not know or had no reasonable grounds to know*“). Darauf aufbauend folgten europäische Initiativen, insbesondere die sog. *Enforcement-Richtlinie*<sup>31</sup>, die sich auf europäischer Ebene der Frage der Rechtsdurchsetzung auf dem Gebiet des geistigen Eigentums angenommen hat. Mit dem Gesetz zur Verbesserung der

---

<sup>29</sup> S. vor allem die umfassende Erläuterung bei *Dreier*, Prävention und Kompensation, S. 60 ff. m. w. N.

<sup>30</sup> *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*: Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte am geistigen Eigentum, 1994 aufgenommen in das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen GATT, abgedr. GRUR Int 1994, 128 ff; vgl. dazu im Zusammenhang mit der Herausgabe des Verletzergewinns und der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung *Tilmann* GRUR 2003, 647 f.; im Zusammenhang mit § 10 UWG auch *Schaub* GRUR 2005, 918, 922.

<sup>31</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (berichtigte Fassung), Abl EU Nr. L 195 vom 2.6.2004, S. 16 ff.

Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums<sup>32</sup> hat der Gesetzgeber die Vorgaben der *Enforcement*- Richtlinie in das deutsche Immaterialgüterrecht umgesetzt.<sup>33</sup> Die *Enforcement*-Richtlinie trifft dabei keine Regelungen bezüglich des Lauterkeitsrechts, sie weist aber in Erwägungsgrund 13 auf die Möglichkeit der Mitgliedsstaaten hin, die Bestimmungen der Richtlinie insoweit auch auf Handlungen „auszuweiten“, die den unlauteren Wettbewerb betreffen.<sup>34</sup> Unmittelbar für das Lauterkeitsrecht ist auf europäischer Ebene insbesondere die „*unfair trade*“- oder auch „GPL“- Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken<sup>35</sup> von Belang. In Art. 13 der Richtlinie werden die Mitgliedsstaaten verpflichtet, für den Fall von Verstößen gegen die nationalen Umsetzungsvorschriften wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen zu schaffen und deren Durchsetzbarkeit zu gewährleisten.<sup>36</sup> In der Wahl der Mittel zur lauterkeitsrechtlichen Rechtsdurchsetzung bleibt den Mitgliedsstaaten damit wesentlich mehr Gestaltungsspielraum als im Bereich der Immaterialgüterrechte.<sup>37</sup>

### **b) Nur punktuelle Behandlung öffentlich-rechtlicher Abschöpfungsinstrumente**

Indem die vorliegende Arbeit die Verwandtschaft der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG vor allem zu anderen zivilrechtlichen, präventiv geprägten und auf Gewinnherausgabe gerichteten Rechtsfolgen untersucht, konzentriert sie sich bewusst auf nur eine Perspektive der Regelung. Auch die im deutschen Recht bereits vorher bestehenden, originären Abschöpfungs-

---

<sup>32</sup> Vom 7.7.2008, BGBl I 2008, S. 1191 ff.

<sup>33</sup> Zu Herausgabe des Verletzergewinns im deutschen Recht vor dem Hintergrund von Ausländischem, Internationalem und (damaligem) Gemeinschaftsrecht vgl. etwa *Tilmann* GRUR 2003, 647 f. m.w.N.

<sup>34</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Abl EU Nr. L 195 vom 2.6.2004, S. 16 f.

<sup>35</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. EU Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22 ff.

<sup>36</sup> Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005 (oben Fn. 11), ABl. Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22, 31.

<sup>37</sup> So auch *Schaub* GRUR 2005, 918, 922.

stitute straf- und ordnungsrechtlicher Ausgestaltung, wie etwa den Verfall nach §§ 73 ff. StGB, die Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs. 4 OWiG und diejenige nach § 34 Abs. 1 und § 81 Abs. 2 S. 1 GWB a.F., können durchaus wie bei *von Braunmühl* als „vergleichbare“ Regelungen betrachtet werden.<sup>38</sup> Insbesondere *Gärtner* stellt seiner Analyse des Gewinnabschöpfungsanspruchs ebenfalls eine systematische Darstellung bereits zuvor bestehender hoheitlicher<sup>39</sup> Abschöpfungsinstrumentarien voran,<sup>40</sup> aus deren Geschichte und Dogmatik er Folgerungen für die Auslegung des § 10 UWG ableitet.<sup>41</sup> Und tatsächlich ist die Idee einer Neutralisierung oder Einziehung von Unrechtsgewinnen im deutschen Recht eher aus der Tradition der staatlichen und behördlichen Abschöpfungsinstrumente des Straf- und Ordnungswidrigkeitsrechts bekannt. Dieser Gedanke der „Abschöpfung“ eines im Lager des Täters zuviel vorhandenen Vermögenswertes unterscheidet sich ganz maßgeblich von dem am Vermögens- oder Rechtsgutzustand des Verletzten orientierten Kompensationshintergrund der übrigen zivilrechtlichen Gewinnhaftungsansprüche.

Ganz offensichtlich fügt sich der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG jedoch auch nicht (mehr) in die Systematik der vorgenannten hoheitlichen Abschöpfungsinstrumentarien ein; er bleibt damit von durchaus zwitterhafter Rechtsnatur. Gerade der Einsatz eines den hoheitlichen Abschöpfungsinstituten nachempfundenen Instruments ausdrücklich zur Neutralisierung privatrechtlicher Kompensations- bzw. Rechtsdurchsetzungsdefizite unter ausschließlicher Beteiligung von Zivilparteien macht den Anspruch zum Exoten. Und auch wenn aufgrund der Klagekompetenz der Verbände schon von einer „quasi-staatsanwaltschaftlichen Funktion“<sup>42</sup> des Verbandsanspruchs und einem „Out-

---

<sup>38</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 18 ff.

<sup>39</sup> Die einzige systematische Ausnahme stellt bei *Gärtner* insoweit eine kurze Darstellung des § 34a GWB im Zusammenhang der Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB dar.

<sup>40</sup> Ausführlich *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 55 ff.

<sup>41</sup> Etwa bei Fragen der Anrechenbarkeit von Geldstrafen und Bußgeldern, vgl. dazu unten Kap. III. E. 8. d) (1).

<sup>42</sup> So schon *Greger ZJP* 113 (2000), 399, 411.



sourcing von Strafjustiz<sup>43</sup> an private Einrichtungen die Rede war, ist die zivilrechtliche Ausgestaltung der Gewinnabschöpfung insoweit mehr als ein Detail – systematisch gesehen ist sie eine (kleine) Revolution.

Der den § 10 UWG prägende Abschöpfungsgedanke ist im deutschen Zivilrecht bisher wenig verbreitet; für § 10 UWG wird die Abschöpfung der Unlauterkeitsgewinne vor allem aus Durchsetzungsdefiziten in den Fällen der im Lauterkeitsrecht verbreiteten sogenannten Bagatell- und Streuschäden erklärt.<sup>44</sup> Die Gewinnabschöpfung des § 10 UWG ist damit die Fortsetzung der privaten Gewährleistungs- und Kompensationsansprüche des Abnehmers mit anderen Mitteln, nimmt dabei aber eine Überkompensation grundsätzlich in Kauf – beide Aspekte rücken ihn systematisch wieder in die Nähe der Verletzergewinnhaftung im Rahmen des dreifachen Schadensersatzes. *Last but not least* wird auch die stark privatrechtliche Prägung der Rechtsdurchsetzung im Lauterkeitsrecht erheblichen Anteil daran gehabt haben, dass auch *Micklitz/Stadler* für ihr vorbereitendes Gutachten zu einem ersten Entwurf der lauterkeitsrechtlichen „Unrechtsgewinnabschöpfung“<sup>45</sup> nur das privatrechtliche Rechtsdurchsetzungssystem, darunter etwa die dreifache Schadensberechnung,<sup>46</sup> im Wettbewerbsrecht bestehende Schadensersatzansprüche<sup>47</sup> oder die Geldentschädigung bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts<sup>48</sup> herangezogen haben. Zuletzt erklärt sich auch vor dem Hintergrund einer wachsenden Privatisierungstendenz insgesamt in der wettbewerbsrechtlichen Durchsetzungssystematik der letzten Jahre<sup>49</sup> sowie der von Gesetzgeber und Kommentatoren gerne vorausgesetzten Vergleichbarkeit von Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG

---

<sup>43</sup> *Sack* WRP 2003, 549, 558.

<sup>44</sup> Dazu s. unten Kap. II. C. 1. a) (1).

<sup>45</sup> *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 1 ff.

<sup>46</sup> *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 55 ff., 74 ff.

<sup>47</sup> *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 61 ff., 77 f.

<sup>48</sup> *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 84 ff.

<sup>49</sup> Vgl. zu den Rechtsfolgensystemen die Übersicht unter Kap. II. A. 5; eingehend und instruktiv zu dieser Entwicklung und zu ihrem Zusammenhang mit der „Rechtsmentalität“ des jeweiligen Rechtsbereichs *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 25 ff., 41, 42 ff.

und der Haftung auf den Verletzergewinn im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung der Fokus der vorliegenden Untersuchung auf privatrechtliche Vergleichsinstitute für Fragen der Tatbestandsauslegung, der praktischen Anwendung und der Verhältnismäßigkeit sowie der Effektivität der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung.

Bei all diesen Erwägungen bleibt jedoch die unbestreitbar bestehende Verwandtschaft auch zu den Verfall- und Vorteilsabschöpfungsvorschriften des Strafrechts und des Ordnungswidrigkeitsrechtes insbesondere des GWB nicht völlig außer Betracht. Mangels bisheriger Praxisrelevanz sind die Möglichkeiten eines Erkenntnisgewinns aus der Auslegung gerade des § 34a GWB, der dem § 10 UWG schlicht nachempfunden wurde, allerdings für die Anwendung und Bewertung von § 10 UWG sehr begrenzt.<sup>50</sup> Auf die ausführliche Darstellung des § 34a GWB wird daher zugunsten einer exkursartigen Behandlung von für den Untersuchungsgegenstand relevanten Einzelfragen verzichtet.<sup>51</sup> Ihrer Zielfrage nach Verhältnismäßigkeit und Effektivität einer lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsregelung zur Erreichung der mit ihr intendierten Normzwecke, insbesondere auch zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht, nähert sich die vorliegende Arbeit im Übrigen zwar vornehmlich über deren Darstellung im Kontext von und im Vergleich zu anderen auf den Verletzergewinn bezogenen privatrechtlichen Haftungsinstituten aus Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht.<sup>52</sup> An geeigneter Stelle wird aber auf Parallelen und Unterschiede nicht nur zu den privatrechtlichen, sondern auch zu den hoheitlichen Vergleichsinstituten hingewiesen.

---

<sup>50</sup> Vgl. unten Kap. II. C. 2. b).

<sup>51</sup> Einen systematischen Überblick legt in seiner Dissertation von 2009 insoweit *Sieme* vor, der die Tatbestandsmerkmale sowohl der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG als auch der Vorteilsabschöpfungsnormen der §§ 34, 34a GWB und entsprechende Auslegungsmöglichkeiten darstellt. Seine Untersuchung liefert damit weitere Hintergrundinformationen zu den verwandten Vorschriften des aktuellen Kartellrechts und insbesondere zu § 34a GWB, s. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 1 ff.

<sup>52</sup> Zum Gang der Untersuchung und zur Methodik sogleich unten Kap. I. D. und E.

Zuletzt stellen sich bei der abschließenden Funktionsanalyse ganz grundsätzliche Fragen nach der Effizienz und der Geeignetheit einer privatrechtlichen Sanktion zur Durchsetzung vorwiegend überindividueller und insbesondere auch Verbraucherschutzbezogener Interessen im Lauterkeitsrecht, die im Ergebnis dafür sprechen, über eine stärkere staatliche Rechtsdurchsetzung auch – und entgegen der Tradition – im Lauterkeitsrecht zumindest nachzudenken.<sup>53</sup>

### 2. Prämisse der Vereinbarkeit mit nationaler Zivilrechtsdogmatik

Die Aufteilung des herkömmlichen deutschen Rechtsverständnisses – nach der dem Strafrecht die Aufgaben der Vorbeugung und Vergeltung durch Abschreckung und Sühne zufallen sollen, während Aufgabe des Privatrechts, insbesondere des Schadensrechts, die von moralischen Wertungen weitgehend freien Kompensation einer dem Rechtsgut des Verletzten zugefügten Einbuße oder Belastung sein soll – wird heute zu Recht kaum noch vertreten.<sup>54</sup> Auf den „Zielkonflikt“<sup>55</sup>, der sich aber nach wie vor ergibt, wenn ausdrücklich eine „abschreckende“ Wirkung von Rechtsfolgen verlangt wird, der Gesetzgeber dafür aber nur konkret-kompensatorische Instrumentarien an die Hand gibt,<sup>56</sup> wird im deutschen Recht auch durch die Schaffung von vereinzelt gewinnbezogenen Haftungsregelungen reagiert – teils wie bei der dritten Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht mit dem Versuch, eine Lösung innerhalb des herkömmlichen Haftungssystems zu finden, teils wie bei § 10 UWG auf dogmati-

---

<sup>53</sup> Vgl. unten Kap. V. B. 4.

<sup>54</sup> Vgl. allerdings etwa die Wortmeldung von *Gounalakis* auf dem 66. Deutschen Juristentag, in der er die Prävention im Zivilrecht allenfalls als deutlich untergeordneten Nebenzweck gelten lassen will, *Gounalakis Verhandlungen* 66. DJT Bd. II/2, L 105 ff.; für die wohl inzwischen herrschende Ansicht vgl. dagegen nur (jew. m.w.N.) BGH GRUR 1995, 224, 229 f. – *Erfundenes Exclusiv-Interview*; BGH GRUR 1996, 373, 374 – *Caroline von Monaco*; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 148 ff. (auch zum Verhältnis von Primär- zu Sekundärzwecken bei Rechtsfolgen), 515 ff.; *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 139 ff.; *Rosengarten* NJW 1996, 1935 ff.; *M. Körner* NJW 2000, 241, 244; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 119 ff., 125 ff.; weitere Nachw. bei *Ebert*, Pönale Elemente, S. 4 f.

<sup>55</sup> *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 707.

<sup>56</sup> Und der sich, worauf *Dreier* hinweist, nicht auf das nationale Recht beschränkt, *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 707 mit Verweis auf Art. 41 Abs. 1 und Art. 45 TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Annex 1C des WTO-Abkommens vom 15.4.1994, abgedr. BGBl II 1994, S. 1565 ff. (englische Fassung) und S. 1730 ff. (deutsche Übersetzung) sowie Art. 3 Abs. 2 und Art. 13 der „*Enforcement*“ – Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Abl EU Nr. L 195 vom 2.6.2004, S. 16, 20, 23.

schem Neuland. Eingebettet ist dies in eine wesentlich weitere und in dieser Arbeit weitgehend ausgeblendete Diskussion um eine aktuelle Positionierung des Schadensersatzrechts im internationalen und europäischen Vergleich und im nationalen Bereich, in der jedenfalls die Argumentation rein aus den Wurzeln und Ursprungsgedanken des deutschen Rechts zu kurz greift; steht letzteres doch neben seiner ureigenen nationalen Prägung heute fraglos zumindest in einem „Wettbewerb der Rechtsordnungen“, der zwar keine unmittelbaren Handlungszwänge auslöst, aber zumindest zum Anlass genommen werden kann, die Ideen ausländischer Durchsetzungskonzeptionen unvoreingenommen zu prüfen.<sup>57</sup> Auch angesichts der seit langen Jahren etwa im Bereich des dreifachen Schadensersatzes schwelenden Diskussion und fundierter Untersuchungen zur Vereinbarkeit präventiv ausgerichteter Schadensersatz- oder sonstiger zivilrechtlicher Haftungsfolgen mit Grundprinzipien des deutschen Rechts<sup>58</sup> sowie der stetig zunehmenden Bezüge auf und Wechselwirkungen mit dem Europäischen Recht, das an die Frage der Ausgestaltung von Rechtsdurchsetzungsinstrumentarien naturgemäß offener herangeht als die nationale Rechtswissenschaft, will diese Arbeit bei aller notwendigen Berücksichtigung der den einzelnen Ansprüchen zugrundeliegenden Dogmatik die neuen zivilrechtlichen Sanktionsformen der Gewinn- und Vorteilsabschöpfung nicht mehr näher auf ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Zivilrechtssystem hin untersuchen; soweit nicht unter einzelnen Aspekten im Rahmen der abschließenden Angemessenheitsprüfung erörtert,<sup>59</sup> wird diese vielmehr vorausgesetzt.

---

<sup>57</sup> Symptomatisch hierfür ist insgesamt die Befassung der Abteilung Zivilrecht des 66. Deutschen Juristentages in Stuttgart im September 2006 mit dem Thema „Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht“; vgl. dort eine entsprechende Äußerung *Wagners*, *Wagner* Verhandlungen 66. DJT, Bd. II/2, L 207. Unter dem Untertitel „Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden“ stritten Gutachter, Referenten und Plenum vor allem über die Behandlung von Nichtvermögensschäden, das Verständnis der Prävention als Kernaufgabe oder Nebenprodukt des Schadensrechts und neue Herausforderungen angesichts europäischer Vorgaben und neuer Ausformungen wie Gewinnabschöpfung und Strafschadensersatz; vgl. hierzu auch das Gutachten von *Wagner* Verhandlungen 66. DJT Bd. I, A 1 – A 135 sowie speziell zur Gewinnabschöpfung die Wortmeldungen in Verhandlungen 66. DJT Bd. II/2, L 167 ff.

<sup>58</sup> Vgl. etwa *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 515 ff. m.w.N.; *M. Körner* NJW 2000, 241 ff.; *Rosengarten* NJW 1996, 1935 ff.; s. für weitere Nachw. unten Kap. IV. B. 2 sowie E. 2.

<sup>59</sup> Unten Kap. IV. B. 2 sowie E.

### 3. Offene Perspektive einer allgemeinen zivilrechtlichen Gewinnhaftung

Die Gewinnhaftung lässt sich darüber hinaus in ihrer heutigen Form nicht als homogenes Rechtsinstitut einordnen. Alle gewinnbezogenen Haftungsansprüche betrachten zwar zunächst die Folge der Rechtsgutverletzung aus einem völlig anderen Blickwinkel als die Schadenshaftung; während letztere den Fokus auf den Zustand des verletzten Rechtsgutes vor und nach dem schädigenden Ereignis richtet, ist für die Gewinnhaftung in erster Linie der Zustand des Verletzervermögens vor und nach der Rechtsgutsverletzung von Interesse. Wird im herkömmlichen Schadensausgleich das „Zuwenig“ des Geschädigten aus dem Vermögen des Schädigers ersetzt, schlägt die Gewinnhaftung ein „Zuviel“ auf Seiten des Schädigers dem Vermögen des Geschädigten oder dem Staat als einem Dritten zu, und zwar grundsätzlich ohne dass ein zu kompensierender Schaden (in exakt feststellbarer Höhe) tatsächlich nachzuweisen oder gar nur entstanden sein müsste. So deutlich sich diese beiden Herangehensweisen konzeptionell voneinander abgrenzen lassen, so bestehen jedoch wiederum innerhalb der Gewinnhaftungsansätze erhebliche dogmatische Unterschiede in ihrer Herleitung und Ausgestaltung. Eine eigene Dogmatik der Gewinnhaftung oder Gewinnabschöpfung gibt es daher bis heute nicht; vielmehr entstanden über Jahrzehnte gesehen vereinzelte und ganz unterschiedliche Normen oder Rechtsinstitute, die sich zum Teil nur mit viel Mühe unter der gemeinsamen Rechtsfolge der Gewinnhaftung zusammenfassen lassen. In Anbetracht der Inkohärenz der Gewinnhaftungs- und -abschöpfungsansprüche im deutschen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht ergibt sich daher eine Vielzahl von zum Teil noch kaum zu beantwortenden Fragen: Welche Zukunft hat die Gewinnhaftung im Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht, aber auch im allgemeinen Zivilrecht? Löst sie sich gar als eigene zivilrechtliche Sanktionsform auf einem „sonderprivatrechtlichen Weg“<sup>60</sup> gänzlich vom Schadensrecht?<sup>61</sup> Auch dieses „Quo

---

<sup>60</sup> Vgl. Dreier, Kompensation und Prävention, S. 5.

vadis“ der Gewinnhaftung im deutschen Recht – zum Teil wird etwa die Schaffung eines „Allgemeinen Teils“ zivilrechtlicher Haftung bei Immaterialgutsverletzungen<sup>62</sup> oder von Gewinnhaftungsansprüchen im allgemeinen Schadensrecht<sup>63</sup> vorgeschlagen – ist ausdrücklich nicht Gegenstand dieser Arbeit.

#### 4. Keine abschließende Kommentierung

Die Arbeit versteht sich schließlich auch nicht als eine weitere<sup>64</sup> kommentarartige Besprechung sämtlicher Regelungsinhalte des § 10 Abs. 1 UWG oder gar der anderen Rechtsinstitute in ihren jeweiligen Rechtsmaterien. Dennoch werden

---

<sup>61</sup> So folgert etwa *Alexander*, der Gesetzgeber habe mit der Schaffung der beiden Abschöpfungsansprüche in § 10 UWG und § 34a GWB „unzweideutig erkennen lassen“, dass er solche als „eigenständige Kategorie privatrechtlicher Sanktionen“ zumindest im Wettbewerbsrecht „etablieren“ wolle, vgl. *Alexander* JZ 2006, 890, 891.

<sup>62</sup> *Haedicke* GRUR 2005, 529, 535.

<sup>63</sup> *Wagner* Verhandlungen 66. DJT Bd. I, A 96 f.: Ergänzung des § 251 BGB um einen entsprechenden Absatz für Gewinnerherausgabe an Stelle des Schadensersatzes bei vorsätzlichem Handeln; dazu *Helms*, Gewinnerherausgabe, S. 481 ff. m.w.N. Auf dem 66. Deutschen Juristentag (s. oben Fn. 57) wurde eine solche Einführung eines allgemeinen Gewinnhaftungsrechtes im Dienste der „Einheit der Rechtsordnung“ in der Schlussabstimmung mehrheitlich abgelehnt, der Gewinnhaftung als solche in besondere Fällen, also bestimmten Rechtsbereichen, allerdings zugestimmt (vgl. *Beschlussfassung* Verhandlungen 66. DJT Bd. II/2, L 213). Das entspricht höchstens einem Vertrauensvotum für das bestehende System. Es bleibt die Frage, wie sinnvoll es aus Gründen der Rechtsklarheit und einer einheitlichen Systematik des Privatrechts wäre, die Grundsätze der Gewinnhaftung als eine Art „allgemeinen Teil“ ähnlich § 249 ff. BGB quasi vor die Klammer zu ziehen und in eine für das ganze Zivilrecht geltende Norm zu gießen, auf die dann in den einschlägigen Rechtsbereichen und in den Fällen, in denen Durchsetzungs-, Sanktions- und Präventionsdefizite in Fällen lohnender Rechtsverletzungen durch Bagatell- und Streuschäden, geringe Entdeckungsrisiken und/oder die besondere Verletzbarkeit der betroffenen Rechtsgüter bestehen, verwiesen werden kann (zur entsprechenden Diskussion und anderen Ansätzen, etwa aus Gründen der systematischen Klarheit diese Gewinnhaftungsansprüche endgültig unter die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag zu fassen, vgl. *Wagner* Verhandlungen 66. DJT Bd. I, A 94 ff.; umgekehrt für einen Transfer der Gewinnabschöpfung auch nach § 687 Abs. 2 BGB in das Schadensrecht *Möller* Verhandlungen 66. DJT Bd. II/2, L 169). Insbesondere dann, wenn sich gewinnbezogene Haftungsfolgen tatsächlich in weiteren Teilen des Privatrechts etablieren sollten, sind solche Überlegungen sicher nicht von vorneherein abzulehnen. Auch wenn diese allgemeinen Regelungen vom jeweiligen Haftungsmaßstab und Tatbestandsausgestaltung der Rechtsgrundvorschrift zunächst grundsätzlich unabhängig wäre, böte sie darüber hinaus Anlass, über ein einheitliches Voraussetzungssystem der Gewinnhaftung nachzudenken. Inwieweit sich ein solches realisieren ließe, zumal angesichts der in den letzten Jahren kreativ nachwachsenden Anwendungs- und Ausgestaltungsideen aus Rechtswissenschaft und Politik, wäre allerdings eine Untersuchung für sich.

<sup>64</sup> Vgl. neben den z.T. sehr ausführlichen Kommentierungen insbesondere von *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 1 ff., v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 1 ff., *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 1 ff. sowie *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 1 ff. die Dissertationen von *Neuberger*, Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich, 2006; *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; *Bauer*, Der Gewinnabschöpfungsanspruch der Verbände nach § 10 UWG, 2007; *Schmauß*, Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der Neufassung des § 10 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2007; *Sieme*, Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG und die Vorteilsabschöpfung gem. §§ 34, 34a GWB, 2009; *Fehleemann*, Die Verfolgung von Streuschädigungen durch Abschöpfungsansprüche der Verbände im deutschen Lauterkeits- und Kartellrecht, 2009.

zur Ermöglichung der vergleichenden Strukturanalyse nach einer Auswahl der Verfasserin wesentliche Tatbestands- und Rechtsfolgeelemente des Gewinnabschöpfungsanspruchs detailliert dargestellt und erläutert. Neben dieser Darstellung des aktuellen Auslegungsstandes wird auch zu strittigen Fragen Stellung bezogen. Angesichts der geradezu ausufernden Einzelmaterie, die daneben die Rechtsfigur der Herausgabe des Verletzergewinns schon aufgrund der vielfältigen betroffenen Rechtsgebiete von Urheber- bis Markenrecht, von ergänzendem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz bis zum Schutz der Topographien mikroelektronischer Erzeugnisse nach dem Halbleiterschutzgesetz umfasst, können deren Grundsätze und Besonderheiten nur summarisch und nicht nach den Regelungsbereichen differenziert wiedergegeben werden. Auch werden rechtsvergleichende Aspekte weitestgehend außer Acht gelassen.

### *C. Terminologie*

Sowohl die für den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit relevanten Regelungsbereiche als auch die einzelnen betroffenen Rechtsfiguren werden in der Literatur zum Teil uneinheitlich bezeichnet; man denke nur an den feinen Unterschied zwischen den Begriffen Immaterialgut und Geistiges Eigentum, dem bei näherer Betrachtung zwei unterschiedliche Herangehensweisen an Wesen und Qualität des zu beschreibenden Gegenstandes zugrunde liegen.<sup>65</sup> Darüber hinaus gehen die Regelungsbereiche auch materiell ineinander über – dies zeigt sich etwa an den Überschneidungen von Urheberrecht und Persönlichkeitsrecht, der gewerblichen Schutzrechte mit dem Lauterkeitsrecht sowie an den Übergängen von Lauterkeits- ins Kartellrecht –, was ebenfalls zu mancher begrifflichen Unschärfe führen kann. Schließlich fehlt es – ähnlich wie an einer einheitlichen Dogmatik – auch an einer einheitlichen Terminologie zu den Formen von Rechtsfolgen, die vom Gewinn oder (davon zu unterscheiden) dem Vorteil des Rechtsverletzers als Bezugsgröße ausgehen.<sup>66</sup>

Wenn im Folgenden von „Verletzergewinnhaftung“ die Rede ist, so ist hiermit die Gewinnhaftung im Rahmen der sog. objektiven Schadensberechnung aus dem gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht gemeint, die unter Umständen auch nach Verletzungen von Persönlichkeitsrechten zur Anwendung kommen kann; synonym wird sie auch als „dritte Schadensberechnungsmethode“ bezeichnet. „Gewinn-“ und „Vorteilsabschöpfung“ dagegen bezeichnen die jeweiligen wettbewerbsrechtlichen Verbandsansprüche nach § 10 UWG und § 34a GWB. Unter „Geldentschädigung“ wiederum ist die spezifische Haftung wegen immaterieller Schäden nach der Verletzung von Persönlichkeitsrechten durch die Medien zu verstehen. Im Übrigen werden die hier behandelten direkt auf den

---

<sup>65</sup> Dazu *Kohler* AcP Bd. 82 (1894), 141, 161; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 10 Fn. 10 sowie unten Fn. 91.

<sup>66</sup> Vgl. zur begrifflichen Entwicklung seit der Untersuchung von *Schulz* über ein „System der Rechte auf den Eingriffserwerb“ den Überblick bei *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 13 f.



Unrechtsgewinn bezogenen Haftungsformen auch unter dem Begriff der Gewinnhaftung zusammengefasst.

Die Begriffe Immaterialgüterrecht und Geistiges Eigentum werden weitgehend synonym verwendet; hierunter werden das Urheberrecht und die gewerblichen Schutzrechte verstanden, soweit nicht ausdrücklich zwischen den einzelnen Regelungsbereichen differenziert wird. Immaterialgüterrechte, das Persönlichkeitsrecht sowie der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz werden zwar grundsätzlich begrifflich voneinander unterschieden; soweit von der Verletzerhaftung oder der dritten Schadensberechnungsart die Rede ist, gilt das Gesagte jedoch regelmäßig für alle Rechtsbereiche, in denen diese Rechtsfigur Anwendung findet. In diesem Sinne werden also gegebenenfalls auch die Regelungen des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes sowie des vermögensrechtlich geprägten Persönlichkeitsschutzes insoweit vom Begriff der Immaterialgüterrechte mit umfasst, als sie Zugang zum Instrumentarium der dreifachen Schadensberechnung haben.<sup>67</sup>

Soweit in dieser Arbeit der allgemeine Begriff des Wettbewerbsrechts eingesetzt wird, umfasst dieser sowohl das Lauterkeits- als auch das Kartellrecht, soweit sich nicht aus dem Zusammenhang – etwa im Fall des sogenannten ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes, § 4 Nr. 9 UWG, – ausnahmsweise etwas anderes ergibt.

---

<sup>67</sup> Umgekehrt sei die Frage für die geographischen Herkunftsangaben im Markenrecht dahingestellt, die mangels (bisheriger) Qualifizierung als Immaterialgüterrecht die dreifache Schadensberechnung im Verletzungsfall nicht eröffnen sollten, vgl. *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vorbem. §§ 14-19d Rn. 216. Die Regelung zur Schadensberechnung in § 128 Abs. 2 MarkenG ist zwar mit Umsetzung der *Enforcement*-Richtlinie angepasst worden, dazu s. noch unten Kap. II. B. 1. b) (3) (b); vor dem Hintergrund der Rechtsnatur geographischer Herkunftsangaben und unter praktischen Erwägungen wird die uneingeschränkte Anwendung der dreifachen Schadensberechnung in diesen Fällen allerdings kritisch gesehen, vgl. *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, § 128 Rn. 14; anders aber *Fezer* in *Fezer*, Markenrecht, § 128 MarkenG Rn. 23.

Insbesondere in den letzten beiden Kapiteln der Arbeit spielen die Kriterien der Effektivität und der Effizienz eine wesentliche Rolle. Die *Effektivität* beschreibt in diesem Zusammenhang das Verhältnis von erreichtem Ziel, hier der faktischen Normwirkung, zu dem zuvor definierten Ziel, hier also dem Normzweck. Der Aspekt der *Effizienz*, der stets im Zusammenhang mit juristisch-ökonomischen Überlegungen angesprochen werden wird, beschreibt dagegen die Wirksamkeit abhängig vom Aufwand, der für die Zielerreichung betrieben wurde.<sup>68</sup> Er wird vor allem als Begrenzungsmaß der Abschreckungswirkung eine Rolle spielen.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Eine entsprechende Erläuterung und schematische Darstellung zur Abgrenzung der Begriffe Effizienz und Effektivität im betriebswirtschaftlichen Sprachgebrauch findet sich etwa bei *Eichhorn*, Das Prinzip Wirtschaftlichkeit, S. 162 f.: Danach vereint die Kategorie der Effizienz in sich diejenigen zum einen der Wirtschaftlichkeit im Sinne der Relation von Input und Output (Kosten und Leistung) und zum anderen der Effektivität im Sinne des Maßes der Zielerreichung.

<sup>69</sup> Zu den engen Grenzen der Effizienzanalyse im Rahmen dieser Untersuchung vgl. noch unter Kap. I. E. sowie Kap. IV. A. 3) b) und c).

### ***D. Gang der Untersuchung***

Im Fokus der Untersuchung steht der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG. Auch als Anspruch *sui generis* bewegt dieser sich jedoch nicht im luftleeren Raum; er ist zunächst vielmehr zum einen im Zusammenhang mit seinem angestammten Rechtsbereich, dem Lauterkeitsrecht, zu sehen, zum anderen in seinem Kontext präventiv ausgerichteter privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung, welche zur Verhaltenssteuerung Instrumente entwickelt, die mehr oder weniger unabhängig vom konkreten Schadenseinschlag beim Verletzten auf den Unrechtsgewinn des Rechtsverletzers zugreifen. Daneben können auch bei einem Anspruch eigener Art Rechtsbegriffe und Ableitungen aus herkömmlichen Anspruchstypen für die Tatbestandsauslegung relevant sein.<sup>70</sup>

Daher wird zu Beginn der Arbeit eine Übersicht über die im Wesentlichen betroffenen Regelungsbereiche, den des Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechts einerseits und den des Wettbewerbsrechts andererseits sowie über einzelne strukturelle Aspekte ihrer Durchsetzungssysteme gegeben (Kap. II. A.). Hierauf folgt eine summarische Darstellung insbesondere zu Regelungshintergrund, Regelungsinhalt und dogmatischer Herleitung zunächst der bereits etablierten verletzergewinnbezogenen Haftungsansprüche im Immaterialgüterrecht und Persönlichkeitsrecht (Kap. II. B.) und anschließend der jüngeren Formen entsprechender privatrechtlicher Ansprüche im Lauterkeits- und allgemeinen Wettbewerbsrecht (Kap. II. C.)

Um die Wirkungsweise und Wirksamkeit des § 10 UWG in seiner heutigen Ausgestaltung überprüfen zu können, ist dann eine genaue Untersuchung seiner charakteristischen Tatbestandselemente erforderlich. An eine kurze Normzweckanalyse der zuvor angesprochenen gewinnbezogenen Haftungsansprüche

---

<sup>70</sup> Ähnlich insoweit *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 291.

(Kap. III. A.) schließt sich daher eine Strukturanalyse der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung anhand ihrer wesentlichen Tatbestandsmerkmale an, im Rahmen derer den signifikanten Elementen der Gewinnabschöpfung entsprechende Merkmale anderer Ansprüche zum Vergleich gegenübergestellt werden. Zwar finden auch die übrigen privatrechtlichen Vorteils- und Gewinnhaftungsansprüche vereinzelt noch dort Erwähnung, wo sich aus ihrer Auslegung für § 10 UWG Erkenntnisse gewinnen lassen; der Schwerpunkt des Untersuchungsgegenstands wird hier jedoch bereits auf den Vergleich von § 10 UWG mit der Verletzererwerbherausgabe als dritter Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht begrenzt (Kap. III. B. bis H.). Dabei werden auch die eher nachrangigen Vorschriften zur Abwicklung der Gewinnabschöpfung in § 10 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 bis 5 UWG zugunsten der materiellen Regelungen weitestgehend beiseite gelassen.

Auf der Synthese dieser Strukturanalyse baut die anschließende Überprüfung der Funktionalität des § 10 UWG auf, eine Überprüfung der grundsätzlicher Geeignetheit des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs zur Erreichung der mit ihm bezweckten Normziele angesichts der dazu eingesetzten rechtlichen Mittel und deren tatsächlicher Umsetzung. Diese an der Struktur einer verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung und den Erkenntnissen der ökonomischen Analyse zur effektiven Verhaltenssteuerung (zu beider Anwendbarkeit zunächst Kap. IV. A.) orientierte Untersuchung erfordert zunächst ein Wiederaufgreifen des oben erarbeiteten Normzwecks der Gewinnabschöpfung im Zusammenhang mit anderen abwägungsrelevanten Regelungszielen, Schutzzwecken und Interessen (Kap. IV. B.). Auf dieser Grundlage können anschließend zunächst Feststellungen zur eingeschränkten Geeignetheit (Kap. IV. C.) der privatrechtlichen Gewinnabschöpfung zur Erreichung des legitimen Normzwecks getroffen werden. Es folgt eine kurze Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine privatrechtlich ausgestaltete Gewinnabschöpfung im Vergleich zu

denkbaren Regulierungsalternativen den Maßgaben der Erforderlichkeit genügt (Kap. IV. D.) und eine die Untersuchung des § 10 UWG *de lege lata* abschließende Überprüfung der Angemessenheit des Gewinnabschöpfungsanspruchs insbesondere unter Berücksichtigung seiner tatsächlichen Normwirkung und seines sich daraus ergebenden Normcharakters sowie seiner Vereinbarkeit mit übergeordneten Rechtsprinzipien (Kap. IV. E.).

Die Untersuchung schließt mit der Überprüfung einiger denkbarer Alternativen zur Ausgestaltung der Gewinnabschöpfung *de lege ferenda* unter Beibehaltung der gesetzgeberischen Grundentscheidung für einen privatrechtlichen Abschöpfungsanspruch. Dabei wird zunächst dargestellt, ob und inwieweit, insbesondere hinsichtlich welcher Fallgruppen, sich einzelne alternative Tatbestandsgestaltungen auf Effizienz und Angemessenheit der Gewinnabschöpfung auswirken könnten, bevor diese in einer abschließenden „Feinabstimmung“ gegeneinander abgewogen werden (Kap. V. A.). Abschließend können auf Grund dieser Untersuchungen zwar einzelne Vorschläge für eine Nachbesserung des § 10 UWG gemacht werden, daneben müssen allerdings einzelne Fragen offen bleiben, deren Lösung einer weiterführenden Analyse bedürfte. Es wird außerdem eine Einschätzung zu den konzeptionell bedingten Grenzen einer privatrechtlichen Gewinnabschöpfung im Lauterkeitsrecht abgegeben, die eine Ergänzung der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung durch hoheitlich ausgestaltete, pauschalisierte Abschöpfungsinstrumente als sinnvoll nahelegen (Kap. V. B.).

Mit dem Ergebnis des letzten Prüfungsabschnitts wird auch ein Formulierungsansatz für eine gesetzliche Neuregelung des § 10 Abs. 1 UWG vorgestellt (Kap. V. C.). Die Arbeit schließt mit einer Übersicht über ihre wichtigsten Ergebnisse (Kap. VI.).

### ***E. Zur Methodik***

In den Kapiteln III bis V der Arbeit finden sich unterschiedliche methodische Besonderheiten, auf die vorweg kurz hingewiesen werden soll:

Zum ersten wird die Strukturanalyse in Kap. III über den Vergleich von Haftungsinstituten auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite erarbeitet. In der juristischen Methodik ist der Vergleich als Mittel zum Erkenntnisgewinn zwar wenig prominent und fast ausschließlich im Zusammenhang mit der Analogie oder der Rechtsvergleichung, d.h. dem übernationalen Vergleich verschiedener Rechtsordnungen hinsichtlich eines bestimmten Regelungsanliegens, bekannt. Dabei ist der Vergleich verschiedener Rechtssätze derselben Rechtsordnung, der Versuch, diese „in Beziehung zueinander zu setzen, sie aufeinander abzustimmen und so als Vorarbeit für konkrete Entscheidungen oder rechtstheoretische Erkenntnisse sie auch zu vergleichen“ jedoch durchaus als Teil des „Wesens jeder nationalen Rechtsanwendung“ zu sehen.<sup>71</sup> Er dient in dieser Arbeit vor allem der Prüfung, inwieweit sich die Auslegungsmaßstäbe anderer Rechtsinstitute für den Tatbestand des § 10 Abs. 1 UWG im Rahmen der herkömmlichen juristischen Auslegungsmethoden tatsächlich nutzbar machen lassen. Auf die Ergebnisse dieser Normstrukturanalyse wird in den folgenden Untersuchungsabschnitten zurückgegriffen; darüber hinaus spielen einzelne Vergleiche mit funktionsähnlichen Rechtsinstituten auch dort noch eine Rolle.

Das IV. Kapitel der Arbeit befasst sich mit der Frage nach der tatsächlichen Wirkung des § 10 UWG *de lege lata*. Zum einen sollen dabei seine Defizite bei der Umsetzung des gesetzgeberisch intendierten Normzwecks dargestellt werden. Nachdem in Gesetzesmaterialien und wissenschaftlichen Beiträgen zu § 10

---

<sup>71</sup> Näher *Zweigert/Kötz*, Einführung Rechtsvergleichung, S. 1 f.

UWG immer auch die Sorge vor einer „unverhältnismäßigen“<sup>72</sup> oder „unangemessenen“<sup>73</sup> Belastung der Anspruchsgegner eine Rolle spielt, will die Untersuchung aber auch einen Beitrag zur besseren Strukturierung dieser Verhältnismäßigkeitsabwägung für den lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch leisten. Eine solche Prüfung ließe sich zwar grundsätzlich auch als reine Funktionalitätsanalyse (etwa nach Gewichtung der verfolgten Ziele sowie der Tauglichkeit, Effizienz und Angemessenheit der eingesetzten Mittel) vornehmen; der bewährte Prüfungsrahmen der öffentlich-rechtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle bildet aber eine besser geeignete, da formalisierte und transparente Grundlage für die Angemessenheitsprüfung. Ergänzt werden die Untersuchungsschritte der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch wertende Aspekte aus der juristisch-ökonomischen Analyse, die aus der Perspektive effektiver Verhaltenssteuerung zu ganz ähnlichen Ergebnissen führen wie die objektiv-juristische Güterabwägung. Auf den konkreten Gehalt betroffener Grundrechte wird dagegen nicht eingegangen, da sich dieser immer nur aus dem Einzelfall ergeben kann;<sup>74</sup> dafür werden im Rahmen der erweiterten Angemessenheitsprüfung in abstrakter Weise die wesentlichen für § 10 UWG zu berücksichtigenden Rechtspositionen, Interessen und Schutzgegenstände abgewogen und Fragen der Normwirkung, Pönalität und Vereinbarkeit mit übergeordneten Rechtsprinzipien abgehandelt.

Die in Kap. IV eingeführten Kriterien für Angemessenheit und ökonomische Effizienz sind von entscheidender Bedeutung für die sich in Kap. V anschließende Diskussion alternativer Lösungen zu den einzelnen Tatbestandsparametern. Die dortige Abwägung von verschiedenen Regelungsalternativen *de lege ferenda* erfordert eine formal flexiblere Darstellung als die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu § 10 UWG *de lege lata*. Es ändert sich die Perspektive von einer Angemes-

---

<sup>72</sup> Vgl. etwa Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 2 a.E.; Wimmer-Leonhardt GRUR 2004, 12, 17 f. mit Bezug auf BGH NJW 1992, 3096, 3102.

<sup>73</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>74</sup> Dazu noch unten Kap. IV. A. 4.

senheitskontrolle des bestehenden Anspruchs endgültig hin zu einem Austarieren der relevanten Rechtspositionen im Sinne einer effektiven und angemessenen Neuregelung. Idealerweise könnte auf diesem Wege jedes einzelne der zum Teil widerstreitenden Schutzgüter in optimaler Weise zur Entfaltung und Wirksamkeit gebracht werden – sowohl hinsichtlich abstrakter ordnungspolitischer Ziele wie Verbraucherschutz und Innovationsschutz, als auch bezogen auf die betroffenen Grundrechtspositionen auf Seiten der Normadressaten, also, um im verfassungsrechtlichen Bild zu bleiben, mit dem Ziel einer Herstellung praktischer Konkordanz der widerstreitenden Rechtsinteressen.<sup>75</sup> Auch dieser Begriff darf hier allerdings nur untechnisch verstanden werden, da eine echte Ausbalancierung der Interessen im Sinne der praktischen Konkordanz eine Gewichtung gerade der einschlägigen überindividuellen (Universal-) Rechtsgüter wie Freiheit und Lauterkeit des Wettbewerbs oder Verbraucherschutz einerseits und eine nähere Eingrenzung und Gewichtung der auf der Individualebene betroffenen Grundrechte andererseits voraussetzen würde, die in dieser Arbeit und losgelöst vom Einzelfall nicht vorgenommen werden können.

Die fixe Ausgangsgröße bleibt daher der vom Gesetzgeber vorgegebene Normzweck des § 10 UWG. Bei der Suche nach einem diesen Zweck möglichst wirkungsvoll umsetzenden Rechtsinstrument, das zugleich keine Rechtspositionen unangemessen beschneidet, löst sich die Untersuchung vom formalen Rahmen der auf die Abwehrperspektive gerichteten<sup>76</sup> Verhältnismäßigkeitsprüfung. Sie stützt sich zudem verstärkt auf die Maßgaben der juristisch-ökonomischen Analyse zur effektiven Verhaltenssteuerung. Dabei geht es auch um die Frage, wie eine möglichst hohe Wirkung auf den Normadressaten erreicht werden kann, ohne dass dieser dabei zugleich zu einem gesamtökonomisch ineffizienten und

---

<sup>75</sup> S. hierzu insbesondere – als Begründer des Prinzips der praktischen Konkordanz – *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 317 f. m.w.N.

<sup>76</sup> Zu Abgrenzung und Zusammenspiel von Verhältnismäßigkeitsprinzip und praktischer Konkordanz für den Fall des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechtsschutzes s. *Baston-Vogt*, Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts, S. 42 f. mit zahlr. Nachw.



damit unerwünschten Maß an Vorsorgemaßnahmen veranlasst würde. Eine vertiefte Beurteilung des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs nach übergeordneten Effizienzkriterien der Wohlfahrtsökonomik (wie etwa dem *Pareto*-Kriterium<sup>77</sup> oder dem *Kaldor/Hicks*-Kriterium<sup>78</sup>) kann in der vorliegenden Untersuchung dagegen nicht vorgenommen werden.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Nach dem italienischen Soziologen und Ökonomen *Vilfredo Pareto*; hierzu instruktiv und mit Nachw. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 48 ff.

<sup>78</sup> Nach den Ökonomen *Nicholas Kaldor* und *John Hicks*, veröffentlicht 1939; s. auch hierzu die Zusammenfassung und Nachw. bei *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 51 ff.

<sup>79</sup> Zu den engen Grenzen des ökonomischen Ansatzes im Rahmen dieser Untersuchung sei noch einmal verwiesen auf die Darstellung unter Kap. IV. A. 3. b), c).



## **Kapitel II. Zivilrechtliche Gewinnhaftungsansprüche im Immaterialgüter-, Persönlichkeits- und Wettbewerbsrecht**

Die vorliegende Untersuchung hat einen neuartigen Anspruchstypus zum Gegenstand, der – dennoch oder gerade deshalb – in Fragen der Auslegung, Rechtfertigung, Einordnung, Analyse und Bewertung immer wieder mit Rechtsfolgen aus anderen Gebieten in Zusammenhang gebracht wird.<sup>80</sup> Um die Legitimität hieraus gezogener Rückschlüsse zu überprüfen, müssen Gemeinsamkeiten, vor allem aber auch elementare Unterschiede der einzelnen Regelungsmaterien beachtet werden. Als Grundlage soll hierfür die folgende, notwendigerweise geraffte Darstellung dienen, in der die Besonderheiten zunächst der betroffenen Rechtsgebiete und dann der in ihnen enthaltenen privatrechtlichen gewinnbezogenen Haftungsinstitute sowie schließlich ihre – weitgehend inkohärenten – jeweiligen Herleitungen für die Gewinnhaftung zusammengefasst werden.

---

<sup>80</sup> Nachw. s. oben Kap. I. A. 1.

### **A. Grundlagen**

Am Verletzergewinn oder dem Verletzervorteil orientierte Haftungsregelungen sind im deutschen Sonderprivatrecht vor allem<sup>81</sup> geläufig aus dem Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts als dritte Schadensermittlungsart im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung, auf dem Gebiet der Persönlichkeitsrechte im Rahmen der Geldentschädigung nach deren Verletzung in Form rücksichtsloser Zwangskommerzialisierung, im Kartellrecht als zunächst nur öffentlich-rechtlicher, seit 2005 auch privatrechtlich ausgestalteter Vorteilsabschöpfung und seit 2004 im Lauterkeitsrecht in Form der Gewinnabschöpfung als privatrechtlichem Verbandsanspruch. Ihrer Entstehungsgeschichte entsprechend werden daher zunächst in einem Überblick die Regelungsmaterien des zivilrechtlichen Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechtsschutzes und anschließend des Wettbewerbsrechts beleuchtet, bevor zuletzt kurz das Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerbsbegrenzung - durch Lauterkeitsregeln und die Schaffung monopolistischer Immaterialgüterrechte – einerseits und dem hierdurch verfolgten Ziel der Förderung von lauterem, freiem Wettbewerb und Innovation andererseits als abstrakte Ausgangssituation dargestellt wird, die auch für die Schaffung von Haftungsfolgen in den jeweiligen Rechtsgebieten von entscheidender Bedeutung ist.

#### **1. Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrecht**

##### **a) Gemeinsame Wurzeln und Abgrenzung**

Das deutsche Immaterialgüter<sup>82</sup> - wie das deutsche Persönlichkeitsrecht<sup>83</sup> wurzeln gleichermaßen in den geistesgeschichtlichen Errungenschaften der Aufklä-

---

<sup>81</sup> Vgl. zu allgemeinen Tatbeständen zivilrechtlicher vertraglicher und außervertraglicher Gewinnhaftung *Helms*, Gewinnherausgabe, 2007, sowie etwa *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 2003.

<sup>82</sup> Auf eine ausführlichere Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des rechtlichen Immaterialgüterschutzes, die von berufener Seite hinlänglich untersucht wurde und wird, soll an dieser Stelle verzichtet werden; hier sei insbesondere verwiesen auf die Darstellungen bei *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, § 2 Rn. 1 ff.; *Troller*, Immaterialgüterrecht, S. 15 ff.; *Gieseke*, Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts, S. 12 ff.

nung; genauer war die Anerkennung eines individuellen Menschen- und Persönlichkeitsrechts überhaupt die Voraussetzung für den Gedanken eines geistigen Eigentums an der individuellen Schöpfung des Urhebers oder Erfinders und damit für den Kern des Immaterialgüterrechtsschutzes.<sup>84</sup> Das eigenständige „originäre“ Persönlichkeitsrecht ist dabei traditionell ausschließlich als ideelles Recht behandelt worden,<sup>85</sup> sein Schutzbereich wurde stets als Kern der unantastbaren und unveräußerlichen Rechtsgüter des Menschen – im Kontext seines „Selbstsein als Person“<sup>86</sup>, seiner Würde, des menschlichen Anspruchs auf Achtung und Ehre einerseits und auf eine Privatsphäre andererseits – bestimmt.<sup>87</sup> Dagegen handelt es sich bei den Immaterialgüterrechten um „ausschließliche Rechte von Personen an unkörperlichen Gegenständen, die *außerhalb* [Hervorh. d. Verf.] dieser Personen und unabhängig von ihnen existieren“<sup>88</sup> und die ihrerseits aus Rechtsnormen erwachsen, „die das betreffende Immaterialgut (...) einer bestimmten Person ausschließlich zuweisen.“<sup>89</sup> Seit *Kohler* Ende des 19. Jahrhunderts unter Berufung insbesondere auf *Schopenhauer* den Begriff des Immaterialgüterrechts in das deutsche Recht eingeführt hat,<sup>90</sup> als eine Fortentwicklung

<sup>83</sup> Auch hierzu sei verwiesen auf eingehendere Darstellungen an anderer Stelle, grundlegend etwa *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 12 ff.; *Baston-Vogt*, Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts, S. 11 ff.; ausführlich auch *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 11 ff.; *Biene*, Persönlichkeitsgüterrecht, S. 31 ff.; zusammenfassend v. *Holleben*, Geldersatz, S. 15 ff.

<sup>84</sup> Dazu aus jüngerer Zeit *Reuss* UFITA 2005 Bd. II, 433 ff; eingehend auch *Seemann* UFITA Bd. 131 (1996), 5, 9 ff.

<sup>85</sup> *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 1, 4 ff.; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 43 f.; v. *Holleben*, Geldersatz, S. 14, 87.

<sup>86</sup> *Seemann* UFITA Bd. 131 (1996), 5, 35.

<sup>87</sup> *V. Holleben*, Geldersatz, S. 87; *Seemann* UFITA Bd. 131 (1996), 5, 35; zu den philosophischen, theologischen und psychologischen sowie weiteren juristischen Auffassungen zum Begriff der „Persönlichkeit“ als solche vgl. die Zusammenfassung bei *Biene*, Persönlichkeitsgüterrecht, S. 7 ff.

<sup>88</sup> *Kraßer GRUR* Int 1980, 259.

<sup>89</sup> *Kraßer GRUR* Int 1980, 259; zum „Verhältnis zwischen Persönlichkeits-, Vermögens- und Immaterialgüterrechten“ vgl. das gleichlautende Kapitel bei *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 4 ff.

<sup>90</sup> *Kohler*, Patentrecht, S. 7 ff.; *Kohler* zitiert hierzu eingangs die Herleitung des „moralischen Eigenthums“ bei *Schopenhauer*, Die Welt als Wille und Vorstellung, § 26 (s. *Schopenhauer* Gesamtausgabe 1968 Bd. I, S. 459 f.), vgl. *Kohler* a.a.O., S. 1 f. Im Nachlass *Schopenhauers* findet sich zum Thema des Nachdrucks von Büchern im Übrigen auch die weitere Anmerkung: „Das Argument für den Nachdruck, ‚dass die Nachahmung eines selbst besessenen Gegenstandes (des Buches) nicht Unrecht sei‘, ist absurd. Das Gedankenwerk des Autors ist, wenn irgend etwas auf der Welt, sein Eigenthum. Er will es benutzen durch Mittheilung. (...) Das Gesetz soll sein Eigenthum, wie jedes, schützen. Dies Eigenthum aber ist nicht, wie jedes andere, ein materielles, sondern ein geistiges, immaterielles. Es also wie ein materielles, d.h. nach den Regeln, die von diesem gelten würden, behandeln wollen, wie obiges Argument thut, ist absurd. Er muss es mittheilen können, ohne sein Eigenthumsrecht gefährdet zu sehen; und da die Mittheilung nur durch materielle Mittel geschehen kann, welche als solche sein Eigenthum (das mitzutheilende Immaterielle) dem Raub aussetzen; so muß diesem durch Gesetze vorgebeugt

des mit der Aufklärung aufgekommenen Gedankens vom „geistigen Eigentum“,<sup>91</sup> verknüpft sich hierin die Immaterialität seines Gegenstandes mit dessen Eigenschaften als (auch) vermögenswertem und verkehrsfähigem Gut sowie als Objekt ausschließlicher Rechte. Der Unterschied zwischen Immaterialgut und Persönlichkeitsrecht liegt nach traditioneller deutscher Rechtsauffassung damit in der Güterqualität des Geistigen Eigentums,<sup>92</sup> in seinem (wenn auch unkörperlichen) Bestehen außerhalb der handelnden, denkenden, schaffenden Person, während das Persönlichkeitsrecht in seinem Kern nicht Ausfluss eines Schaffens-, Erfindungs- oder Produktionsprozesses ist, sondern sich vielmehr direkt oder indirekt aus der Schutzwürdigkeit des Individuums in seiner Existenz und Entfaltung ableitet.<sup>93</sup>

### b) Persönlichkeitsrechtsschutz

Der hergebrachten Sichtweise des „reinen“ Persönlichkeitsrechts in seinem im Grundgesetz begründeten Kern steht allerdings in der Rechts- und Lebenswirklichkeit eine zunehmende Betonung auch des vermögenswerten Aspekts des Persönlichkeitsrechts gegenüber.<sup>94</sup> Im Falle der ebenfalls originär persönlichkeitsrechtlichen Schutzgegenstände des Namensrechts nach § 12 BGB und des

---

werden, deren Charakter ein ganz eigenthümlicher und specieller seyn wird, weil in diesem Fall ein immaterielles Eigentum ihr Gegenstand ist und daher die materiellen Objekte, auf welche sie sich zunächst beziehen, als bloß *per accidens* eintretend, gar nicht als solche betrachtet, noch den Regeln solcher unterworfen werden dürfen, vielmehr immer das immaterielle Eigentum der Gegenstand bleibt“, s. *Frauenstädt*, Aus Arthur Schopenhauer's handschriftlichem Nachlaß, S. 380 f.

<sup>91</sup> Zur naturrechtlichen Lehre vom Geistigen Eigentum siehe etwa *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, § 2 Rn. 23 ff.; *Loewenheim* in *Schricker/Loewenheim*, UrhR, Einl. Rn. 10, jew. m.w.N.; die Begriffe „Immaterialgüterrecht“ und „Geistiges Eigentum“ werden hier synonym gebraucht, sind jedoch insoweit nicht deckungsgleich, als sie sich ihrem Gegenstand aus unterschiedlicher Blickrichtung nähern. Der eine betont Ausnahmestellung und Besonderheiten, die mit der Unkörperlichkeit des geschützten Rechtes einhergehen, der andere beschreibt die sachenrechtliche Qualität der Beziehung zwischen Recht und Rechtsinhaber. Während sich in anderen Rechtsprachen das „*Intellectual Property Right*“ oder die „*Propriété Intellectuelle*“ etabliert haben, ist der Begriff des Geistigen Eigentums im Deutschen aus diesem Grund nicht unumstritten; so hat bereits *Kohler* als „Erfinder“ des Immaterialgüterrechts im Begriff des „Geistigen Eigentums“ die Gefahr gesehen, dass dieser den ursprünglichen Eigentumsbegriff übermäßig „ausdehnen und verflüchtigen“ würde, s. *Kohler* AcP Bd. 82 (1894), 141, 161; vgl. auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 10 Fn. 10.

<sup>92</sup> Vgl. zu dieser Abgrenzung bereits *Kohler*, Autorrecht, S. 74.

<sup>93</sup> Vgl. die zahlreichen Nachw. bei *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 10 Fn. 33.

<sup>94</sup> Vgl. BGH GRUR 2000, 709, 712 – *Marlene Dietrich*; zu den entsprechenden Entwicklungen und inhaltlichen Spannungen zwischen I. und VI. Zivilsenat am BGH vgl. die Anm. von *Wagner* GRUR 2000, 717, 719; zur Frage der Vererbbarkeit oder Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten s. *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 271 ff.; eingehend und m.w.N. auch *Seemann* UFITA Bd. 131 (1996), 5, 34 ff. (für das amerikanische Recht) und 40 f. (für das deutsche Recht).

Rechts am eigenen Bild nach §§ 22 ff. KUG sind wirtschaftliche Interessen inzwischen unstrittig mit in den materiellen Schutzbereich einbezogen.<sup>95</sup> Weiterhin ist die nicht unumstrittene Bezeichnung als „Persönlichkeitsgüterrecht“<sup>96</sup> [Herv. d. Verf.] in Anlehnung an die des „Immaterialgüterrechts“ symptomatisch für einen Paradigmenwechsel,<sup>97</sup> in dessen Konsequenz sich die Schutzfunktion des Persönlichkeitsrechts auch auf wirtschaftliche Interessen erstreckt.<sup>98</sup> Während etwa das amerikanische Recht nach einer dualistischen Betrachtungsweise die ideellen und wirtschaftlich relevanten Bereiche des Persönlichkeitsrechts als *Right of Privacy* und *Right of Publicity* streng voneinander trennt, gelten die beiden Elemente – der patrimoniale und der ideelle Persönlichkeitsschutz<sup>99</sup> – nach deutschem Recht im Sinne der im Urheberrecht herrschenden monistischen Auffassung<sup>100</sup> als integrale Bestandteile eines einzigen allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>101</sup> Es besteht allerdings zumindest in den Fällen der sog. „Zwangskommerzialisierung“ vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts eine der Immaterialgüterrechtsverletzung durchaus vergleichbare Situation.<sup>102</sup> Darüber hinaus beobachtet *Seemann* – in Anlehnung an die Entwicklung des im US-Amerikanischen aus dem *Right of Privacy* entwickelten *Right of Publicity*<sup>103</sup> – gar eine Entwicklung in Richtung eines neuen immateriellen Eigentums- oder Verwertungsrechts, eines „*Copyright für Promi-*

<sup>95</sup> Dazu *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 41 ff., 108 ff.; *Seemann* UFITA Bd. 131 (1996), 5, 36.

<sup>96</sup> *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsgüterrechte, S. 26 ff.; übernommen von *Biene*, Starkult, Individuum und Persönlichkeitsgüterrecht (2004); *Wagner* GRUR 2002 717, 718, 720; für die Anerkennung vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts als dingliche Rechtsgüter auch *Ullmann* WRP 2000, 1049, 1052 f.; ablehnend *Schack* JZ 2000, 1060, 1062; *ders.* JZ 2007, 366 f.

<sup>97</sup> Eingehend *Seemann* UFITA Bd. 131 (1996), 5.

<sup>98</sup> Ausdrücklich BGH GRUR 2000, 709, 712 – *Marlene Dietrich* m. zust. Anm. *Wagner*; *Seemann* UFITA Bd. 131 (1996), 5, 35 ff. m.w.N.; *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 138; den Aspekt der insoweit längst etablierten wirtschaftlichen Faktizität betont *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 44, 69 ff.; die Anerkennung des Vermögenswertes voraus setzen auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 343; v. *Holleben*, Geldersatz, S. 89 m.w.N.; für eine Einordnung des Persönlichkeitsrechts als Eigentumsposition nach Art. 14 GG *Biene*, Persönlichkeitsgüterrecht, S. 20 ff.

<sup>99</sup> Zu den Schwierigkeiten der Abgrenzung vgl. *Wagner* in MüKo-BGB Bd. 5, § 823 Rn. 182 m.w.N.

<sup>100</sup> Nachw. s. sogleich unten Fn. 109.

<sup>101</sup> Vgl. nur *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 138 ff.; v. *Holleben*, Geldersatz, S. 91 f., jew. m.w.N.

<sup>102</sup> V. *Holleben*, Geldersatz, S. 95; *Wagner* in MüKo-BGB, § 823 Rn. 181; zur Anwendung der dreifachen Schadensberechnung in diesen Fällen unten Kap. II. B. 1. a) (2).

<sup>103</sup> Zur Entstehungsgeschichte ausführlich *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 169 ff; vgl. auch *Biene*, Persönlichkeitsgüterrecht, S. 88 ff.

nenz“<sup>104</sup>: „Nicht mehr nur der Urheber erscheint als ‚Meister und Besitzer‘ seiner Schöpfungen, sondern immer mehr auch der Prominente hinsichtlich seiner vermarktbareren *Identität*.“<sup>105</sup> In jedem Fall kann die Persönlichkeit auf dem „Medienmarkt“ als ganz erhebliches „Wirtschaftsgut“ bezeichnet werden.<sup>106</sup>

### c) Urheberrecht und Immaterialgüterrechte

Umgekehrt hat auch der Schutz des Urheberrechts als „Mischform“<sup>107</sup> einen persönlichkeitsbezogenen Einschlag bzw. Ausgangsgedanken, wobei dieser persönlichkeitsbezogene Schutz des Urhebers oder Erfinders und der vermögensrechtliche, gegenstandsbezogene Schutz der Verwertung längst nicht mehr als *aliud* nebeneinander gestellt werden<sup>108</sup>, sondern vielmehr als verschiedene Ableitungen aus dem selben Immaterialgüterrecht gelten<sup>109</sup>: Das urheberrechtlich geschützte Werk wird als Ergebnis der geistigen Schöpfung des Urhebers und damit als Ausfluss seiner Persönlichkeit verstanden. Verwertbar ist es dann als außerhalb des Schöpfers bestehendes Immaterialgut, und eine Rechtsverletzung kann sich gegen das ausschließliche Vermarktungsrecht des Urhebers, je nach Fallgestaltung aber auch gegen dessen (Urheber-) Persönlichkeitsrecht richten. Insofern nimmt das Urheberrecht unter den Immaterialgüterrechten eine Sonder-

---

<sup>104</sup> Seemann UFITA Bd. 131 (1996), 5, 11; für die Akzeptanz eines „wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechts“ aufgrund funktionaler, sozial- und kulturpolitischer Gesichtspunkte ausführlich *Biene*, Persönlichkeitsgüterrecht, S. 148 ff.; für einen entsprechenden kumulativen Schutz vermögensrechtlicher und immaterieller Interessen auch im deutschen Recht *Wagner* GRUR 2000, 717, 720.

<sup>105</sup> Seemann UFITA Bd. 131 (1996), 5, 7, der darauf hinweist, inwieweit hierdurch die rechtliche Behandlung der Persönlichkeit von einer rein ideelle Interessen abdeckenden Funktion hin zur wirtschaftliche Werte schützenden gewandelt hat, *Seemann* a.a.O., S. 12, 27 ff.

<sup>106</sup> *Biene*, Persönlichkeitsgüterrecht, S. 12 ff. m.w.N., der dessen Wert im Folgenden in einen „direkten“ und einen „assoziativen“ unterteilt; vgl. auch *Seemann* UFITA Bd. 131 (1996), 5, 35 ff.; zur ökonomischen Theorie und ökonomischen Begründungen s. *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 207 ff.; zur wirtschaftlichen Tragweite von Persönlichkeitsrechtsverwertungen wiederum *Biene*, a.a.O., S. 24 ff.

<sup>107</sup> So *Götting*, der allerdings nach der von ihm vorgenommenen grundsätzlichen Einteilung das Urheberrecht als Mischform des Vermögens- und des Persönlichkeitsrechts und gerade nicht als Immaterialgut ansieht, da es solches nicht disponibel sei; es nähere sich einem Immaterialgut nur stark an, vgl. *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 10.

<sup>108</sup> So früher die sog. dualistische Theorie, vertreten etwa von *Kohler* und *Fikentscher*, vgl. dazu etwa *Kohler*, Autorrecht, S. 74 sowie die Nachw. bei *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 138 f. und in der Zusammenfassung von *Wandtke*, UrhR, Kap. I Rn. 30 ff.

<sup>109</sup> Zur heute herrschenden monistischen Theorie insbesondere seit *Ulmer* und *Hubmann* vgl. die Nachw. bei *Vogel* in *Schricker/Loewenheim*, UrhR, Einl. Rn. 110; einen kurzen Überblick mit Nachw. gibt auch hierzu *Wandtke*, UrhR, Kap. I Rn. 33 ff.



stellung ein: Wenn dieses im Rahmen dieser Arbeit auch unter den Begriff der Immaterialgüter gefasst wird, so bleibt doch zu beachten, dass das Urheberrecht aufgrund seines persönlichkeitsrechtlichen Bestandteils als solches nicht verkehrsfähig ist und damit kein Immaterialgut im engsten Sinne darstellt.<sup>110</sup> Andere Immaterialgüter wie insbesondere das Markenrecht haben sich im Laufe der Zeit über eine allmähliche Entpersonalisierung und Verselbständigung vom Persönlichkeitsrecht zum Immaterialgut entwickelt.<sup>111</sup>

Besonderheit jedes Immaterialgutes ist, dass es sich seiner Natur nach in einem Werkstück oder Produkt lediglich konkretisiert;<sup>112</sup> so ist das Urheberrecht wie die erfinderische Lehre des Patent- und Gebrauchsmusterrechts ein vermögenswertes, aber unkörperliches Gut, das von „körperlichen Mitteilungsträgern“ wie schriftlichen Beschreibungen, aber auch Modellen, in denen es verwirklicht ist, unterschieden werden muss.<sup>113</sup> Daneben haben Immaterialgüterrechtscharakter das Geschmacksmuster und einige der sogenannten verwandten Schutzrechte (auch Leistungsschutzrechte oder Nachbarrechte) aus dem Bereich des Kulturschaffens und der digitalen Dienste<sup>114</sup>, an Pflanzensorten, Halbleitertopographien und weiterer vergleichbarer Schaffensprodukte. Auch die nach dem Markengesetz geschützten Marken, Unternehmenskennzeichen und Werktitel als dem Güterverkehr dienende äußere Kennzeichen sind „selbständige Wertobjekte immaterieller Natur“, die „den Wert der in Bezug auf ihren jeweiligen Bezeichnungsgegenstand erbrachten gewerblichen Leistungen zusammenfassen“.<sup>115</sup> Das Marken- und Kennzeichenrecht als solches bildet, wenn auch als gleichwertiges

---

<sup>110</sup> Zur differenzierteren Abgrenzung der Begriffe Urheberrecht, Immaterialgüterrecht und geistiges Eigentum sei nochmals verwiesen auf *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 10 Fn. 10.

<sup>111</sup> Dazu ausführlich *Götting*, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, S. 113 ff. mit zahlr. w. Nachw.

<sup>112</sup> BGH GRUR 2002, 532, 534 – *Unikatrahmen*; *Schricker/Loewenheim*, UrhR, § 2 Rn. 10; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 2 Rn. 11.

<sup>113</sup> *Kraßer*, *Patentrecht*, § 1 II 2.

<sup>114</sup> Dazu *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, Einl. Rn. 17; *Wandtke* in *Wandtke/Bullinger*, UrhR, Einl. UrhG Rn. 11.

<sup>115</sup> *Lange*, *Marken- und Kennzeichenrecht*, Rn. 3 m.w.N.

Immaterialgüterrecht,<sup>116</sup> allerdings schon eine Schnittstelle zum Recht des lauten und unverfälschten Wettbewerbs, ist es doch historisch aus dem Verbot der Herkunftstäuschung, einer lauterkeitsrechtlichen Verhaltensanordnung, entstanden.<sup>117</sup> Noch mehr gilt dies für den sog. ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz, der sich zwar über die Regeln des Lauterkeitsrechts, aber seiner Ausrichtung nach in einer dem Immaterialgüterschutz vergleichbaren Weise entfaltet, wenn er auch als originär lauterkeitsrechtlicher Nachahmungsschutz keine ausschließlichen Rechtspositionen zu begründen vermag.<sup>118</sup>

Neben der oben genannten eventuellen – und dann je nach Schutzgegenstand des jeweiligen Rechtsbereichs unterschiedlich stark ausgeprägten – Persönlichkeitsschützenden Komponente des Immaterialgüterrechts soll mit der ausschließlichen Rechtszuweisung insbesondere die wirtschaftliche Verwertung des Immaterialguts einer bestimmten Person vorbehalten werden, „primär derjenigen, welcher die Existenz des Guts zu danken ist“.<sup>119</sup> Der wirtschaftliche Wert eines Immaterialguts ergibt sich nämlich aus der Möglichkeit, den Schutzrechtsgegenstand zu veräußern, zu verwerten oder einer weiteren Verwertung gegen Entgelt zuzustimmen. Beeinträchtigt wird dieser Wert vor allem durch konkurrierende Nutzung, da an den Immaterialgütern mangels körperlicher Sacheigenschaft kein Besitz bestehen kann, die geschützten Inhalte als ein Charakteristikum der Immaterialgüter und anders als im Falle materieller Güter damit grundsätzlich ubiquitär sind und ohne einen „echten“ Nutzungszug im körperlichen

---

<sup>116</sup> Zum Argument der Interdependenz der Immaterialgüterrechte und dem Wandel der Rechtsprechung des EuGH zur Frage der rechtlichen Gleichwertigkeit und Schutzwürdigkeit der Marke vgl. ausführlich *Fezer* in *Fezer*, Markenrecht, Einl. MarkenG C Rn. 4 ff.

<sup>117</sup> Näher *Beater*, Nachahmen im Wettbewerb, S. 122 ff.; *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, § 6 Rn. 26; eine Mischform von Sonderrechtsschutz und Lauterkeitsrecht stellen auch die an die Irreführungstatbestände angelehnten geografischen Herkunftsangaben nach § 126 ff. MarkenG dar, vgl. *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Einl. MarkenG Rn. 11 sowie die Gegenansicht von *Fezer* in *Fezer*, Markenrecht, § 128 MarkenG Rn. 23; *Sambuc* in *Harte/Henning*, UWG, Einl. F Rn. 221.

<sup>118</sup> Zu dieser Konstellation quasi-sonderrechtlichen Schutzes durch lauterkeitsrechtliche Verhaltensregelungen vgl. ausführlich *Sambuc* in *Harte/Henning*, UWG, Einl. F Rn. 198 ff.; zur Einordnung des ergänzenden Leistungsschutzes gemäß § 4 Nr. 9 UWG als „geistiges Eigentum“ nach der *Enforcement-* Richtlinie (2004/48/EG, s. oben Fn. 10) s. *Beyerlein* WRP 2005, 1354 ff.

<sup>119</sup> *Kraßer* GRUR Int 1980, 259.

---

Sinne von Dritten zeitlich und räumlich parallel genutzt werden können.<sup>120</sup> Dazu schreibt *Kraßer*: „Gewiss kann die Nutzung eines Immaterialguts – sofern es nicht in einem Kennzeichen besteht – trotz unbeschränkt zulässiger konkurrierender Benutzung lohnend erscheinen; das beweist die Verwertung gemeinfreier Werke und Erfindungen. Stets aber ist die Aussicht auf wirtschaftlichen Erfolg entscheidend gesteigert, wenn und solange andere von der Benutzung des gleichen Guts ausgeschlossen sind. Oft lässt erst dieses Mehr an wirtschaftlicher Erfolgsaussicht die für die Schaffung eines neuen Immaterialguts (...) erforderlichen Investitionen als lohnend erscheinen.“<sup>121</sup>

#### **d) Gemeinsamkeiten der Rechtsfolgen**

Je nachdem, ob es sich bei einer Rechtsverletzung um die Verletzung eines Immaterialgutes, um rein persönlichkeitsrechtsbezogene oder (auch) vermögenswerte Beeinträchtigungen von Persönlichkeitsrechten handelt, kommen in der Praxis unterschiedliche Leistungsansprüche des Verletzten in Betracht. In jedem Fall spielt hierbei die Frage der Prävention eine besondere Rolle. Bei beiden Varianten, sowohl bei der vermögensrechtlichen Schadensberechnung als auch bei der Geldentschädigung bei reinen Persönlichkeitsrechtsverletzungen, kann daher, wie unten<sup>122</sup> näher dargestellt wird, auch der Gewinn des Verletzers bei der Bemessung der Höhe der Ausgleichs- oder Entschädigungszahlung eine je nach Konstellation mehr oder weniger entscheidende Rolle spielen.

---

<sup>120</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 3; *Kraßer* GRUR Int 1980, 259.

<sup>121</sup> *Kraßer* GRUR Int 1980, 259.

<sup>122</sup> Zur Schadensberechnung bezüglich vermögenswerter Persönlichkeitsrechtsbestandteile vgl. unten Kap. II. B. 1. a) (2); zur Berücksichtigung des Verletzergewinns bei der Bemessung der Geldentschädigung wegen immaterieller Verletzungsfolgen nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Medien vgl. Kap. II. B. 3. c).

### 2. Wettbewerbsrecht

#### a) Allgemeines und Abgrenzung

Das Wettbewerbsrecht schließlich schützt seinerseits vor allem überindividuelle Rechtsgüter, „abstrakte Zustände“<sup>123</sup>, nämlich im Kern Freiheit,<sup>124</sup> Bestand<sup>125</sup> und Lauterkeit<sup>126</sup> des wirtschaftlichen Wettbewerbs<sup>127</sup> als Werte des Allgemeininteresses, sowie daneben die Handlungsfreiheit von Marktteilnehmern und Verbrauchern als ebenfalls immaterielle, aber individuelle Schutzgüter.<sup>128</sup> Das Lauterkeits- und das Kartellrecht dienen dabei nach inzwischen wohl herrschender Meinung beide als einander ergänzende Regelungen dem Schutz des Wettbewerbs vor Beeinträchtigungen sowohl im Allgemeininteresse als auch im (Individual-) Interesse der Marktteilnehmer.<sup>129</sup> Aus diesem Zusammentreffen von individuellen und überindividuellen Interessen und Schutzzwecken ergibt sich die charakteristische Mehrdimensionalität<sup>130</sup> des lauterkeitsrechtlichen und kartellrechtlichen Schutzes. Anders als das Immaterialgüterrecht entfaltet das Lauterkeits- und insoweit entsprechend das Kartellrecht allerdings immer nur relative Schutzwirkung, da es niemals ausschließliche Rechtspositionen begründet,

---

<sup>123</sup> Dreier, Kompensation und Prävention, S. 58; nicht zu verwechseln mit dem weder durch das UWG noch durch das geistige Eigentum verliehenen Schutz abstrakter Ideen oder Motive, vgl. etwa zum Fall von Barbie-Puppen-Zubehör für bestimmte Spielsituationen BGH GRUR 2005, 166, 168 – *Puppenausstattungen*.

<sup>124</sup> Zum Konzept der Wettbewerbsfreiheit vgl. etwa *Sosnitza* in MüKo-Lauterkeitsrecht, Grundl. Rn. 8 m.w.N.

<sup>125</sup> Zum gemeinsamen Ziel des Institutionsschutzes s. ausführlich *Mestmäcker*, Der verwaltete Wettbewerb, S. 78 ff.

<sup>126</sup> Vgl. § 1 S. 2 UWG: Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

<sup>127</sup> Vgl. ausführlich etwa *Fezer* in *Fezer*, UWG, § 1 Rn. 47 ff., 94 ff.; *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 47 ff., jew. m.w.N.

<sup>128</sup> Vgl. § 1 S. 1 UWG; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 58; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. Rn. 6.11; *ders.* WRP 2005, 645 f.; zu wesentlichen Wettbewerbskonzeptionen und deren Relevanz für das UWG vgl. grundlegend und mit Nachw. *Schünemann* in *Großkomm-UWG*, Bd. 1, Einl. A Rn. 6 ff. sowie 37 ff.; *Fezer* in *Fezer*, UWG, Einl. E Rn. 241 ff.; *Sosnitza* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, Grundl. Rn. 2 ff.

<sup>129</sup> Vgl. etwa *Köhler* WRP 2005, 645 f.; *Fezer* in *Fezer*, UWG, Einl. E Rn. 214 ff.; *Brüning* in *Harte/Henning*, UWG, Einl. F Rn. 112. Als einer der ersten Autoren vertrat diesen überindividuellen, sozialrechtlichen Ansatz (zur vorher herrschenden Ansicht vgl. sogleich Fn. 131) *Eugen Ulmer*, der dabei auch bereits den Aspekt des Verbraucherschutzes einbrachte: „Es geht auch um die Interessen der Abnehmer, des Publikums. Das täuschende Angebot, das Ansprechen auf der Straße, der Agentenbesuch im Trauerhaus – all das sind ja Dinge, die in erster Linie den Abnehmer beeinträchtigen. Nur mittelbar ist hier der Mitbewerber betroffen. Er leidet unter dem Vorsprung des skrupellosen Mitbewerbers, der sich über die Anstandsregeln des Gemeinschaftslebens hinwegsetzt. Die Zielsetzungen des Wettbewerbsrechts sind also komplexer Art. Die Frage nach dem geschützten Rechtsgut ist aber im Grunde gar nichts anderes als die Frage nach Ziel und Zweck der gesetzlichen Ordnung“, *Ulmer* GRUR 1937, 769, 772.

<sup>130</sup> Eingehend *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 48 ff.

sondern seinen Schutz durch sonderdeliktsrechtliche Verhaltensanordnungen entfaltet.<sup>131</sup> Denn die Marktwirtschaft als solche kennt keine eigentumsgleichen Marktpositionen, die einem Marktteilnehmer, der sie einmal errungen hat, in der Folge zur ausschließlichen Verwertung zugewiesen wären;<sup>132</sup> vielmehr darf jede Marktposition jederzeit durch Konkurrenten zulässigerweise angegriffen werden, solange sich das Verhalten des Angreifers außerhalb etwa der lauterkeitsrechtlichen Verbotsnormen bewegt.<sup>133</sup> Das Wettbewerbsrecht schützt seine Rechtsgüter also zumeist verhaltens-, und nur in Ausnahmefällen – wie beim ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz oder dem Geheimnisschutz – gegenstandsbezogen.<sup>134</sup>

Sortiert man die beiden wettbewerbsrechtlichen Bereiche näher nach ihren Schutzzwecken, so schützt grundsätzlich das Lauterkeitsrecht über das *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG) die Lauterkeit des Wettbewerbs und damit unmittelbar die Marktteilnehmer, während das – insoweit verkürzt bezeichnete<sup>135</sup> – Kartellrecht insbesondere über das *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB) die Freiheit des Wettbewerbs als wirtschaftspolitische Er-

---

<sup>131</sup> Dabei lag dem Lauterkeitsrecht ursprünglich ein individualrechtlich Konzept zugrunde, da ziviles Unrecht notwendigerweise um die Jahrhundertwende vom 19. in das 20. Jh. grundsätzlich als Verletzung eines subjektiven Rechts verstanden wurde; ein solches wurde zum Teil aus einer persönlichkeitsrechtlichen (vertreten etwa von *Köhler* und *von Gierke*), später auch aus einer unternehmensrechtlichen Theorie abgeleitet (insb. von *Baumbach*), vgl. dazu die Darstellung und Nachw. bei *Fezer* WRP 1993, 565, 569 f.; ausführlich zum Schutz wettbewerbsbezogener Interessen an Stelle eines Schutzes subjektiver Rechte im Wettbewerbsrecht *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 57 f. m.w.N.

<sup>132</sup> *Brüning/Ahrens* in *Harte/Henning*, UWG, Einl. F Rn. 125 mit Verweis auf BGH GRUR 1990, 522, 527 – *HBV-Rechtsschutz*.

<sup>133</sup> Insofern den deliktsrechtlichen Strukturen in § 823 Abs. 2 und § 826 BGB entsprechend, vgl. *Brüning/Ahrens* in *Harte/Henning*, UWG, Einl. F Rn. 125 f. m.w.N.

<sup>134</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 10; auch bei den wettbewerbslich geschützten Leistungspositionen handelt es sich allerdings gerade nicht um Immaterialgüter, der sie betreffende Schutz entfaltet sich vielmehr über den Schutz der Marktteilnehmer vor unlauteren Ausbeutungshandlungen sowie vor einer herkunftsbezogenen Irreführung und über das Interesse der Allgemeinheit an einem innovativen und unverfälschten Wettbewerb, vgl. etwa *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4 Rn. 9.2. Eine weitere Schnittstelle zwischen ausschließlichem und verhaltensbezogenem Recht stellt das Markenrecht dar, das einerseits entsprechend der Systematik des § 823 Abs. 1 BGB ausschließliche Rechtspositionen zuweist, andererseits diese aber nicht nur durch Schranken, sondern auch durch die Beschreibung relevanter Verletzungstatbestände unter Bezugnahme auf Verwechslungsgefahr und Rufschutz relativiert, vgl. *Brüning/Ahrens* in *Harte/Henning*, UWG, Einl. F Rn. 126.

<sup>135</sup> Vgl. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. Rn. 6.1.

rungenschaft bewahren soll.<sup>136</sup> Tatsächlich ist diese Unterteilung im Sinne einer strikten Trennung aber in dieser Schlichtheit letztlich nicht zutreffend.<sup>137</sup> Nach § 1 UWG bezweckt das Gesetz den Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerbs.<sup>138</sup> Das Kartellrecht schützt im Vergleich dazu über die „auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des GWB“ hinaus vor allem vor Beeinträchtigungen des Wettbewerbs sowie die Interessen der von einem Kartellrechtsverstoß betroffenen Marktbeteiligten, darunter auch die der Verbraucher.<sup>139</sup>

Nach *Köhler* stimmen auf dieser Ebene die Schutzzwecke beider Gesetze überein,<sup>140</sup> wobei sich auch inhaltlich „keine substantiellen Unterschiede“ zwischen den kartellrechtlichen und den lauterkeitsrechtlichen Marktverhaltensregelungen ergäben.<sup>141</sup> Tatsächlich ließen sich wohl über die UWG-typische Generalklausel (früher § 1, heute § 3 UWG) zumindest die meisten Verstöße des insoweit abschließend-enumerativ strukturierten GWB erfassen.<sup>142</sup> Denn systematisch betrachtet ermöglicht die auch nach der Novelle 2004 durch die Generalklausel gewährleistete Offenheit des Lauterkeitsbegriffs eine Ahndung aller Arten von wettbewerbswidrigen „Beeinträchtigungen“ (vgl. § 3 UWG) zu Lasten der in § 1 UWG genannten Marktteilnehmer, während das Kartellrecht nur eine abschließende Zahl konkret umschriebener Verhaltensweisen vor allem unter dem Ge-

---

<sup>136</sup> Indem es einer wirtschaftlichen Machthäufung dort entgegentritt, wo sie „die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung“ und damit auch die „bestmögliche Versorgung des Verbrauchers“ gefährdet oder beeinträchtigt, da die Wettbewerbswirtschaft die ökonomischste und zugleich demokratischste Form der Wirtschaftsordnung sei, vgl. die Begr. zum Entwurf des ersten Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 22.1.1955, BT-Drucks. II/1158, S. 21; vgl. auch *Köhler* WRP 2005, 645, 646.

<sup>137</sup> Zur heute herrschenden monistischen Theorie vgl. *Köhler* WRP 2005, 645 f.; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. Rn. 6.11; *Fezer* in *Fezer*, UWG, Einl. E Rn. 214 ff.; *Brüning* in *Harte/Henning*, UWG, Einl. F Rn. 112 ff.; *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 48 m. zahlr. Nachw.

<sup>138</sup> Vgl. dazu bereits *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 397.

<sup>139</sup> Mit Hinweis auf § 33 Abs. 1 S. 3 GWB *Köhler*, WRP 2005, 645, 646; zur fehlenden Klagebefugnis der Verbraucherverbände im Gewinnabschöpfungsverfahren nach § 34a GWB vgl. allerdings noch unten Kap. II. C. 2. b).

<sup>140</sup> *Köhler* WRP 2005, 645, 646.

<sup>141</sup> *Köhler* WRP 2005, 645, 646; eine „materielle Identität von Freiheitsschutz und Lauterkeitsschutz“ sieht auch *Schünemann* in *Großkomm-UWG*, Einl. E 18.

<sup>142</sup> Vgl. die Beispiele bei *Köhler* WRP 2005, 645, 646.

sichtspunkt der Kontrolle von Marktmacht verbietet.<sup>143</sup> Andererseits unterscheiden sich die beiden Rechtsbereiche zumindest in der Gewichtung ihrer Ansatzpunkte und Schutzziele,<sup>144</sup> indem das Lauterkeitsrecht den Wettbewerb vor allem unter dem Aspekt der Verhinderung bestimmter wettbewerbsimmanenter Handlungen schützt, während das Kartellrecht die wettbewerbslichen Marktstrukturen sichern soll.<sup>145</sup> Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass sich die beiden Rechtsmaterien nach der heute bestehenden, historisch gewachsenen<sup>146</sup> Konstruktion zum einen ergänzen, zum anderen in Wechselwirkung<sup>147</sup> miteinander stehen und dementsprechend ausgelegt<sup>148</sup> werden sollten.<sup>149</sup>

Ein weiterer Unterschied des Wettbewerbsrechts insgesamt schließlich zu den Immaterialgüterrechten mit ihrer klaren Zuweisungsfunktion mag darin liegen, dass die wettbewerbsrechtlichen Verhaltensregeln in noch höherem Maße einem steten, an den sich ändernden wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Auffassungen orientierten Wandlungs- und Anpassungsprozess unterliegen. Dem Lauterkeitsrecht ist es ohne die Konstruktion subjektiver Rechte jedenfalls umgekehrt leichter möglich, mit der notwendigen Kompromissfähigkeit und Oppor-

---

<sup>143</sup> Köhler WRP 2005, 645, 647.

<sup>144</sup> Vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, Einl. Rn. 6.13; ausführlich Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, S. 78 ff.

<sup>145</sup> Vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, Einl. Rn. 6.12.

<sup>146</sup> Köhler WRP 2005, 645, 646.

<sup>147</sup> Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, dürfe daher einerseits die Wettbewerbsfreiheit nicht zu sehr durch lauterkeitsrechtliche Verbote eingeschränkt werden, sei jedoch andererseits das Postulat der Freiheit kein Freibrief für unlautere Methoden, wenn auch die freiheitssichernden Zielsetzungen des Kartellrechts nicht durch das UWG beeinträchtigt werden dürften, vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, Einl. Rn. 6.13 mit Verweis auf BGH GRUR 2004, 602, 603 – 20 Minuten Köln; BGH GRUR 1999, 256, 258 – 1000,- DM Umweltbonus.

<sup>148</sup> So sei insbesondere das – durch die Generalklausel offen gehaltene – Lauterkeitsrecht immer auch „im Kontakt mit den Grundwertungen des Kartellrechts“ auszulegen, so Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, Einl. Rn. 6.12.

<sup>149</sup> Nach Köhler soll es sich bei Lauterkeits- und Kartellrecht dennoch um – bildlich beschrieben – nicht zwei sich überschneidende, sondern zwei übereinander liegende, aber ungleich große Kreise handeln, Köhler WRP 2005, 645, 647; zur Frage der Anspruchskonkurrenz vgl. Köhler a.a.O., S. 647 ff.; P. Ulmer GRUR 1977, 565, 566 ff.; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 11.12 m.w.N.; zur Abgrenzung der Sanktionen Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 50 m.w.N.

tunitätsoffenheit<sup>150</sup> auf einen geänderten gesellschaftlichen Konsens und das freie Spiel des Wettbewerbsgeschehens zu reagieren.<sup>151</sup>

### b) Lauterkeitsrecht

Materiell stellt sich das deutsche Lauterkeitsrecht seit seiner Normierung im ersten UWG von 1896 und danach dem UWG von 1906 bis zur Novelle von 2004<sup>152</sup> als tendenziell immer deregulierter<sup>153</sup> dar. Da das Lauterkeitsrecht seit der Fassung des UWG von 1909 vor allem auf der Auslegung der fast hundert Jahre gültigen Generalklausel des § 1 UWG a.F. beruhte,<sup>154</sup> spielte bei dieser Anpassung an neue Gegebenheiten vor allem die Rechtsprechung eine ganz wesentliche Rolle.<sup>155</sup> In verschiedener Hinsicht lag der Entwicklung des deutschen Lauterkeitsrechts in den letzten Jahren, vor allem der Novelle des UWG von 2004, daneben auch eine Anpassung an insbesondere europäische Vorgaben zugrunde, nachdem etwa das deutsche Lauterkeitsrecht in mancher Hinsicht als besonders streng angesehen war.<sup>156</sup> Die Novelle nahm einige Regelungen der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (*Unfair-trade-Richtlinie*) vom 11.5.2005 vorweg, die ihrerseits ein reibungsloses Funktionieren des gemeinsamen Marktes und das Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus zum Ziel hat.<sup>157</sup> Die Umsetzung der verbleibenden anzupassenden Regelungen,<sup>158</sup> insbesondere die Übernahme der „schwarzen Liste“ unlauterer Handlungen als Anhang zu § 3 Abs. 2 UWG, erfolgte Ende 2008 mit dem Ersten

---

<sup>150</sup> Vgl. *Tilman* ZHR 141 (1977), 32, 33; aufgegriffen von *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 57.

<sup>151</sup> Zum Zusammenhang zwischen überindividueller Schutzausrichtung und notwendiger Anpassungsfähigkeit des Wettbewerbsrechts *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 57 m.w.N.

<sup>152</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 12. Zu den Entwicklungslinien des Lauterkeitsrechts insoweit ausführlich *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 18 ff. m.w.N.

<sup>153</sup> Etwa aus vergleichsweise jüngerer Zeit die Streichung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung im Jahre 2001, vgl. *Köhler* WRP 2005, 645, 646 Fn. 10; zur Historie vgl. auch die Übersicht bei *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. Rn. 2.8 ff. m.w.N.

<sup>154</sup> Nachdem sich das erste UWG von 1896 aufgrund seiner fallgruppenorientierten Regelungen als unzureichend herausgestellt hatte, vgl. dazu *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 21 f. m.w.N.

<sup>155</sup> So auch *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 45.

<sup>156</sup> Vgl. etwa *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12.

<sup>157</sup> Vgl. Art. 1 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005 (oben Fn. 11), ABl. Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22, 29; der Richtlinie voran ging das Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union vom 2.10.2001, KOM (2001) 531 endg.

<sup>158</sup> Dazu ausführlich *Köhler* GRUR 2005, 793 ff.



---

Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (1.UWGÄndG).<sup>159</sup>

Trotz und bei aller gewünschter und gemeinschaftsrechtlich angestoßener Liberalisierung im Lauterkeitsrecht gewann im Zuge der jüngeren Reformierungen damit auch die Verfolgung von Verbraucherinteressen im UWG deutlich an Gewicht. Parallel zur Öffnung des Schutzzwecks ausdrücklich auch für Verbraucher<sup>160</sup> richtete sich das gesetzgeberische Augenmerk nämlich auf Durchsetzungsdefizite im bisherigen Lauterkeitsrecht, denen insbesondere mit der Schaffung des § 10 UWG n.F. begegnet werden sollte.<sup>161</sup> Die Tatsache, dass diesen Durchsetzungsdefiziten nicht mit staatlicher Regulierungsmacht, sondern durch die Einführung eines privatrechtlich ausgestalteten Abschöpfungsanspruchs als Steuerungsinstrument begegnet wurde, kann als symptomatisch angesehen werden für die geradezu dialektischen Anforderungen an die heutige Rechtspolitik, die dem Gesetzgebers eine Balance zwischen zunehmender Bedeutung des Verbraucherschutzes einerseits und dem Anspruch von andauernder bzw. fortschreitender Privatisierung der Rechtsdurchsetzung im gesamten Wettbewerbsrecht andererseits abverlangen und die damit zu einem ganz eigenen, für das moderne Lauterkeitsrecht geradezu bezeichnenden Zielkonflikt führen.<sup>162</sup>

### c) Kartellrecht

Das deutsche Kartellrecht hingegen wurde seit der Einführung des GWB von 1958,<sup>163</sup> in dem bereits das bis heute geltende zweispurige Sanktionensystem aus kartellbehördlichen Befugnissen und privatrechtlicher Durchsetzung angelegt

---

<sup>159</sup> Vgl. den RegE eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (1.UWGÄndG), BT-Drucks. 16/10145, S. 1; in Kraft seit 30.12.2008, BGBl I 2008, S. 2949; zu den hierdurch zu erwartenden materiellrechtlichen Einschnitten, die „vermutlich viel tiefer“ seien als die Änderungen im Zuge der Reform von 2004 und zur Kritik an der Umsetzung vgl. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 29 f.

<sup>160</sup> Entsprechend der von der Rechtsprechung entwickelten Schutzzweck-Trias, vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 12 f.

<sup>161</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 13, 23.

<sup>162</sup> Zu den Konsequenzen und Grenzen dieser Balance vgl. noch unten ab Kap. V. B. 2.

<sup>163</sup> BGBl I 1957, S. 1081 ff.; in Kraft seit dem 1.1.1958.

war,<sup>164</sup> mit jeder der folgenden Novellierungen um Kontrollinstrumentarien ergänzt oder zumindest hinsichtlich bereits bestehender Kontrollmöglichkeiten gestärkt.<sup>165</sup> Mit der 7. Novelle des GWB von 2005 wurde entsprechend der europarechtlichen Entwicklung zwar das bisherige Anmelde- und Genehmigungssystem für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen abgeschafft und damit insgesamt die Verwaltungskontrolle zugunsten des Systems der Legalausnahme gelockert.<sup>166</sup> Im Gegenzug wurden allerdings einerseits die kartellbehördlichen Befugnisse in §§ 32 bis 32e GWB deutlich erweitert und die bereits früher normierte Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 GWB verschärft, andererseits zur Schaffung auch eines „effektiven zivilrechtlichen Sanktionssystems“<sup>167</sup> in § 34a GWB ein Vorteilabschöpfungsanspruch der Wirtschaftsverbände<sup>168</sup> nach dem Vorbild des § 10 UWG etabliert und die Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gestärkt, unter anderem durch die „Klarstellung“<sup>169</sup> in § 33 Abs. 3 S. 3 GWB, dass im Rahmen der richterlichen Schadensschätzung auch der Verletzererwerb berücksichtigt werden könne.<sup>170</sup>

### d) Gemeinsamkeiten der Rechtsfolgen

Im Spannungsfeld ihrer Wechselwirkungen und in einer „Zeit verschärfter kartellrechtlicher und gelockerter lauterkeitsrechtlicher Verhaltensanforderungen“<sup>171</sup> lässt sich damit für beide Wettbewerbsgesetze eine deutliche rechtspolitische Ausrichtung hin zur Stärkung der (zivilrechtlichen) Rechtsdurchsetzungsinstrumentarien verzeichnen.<sup>172</sup> Für diesen Zweck werden in beiden Fällen auch

---

<sup>164</sup> Näher *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 41.

<sup>165</sup> Vgl. die Übersicht hierzu bei *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. Rn. 6.5; ausführlicher zur Geschichte des GWB *Bunte* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, Einf. GWB Rn. 7 ff.; *Emmerich*, Kartellrecht, § 2 Rn. 5 ff.; *Bunte*, Kartellrecht, S. 37 ff.

<sup>166</sup> Dazu etwa *Kahlenberg/Haellmigk* BB 2004, 389.

<sup>167</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35.

<sup>168</sup> Und nicht mehr, wie ursprünglich parallel zur Regelung in § 10 UWG entworfen, auch der Verbraucherverbände, vgl. noch den RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 11; dazu näher unten Kap. II. C. 2. b).

<sup>169</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35, 54.

<sup>170</sup> Dazu noch unten Kap. II. B. 2. c).

<sup>171</sup> *Köhler* WRP 2005, 645, 646 Fn. 10.

<sup>172</sup> Zum Zusammenhang dieser Entwicklungen mit der „Rechtsmentalität“ der beteiligten Akteure vgl. instruktiv *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 42 ff. m. zahlr. Nachw.

Haftungsfolgen eingesetzt, die sich der Höhe oder dem Grunde nach auf den Gewinn des Rechtsverletzers beziehen.

Gerade im Lauterkeitsrecht hat sich der Gesetzgeber in jüngster Zeit allerdings für eine ganz pragmatische flankierende Sonderregelung entschieden: So wurde im Jahr 2009 mit dem Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen<sup>173</sup> mit § 20 UWG erstmals ein Bußgeldtatbestand eingeführt, über den die Bundesnetzagentur als Bundesbehörde Fälle von fahrlässigen oder vorsätzlichen Zuwiderhandlungen gegen § 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 UWG zusätzlich sanktionieren kann.<sup>174</sup> Ob sich hiermit gerade für den Bereich des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht ein Paradigmenwechsel ankündigt, bleibt abzuwarten.<sup>175</sup>

### **3. Rechtsdurchsetzung im gemeinsamen Spannungsfeld zwischen Beschränkung und Förderung von Wettbewerb und Innovation**

So klar sich das über absolute Rechtszuweisungen wirkende Immaterialgüterrecht einerseits und die Verhaltensanordnungen des Lauterkeitsrechts (und auch des Kartellrechts) andererseits voneinander unterscheiden lassen, so gibt es doch auch ganz wesentliche Berührungspunkte<sup>176</sup> zwischen ihren Regelungsbereichen. Zum einen stehen ihre Schutznormen in vielen Situationen des Wirtschaftslebens in Konkurrenz zueinander oder sie ergänzen einander, da bestimmte Verletzungshandlungen gegenüber subjektiven Rechten zugleich Zuwiderhandlungen im Sinne des Lauterkeitsrechts darstellen können.<sup>177</sup> Insbesondere mit den gewerblichen Schutzrechten hat das Wettbewerbsrecht schließlich die

---

<sup>173</sup> Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen (TelVertrÄndG) vom 29.7.2009, BGBl I 2009, S. 2413 ff., in Kraft seit 4.8.2009.

<sup>174</sup> Vgl. dazu die Begr. RegE TelVertrÄndG, BT-Drucks. 16/10734, S. 13 f.

<sup>175</sup> Vgl. dazu noch unten Kap. V. B. 4.

<sup>176</sup> Von einer „engen Verwandtschaft“ spricht *Götting*, ausführlich zum Ganzen *Götting* Gewerblicher Rechtsschutz, § 6 Rn. 21 m.w.N.

<sup>177</sup> Insbesondere, da seit der UWG-Novelle auch das Lauterkeitsrecht Abnehmerbelange schützt, vgl. zum künftigen Verhältnis von Lauterkeitsrecht und Kennzeichenrecht daher *Bärenfänger*, Spannungsfeld Lauterkeitsrecht und Markenrecht, S. 170 ff.

Funktion des Schutzes der gewerblichen Leistung gemein.<sup>178</sup> Parallelen in der Anwendung und Handhabung der Vorschriften finden sich außerdem im Richterrecht,<sup>179</sup> und es bestehen – wie etwa im Fall des Markenrechts – auch historische Übergänge von einem Regelungsbereich zum anderen<sup>180</sup> und daneben als geläufige Mischform der ergänzende wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, heute normiert in § 4 Nr. 9 UWG.<sup>181</sup> Während das letztgenannte Rechtsinstitut über das verhaltensbezogene Sonderdeliktsrecht des Lauterkeitsrechts einen quasi-ausschließlichen Schutz für bestimmte Leistungspositionen generiert, muss aber umgekehrt auch das sogenannte geistige Eigentum stets als Faktor des Wettbewerbs gesehen werden: Einerseits beschränken die ausschließlichen Rechtszuweisungen den freien Wettbewerb, andererseits intensiviert die Gewährung der gegenständlich und zeitlich begrenzten immaterialgüterrechtlichen Monopole im Idealfall den Wettbewerb auf der Innovationsebene wirkungsvoller, als er ihn auf der Produktions- und Verteilungsebene beschränkt;<sup>182</sup> erst die Unterscheidbarkeit der verschiedenen Produkte ermöglicht das Entstehen von Wettbewerb.<sup>183</sup> Insofern verhält es sich nicht anders als – ebenfalls *idealiter* – im Fall der in Wechselwirkung zueinander stehenden Materien des kartellrechtlichen Institutionenschutzes und des lauterkeitsrechtlichen Individualschutzes, die gemeinsam auf die Gewährleistung eines möglichst freien und funktionierenden Marktes ausgerichtet sind, in diesen beiden Fällen über Verhaltensnormen, die die Handlungsfreiheit der Unternehmer teilweise einschränken.<sup>184</sup>

---

<sup>178</sup> Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 6 Rn. 21.

<sup>179</sup> Etwa beim Sorgfaltsmaßstab für die Annahme des Verschuldens, vgl. Kap. III. D. 1. a) und 3. c) (1); bei der Gewinnberechnung, vgl. Kap. III. E. 1; bei den Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs, s. Kap. III. E. 10. a).

<sup>180</sup> Vgl. Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 6 Rn. 26; zum ursprünglich persönlichkeitsrechtlichen Hintergrund des Markenschutzes vgl. *ders.*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 113 ff.; zu weiteren Fällen von „Übergängen“ zwischen Lauterkeitsrecht und geistigem Eigentum vgl. die Zusammenfassung bei *Sambuc* in Harte/Henning, UWG, Einl. F Rn. 212 ff. m.w.N.

<sup>181</sup> Zum Verhältnis des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes zum Immaterialgüterrecht ausführlich *Sambuc* in Harte/Henning, UWG, Einl. F Rn. 198 ff.; Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 6 Rn. 24.

<sup>182</sup> *Sambuc* in Harte/Henning, UWG, Einl. F Rn. 179; aus juristisch-ökonomischer Sicht grundlegend Lehmann GRUR Int 1983, 356 ff.

<sup>183</sup> So die Formulierung bei Zahn, Verletzergegnung, S. 1.

<sup>184</sup> Vgl. Brüning in Harte/Henning, UWG, Einl. F Rn. 112 sowie *Sambuc* in Harte/Henning, UWG, Einl. F Rn. 179.

Sowohl für das eher handlungsbezogene Wettbewerbsrecht als für das eher objektbezogene Immaterialgüterrecht gilt in der Konsequenz, dass auch die Rechtsdurchsetzung stets an den Anforderungen dieses „dialektischen Spannungsfeldes“ der Wettbewerbsförderung gerade durch die Institutionalisierung von Wettbewerbsbeschränkungen und immateriellen Eigentumspositionen<sup>185</sup> auszurichten ist. Eine Überabschreckung muss ebenso vermieden werden wie systematische Durchsetzungsdefizite, die Rechtsdurchsetzung daher maßvoll gehalten und trotz einzelner strukturell angelegter Durchsetzungsprobleme möglichst effektiv sein.<sup>186</sup> Auch wenn es sich in beiden Fällen letztlich um Regelungssysteme des individuellen Rechtsschutzes – der unmittelbar überindividuelle Gewinnabschöpfungsanspruch ist insoweit im Lauterkeitsrecht die innovative Ausnahme – handelt, die zugleich auch der Verfolgung überindividueller Organisationsziele dienen,<sup>187</sup> ergeben sich an diesem Punkt aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen von Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht im Übrigen einige wesentliche Unterschiede. Da etwa die Widerrechtlichkeit eines Wettbewerbsverstoßes eher an das Handeln als solches und nicht so sehr an einen Gegenstand als Resultat des Handelns anknüpft, wird der in seinen Rechten betroffene Unternehmer primär ein Interesse daran haben, dass der Fortgang der Zuwiderhandlung für die Zukunft unterbleibt,<sup>188</sup> während eine Immaterialgutsverletzung bereits einen erheblichen Eingriff in individuelle, ausschließlich zugewiesene Rechtsgüter darstellt, der in höherem Maße unabhängig von der Prävention zunächst nach einer Form von Kompensation verlangt. Die nach wie vor überragende Bedeutung des negatorischen Rechtsschutzes im Lauterkeitsrecht erklärt sich im Übrigen auch daraus, dass hier der Durchsetzung

---

<sup>185</sup> Vgl. *Lehmann* GRUR Int 1983, 356.

<sup>186</sup> Hierzu ausführlich unten ab Kap. IV. A.

<sup>187</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 10 f., 309.

<sup>188</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 309.

übergeordneter Allgemeininteressen eine noch wesentlich größere Rolle zukommt als im Immaterialgüterrecht.<sup>189</sup>

### 4. Haftung auf den Unrechtsgewinn als Lösungsansatz

Dass sich nun bei allen Unterschieden gerade in den beiden Bereichen der Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechte einerseits und des Wettbewerbsrechts andererseits die sonderprivatrechtliche Gewinnhaftung am augenfälligsten entwickelt hat, liegt wohl vor allem an einer vergleichbar schwierigen Durchsetzungssituation: Gemeinsam sind allen genannten Regelungsbereichen eine große Verletzungsanfälligkeit und die Gefahr strukturell bedingter Durchsetzungsdefizite.<sup>190</sup> So kann das unkörperliche ausschließliche Recht fast jederzeit, unter Umständen sogar unbemerkt vom Rechteinhaber und parallel zu dessen eigener Verwertung unberechtigt genutzt oder einseitig ausgenutzt werden, während etwa der laute Wettbewerb, dessen Grenzen auch nach der Normierung von zahlreichen Fallgruppen und inzwischen auch Per-se-Verboten<sup>191</sup> noch durch Generalklausel und Richterrecht geprägt<sup>192</sup> und daher nur bedingt berechenbar sind, ständig eine „offene Flanke“ für unlauteres Geschäftsgebaren bietet. Wer sich mit seiner Person, mit seiner Erfindung, seinem Geschäftsmodell in Gesellschaft und Wirtschaftssystem bewegt, der kann insoweit eine Verletzung seiner Rechtsgüter und Rechte wesentlich weniger kontrollieren, als das bei seinen materiellen, beweglichen und unbeweglichen, Gütern der Fall ist – kein Zaun, keine Wegfahrsperre schützen sie.<sup>193</sup> Im Lauterkeitsrecht, wo keine Ausschließlich-

---

<sup>189</sup> Dreier, Kompensation und Prävention, S. 310; zur Gewichtung der Gemeinwohlinteressen im Lauterkeitsrecht ähnlich *Sambuc* in Harte/Henning, UWG, Einl. F Rn. 195.

<sup>190</sup> Zur gesteigerten Verletzlichkeit der immateriellen Güter vgl. nur Dreier, Kompensation und Prävention, S. 62 ff. m.w.N.

<sup>191</sup> Vgl. zur Einführung richterrechtlicher Fallgruppen insbesondere durch die UWG-Novelle von 2004, sowie deren Ergänzung durch Per-se-Verbote ohne Wertungsvorbehalt nach der *unfair-trade*-Richtlinie in Anhang I zum heutigen UWG etwa Erdmann in Gloy/Loschelder/Erdmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 3 Rn. 3 f., 11f.; Fezer in Fezer, UWG, § 3 Rn. 153 ff.

<sup>192</sup> S. zur Stellung des Richterrechts und der Generalklauseln im heutigen UWG vor allem Fezer in Fezer, UWG, § 3 Rn. 153 ff., 208 ff.; vgl. auch Brüning/Ahrens in Harte/Henning, UWG, Einl. F Rn. 127.

<sup>193</sup> Wobei hier natürlich nicht Ausnahmen wie die modernen Mittel der Kopierschutzmechanismen und DRM – Systeme unerwähnt bleiben dürfen, mit denen auf die wiederum moderne Erscheinung nahezu unbegrenzter Vervielfältigungsmöglichkeiten für digitale geschützte Inhalte reagiert werden soll; dazu und zu deren rechtlichen Folgen schon Dreier ZUM 2002, 28, 35 m.w.N.; Dreier/Stockmar in Lutterbeck u.a., Open Source Jahr-

keitsrechte den rechtmäßigen Zustand sichern, fehlen darüber hinaus oftmals die notwendigen Anreize zur Rechtsdurchsetzung, zum einen, da mangels direkt durch das Lauterkeitsrecht vermittelter eigentumsähnlicher Rechtspositionen etwa ein Schaden oft kaum bestimmbar ist, zum anderen, weil unlautere Geschäftshandlungen sich zum Teil nur gegenüber Verbrauchern, nicht aber zwischen den Konkurrenten schädlich auswirken können oder die Konkurrenten auf die Rechtsverfolgung womöglich in stillschweigender Übereinstimmung verzichten.<sup>194</sup> Durch die Umstellung auf das System der Legalausnahme steht auch im Kartellrecht das Durchsetzungssystem vor einer neuen Herausforderung. Gerade die Durchsetzung von Verbraucherschutzbelangen stößt mit den herkömmlichen Rechtsbehelfen im Wettbewerbsrecht insgesamt an deutliche Grenzen.

Die Verletzergewinnhaftung im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung soll für Immaterialgüterrechte über das Problem der konkreten Schadensermittlung hinweghelfen und so für den Rechteinhaber das andernfalls zu erwartende Kompensationsdefizit beseitigen und zumindest insoweit auch präventiv wirken.<sup>195</sup> Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG dagegen vollzieht die Abstraktion des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes vom Recht des Einzelnen<sup>196</sup> nach und wirkt in dessen Sinne nicht auf der Individualebene des konkret betroffenen Abnehmers, sondern vor allem auf der übergeordneten Ebene der Prävention im Sinne eines lautereren Wettbewerbs und originär verbraucherschützender Belange. Auch dieser von Anfang an eher verhaltenssteuernd als kompensatorisch ausgerichtete Ansatz<sup>197</sup> birgt allerdings, wie im Verlauf der Untersuchung gezeigt werden wird, strukturelle Brüche und Schwächen, die letztlich Zweifel daran rechtfertigen, ob alle anvisierten Durchsetzungsdefizite

---

buch 2007, S. 427 ff.; aus Sicht der Verwertungsgesellschaften *Kreile/Becker* FS Schrickler 2005, S. 387 ff.; zu wettbewerbsrechtlichen Implikationen *Arlt* GRUR 2005, 1003 ff.

<sup>194</sup> Zur geringen Bedeutung der individuellen Schadensersatzansprüche der Mitbewerber vgl. sogleich noch unten Kap. II. A. 5.

<sup>195</sup> Näher unten Kap. III. A. 1.

<sup>196</sup> Vgl. *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 284.

<sup>197</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; näher zum Regelungshintergrund insoweit unten Kap. II. C. 1. a) (1) sowie zur Normzweckanalyse Kap. III. A. 4. c).

mithilfe der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG heutiger Fassung tatsächlich effektiv bekämpft werden können.<sup>198</sup>

Letztendlich lässt sich die den hier angesprochenen Gewinnhaftungsansprüchen zugrundeliegende Problematik daher wie folgt umreißen: Sie werden zur Schließung von Rechtsdurchsetzungslücken und zur Kompensation besonderer Verletzungsrisiken einzelner Rechtsgüter herangezogen, zur Verfolgung zum Teil individualschützender, immer aber auch ordnungspolitischer Ziele.<sup>199</sup> Gegenüber rein kompensatorischen Ansprüchen bringen sie eine stärkere Betonung insbesondere von präventiven Gesichtspunkten in die zivilrechtliche Haftung. Die Kehrseite erhöhter Verletzungsanfälligkeiten im Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht trifft allerdings auch den potentiellen Delinquenten: Aus seiner Sicht ist im weiten rechtlichen Grenzbereich zwischen Noch-Zulässigem und Gerade-Nicht-Mehr-Zulässigem des Lauterkeitsrechts und bei der Vielzahl geschützter immaterieller Rechtspositionen die Gefahr einer fahrlässigen Rechtsverletzung ungleich größer als bei materiellen Gütern und Schutzgegenständen.<sup>200</sup> Dies kann insbesondere bei einer gestörten Balance zwischen Haftungsandrohung und Verschuldensvoraussetzungen zu unerwünschten Effekten von Wettbewerbs- und Innovationshemmung führen.<sup>201</sup> Gerade ein relativ junger Anspruch wie die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung sollte dafür sowohl auf seine Wirksamkeit als auch auf seine Verhältnismäßigkeit hin überprüft werden.

### 5. Stellung im Normumfeld

Vor der sich nun anschließenden näheren Auseinandersetzung mit den einzelnen für diese Untersuchung relevanten gewinnbezogenen Ansprüchen sei kurz auf

---

<sup>198</sup> Zur Frage der Geeignetheit s. ausführlich unten Kap. IV. C sowie V. B. 2.

<sup>199</sup> Zur grundsätzlichen Verpflichtung auch des individuellen Güterschutzes zur Verfolgung überindividueller Interessen etwa *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 10 f.

<sup>200</sup> Man denke hier vor allem an den Bereich des Patentrechts, z.B. in der Konstellation paralleler Industrieforschung zu gleichen oder ähnlichen Herstellungsverfahren; zu den hohen Anforderungen des Sorgfaltsmaßstabes bei der Fahrlässigkeitsprüfung im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz vgl. außerdem unten Kap. III. D. 1. a) (1); zur Diskussion um deren Angemessenheit unten Kap. V. A. 2. a).

<sup>201</sup> Dazu näher unten Kap. IV. A. 3. b).



deren Stellung in ihrem jeweiligen Rechtsfolgensystem eingegangen. Im Bereich des Persönlichkeitsrechtsschutzes, im Urheberrecht und im gewerblichen Rechtsschutz herrschen wie im Lauterkeitsrecht privatrechtliche Durchsetzungsinstrumentarien vor; das öffentliche Recht, insbesondere auch das Strafrecht spielen für die Masse der Rechtsverletzungen eine nur untergeordnete Rolle. Großes Gewicht hat dagegen in allen Bereichen, insbesondere im Lauterkeitsrecht,<sup>202</sup> der negatorische Rechtsschutz.<sup>203</sup> Bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen sind als besondere Rechtsfolgen noch die Ansprüche auf Gegendarstellung<sup>204</sup> und Widerruf<sup>205</sup> zu nennen, diverse Beseitigungsansprüche kennen jedoch auch Urheberrecht<sup>206</sup> und das Lauterkeitsrecht.<sup>207</sup>

Bei den Schutzrechtsverletzungen wie auch im UWG spielen neben Vernichtungs- und Überlassungsansprüchen bezüglich verletzender Werkstücke<sup>208</sup> insbesondere die vorbereitenden Auskunftsansprüche<sup>209</sup> eine Rolle. Neben dem insoweit gem. § 10 Abs. 2 UWG nachrangigen Gewinnabschöpfungsanspruch besteht schließlich auch im Lauterkeitsrecht der „normale“, verschuldensabhängige deliktische Schadensersatzanspruch nach § 9 UWG. Tatsächlich besitzt dieser allerdings – zumindest als Zahlungsanspruch – kaum praktische Relevanz;<sup>210</sup> die

---

<sup>202</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 487 f.

<sup>203</sup> Für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vgl. v. *Holleben*, Geldersatz, S. 52; für den gesamten Immaterialgüterrechtlichen Bereich *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 419 ff., jeweils m.w.N.

<sup>204</sup> Der Verletzte soll nach einer unwahren Tatsachenbehauptung an derselben Stelle Gehör finden, an der in sein Recht eingegriffen wurde, vgl. v. *Holleben*, Geldersatz, S. 49; ausführlich *Löffler/Ricker*, Presserecht, Kap. 23 Rn. 1 ff.

<sup>205</sup> Der Verletzer gibt eine eigene Erklärung im Sinne eines Eingeständnisses ab, eine falsche Tatsache behauptet zu haben, vgl. *Prinz* NJW 1995, 817, 820; *Löffler/Ricker*, Presserecht, Kap. 44 Rn. 16; v. *Holleben*, Geldersatz, S. 51, jew. m.w.N.

<sup>206</sup> Nach §§ 97 Abs. 1 S. 1, 98 UrhG, vgl. dazu etwa *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 49 ff.

<sup>207</sup> Der Widerrufsanspruch leitet sich auch hier aus dem wettbewerbsrechtlichen Beseitigungsanspruch aus § 8 Abs. 1 S. 1 UWG oder aus §§ 823 ff. BGB ab, vgl. zum Ganzen *Seitz* in *Harte/Henning*, UWG, § 8 Rn. 205 ff. m.w.N.

<sup>208</sup> Vgl. etwa § 98 UrhG, § 18 MarkenG, 24a GebrMG, 140a PatG; im Lauterkeitsrecht dagegen als unselbständiger Teil des Beseitigungsanspruchs aus § 8 Abs. 1 UWG, vgl. dazu *Seitz* in *Harte/Henning*, UWG, § 8 Rn. 190 m.w.N.

<sup>209</sup> Zum Auskunftsanspruch vgl. eingehend unten Kap. III. E. 10.

<sup>210</sup> Vgl. bereits *Schricker* GRUR 1979, 1, 2 f.; *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 177 ff.; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 120 f., jew. m.w.N. Allein die Drohung mit dem aufwendigen Verfahren der Stufenklage kann allerdings einen erheblichen Einigungsdruck auf den Zuwiderhandelnden erzeugen; nach *Alexander* wäre es daher vorschnell, dem Schadensersatzanspruch allein aufgrund rein quantitativer Betrachtung Bedeutungslosigkeit zu attestieren, *Alexander* a.a.O., S. 178 m.w.N.

Gründe hierfür liegen insbesondere an den Nachweis- und Berechnungsschwierigkeiten, denen sich der Kläger ausgesetzt sieht,<sup>211</sup> ohne dass ihm abstrakte Berechnungsmethoden wie bei der dreifachen Schadensberechnung zur Verfügung ständen.<sup>212</sup> Die Praxis behilft sich hier allerdings mit dem Instrument des Vertragsstrafeversprechens, das der Zuwiderhandelnde dem abmahnenden Konkurrenten oder Verband gegenüber abgibt und das eine pauschale, zwar nicht kompensatorische, aber jedenfalls bereits als Androhung präventiv wirkende Sanktionierung erneuter Verstöße ermöglicht.<sup>213</sup>

Anders stellt sich in dieser Hinsicht die Situation im Kartellrecht dar: Entgegen einer Tradition starker behördlicher Rechtsdurchsetzung – die allerdings stets auch von privaten Durchsetzungsinstrumentarien flankiert wurde<sup>214</sup> – soll hier durch die jüngeren Reformen<sup>215</sup> eine Stärkung der privatrechtlichen Rechtsfolgen erreicht werden.<sup>216</sup> Im Gegensatz zum Lauterkeitsrecht war das Kartellrecht schon seit seinen Anfängen mit Instrumentarien zur Abschöpfung von Unrechts-erlösen ausgestattet, wobei diese allerdings ausschließlich ordnungs- bzw. verwaltungsrechtlicher Natur und in ein stark reguliertes Sanktionensystem eingepasst waren. Insgesamt ist heute ein System entstanden, welches durch ein – mehr oder weniger stimmiges<sup>217</sup> – Ineinandergreifen verschieden ausgestalteter, zum Teil subsidiär gestufter Rechtsinstrumente sicherstellen soll, dass dem Kartelltäter alle Vorteile, die er „aus dem Kartellverstoß erzielt haben könnte“, wie-

---

<sup>211</sup> Vgl. bereits *Teplitzky* GRUR 1987, 215 ff.

<sup>212</sup> Zur Frage, inwieweit die Gründe für den geringen Durchsetzungsumfang des lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzanspruchs auch an der „Unlust“ resignierter Richter und Prozessvertreter liegt, die Schadensersatzklage zu einem wirksameren Mittel des Wettbewerbsschutzes auszubauen, und ob dieser Entwicklung mit einem stärkeren Vertrauen auf die Instrumente der richterlichen Schadensbemessung und insbesondere -schätzung beizukommen wäre, vgl. *Teplitzky* GRUR 1987, 215 ff.; zust. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 179.

<sup>213</sup> Zu den Vorzügen solcher „maßgeschneiderten“ Vereinbarungen gegenüber den gesetzlichen Regelungen *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 178; krit. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 120 m.w.N.

<sup>214</sup> Bereits im ersten GWB von 1958, vgl. dazu *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 41 m.w.N.

<sup>215</sup> Mit der 7. Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), BGBl I 2005, S. 2114; zur Legalausnahme und zur Stärkung der Schadensersatzansprüche im GWB s. *Hempel* WuW 2004, 362 ff.; *Schütt* WuW 2004, 1124 ff.; *Kahlenberg/Haellmigk* BB 2004, 389, 390 ff.

<sup>216</sup> Vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 1; *Alexander* JZ 2006, 890, 891 m.w.N.; Einzelheiten zum neuen kartellrechtlichen Rechtsfolgensystem noch unten Kap. II. B. 2. a).

<sup>217</sup> Man betrachte etwa die Anrechnungsvorschriften und Verweisungen in § 34 Abs. 2 sowie § 34a Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GWB.

der genommen werden.<sup>218</sup> Der Verzicht auf die Mehrerlösabschöpfung, die in der Praxis so gut wie keine Rolle gespielt hatte<sup>219</sup>, soll dabei kompensiert werden durch die Einführung eines verschuldensabhängigen<sup>220</sup> Vorteilsabschöpfungsanspruchs der Kartellbehörde, § 34 GWB;<sup>221</sup> diesem verwaltungsrechtlichen Anspruch geht wiederum die zivilrechtliche Gewinnhaftung als Schadenersatzvariante vor, wie sie sich nun aus § 33 Abs. 3 S. 3 GWB ergibt.<sup>222</sup> Der Verbandsanspruch auf Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB greift dann nur noch ein, soweit nicht die Abschöpfung über § 34 Abs. 1 GWB stattgefunden hat, vgl. § 34a Abs. 1 a.E. GWB, oder der Unternehmer auf Grund des Kartellverstoßes bereits Leistungen erbracht hat, vgl. § 34a Abs. 2 S. 1 GWB.<sup>223</sup>

---

<sup>218</sup> So auch *Bechtold* DB 2004, 235, 239.

<sup>219</sup> Begr. RegE GWB BT-Drucks. 15/3640, S. 55.

<sup>220</sup> Die Begründung zum RegE GWB weist darauf hin, dass es sich trotz des Verschuldenserfordernisses um ein „verwaltungsrechtliches und nicht um ein straf- oder bußgeldrechtliches Instrument“ handle, durch das allein sichergestellt werden solle, dass „die durch den Kartellrechtsverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteile nicht beim Täter verbleiben“, vgl. BT-Drucks. 15/3640, S. 55. Nach *Fuchs* wäre ein Verzicht auf das Verschuldenserfordernis konsequent gewesen und hätte „§ 34 zu einem wirklich eigenständigen Instrument der Abschöpfung ungerechtfertigter Bereicherungen durch ein objektiv kartellrechtswidriges Verhalten gemacht“, jedoch seien die Unterschiede in der Praxis angesichts der hohen Anforderungen, die die Rechtsprechung auch im Kartellrecht an die Sorgfaltsanstrengungen des Täters und an einen unverschuldeten Rechtsirrtum stelle, sowieso nur gering, vgl. *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1391.

<sup>221</sup> Begrüßend *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1391.

<sup>222</sup> Zur Subsidiarität gegenüber Schadenersatz, Verfall- und Bußgeldvorschriften vgl. § 34 Abs. 2 Satz 1 sowie Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 36, 55.

<sup>223</sup> Zu den sich hieraus ergebenden Praktikabilitätsbedenken vgl. unten Kap. II. C. 2. b).

**B. *Herkömmliche Verletzergeinnhaftung im Immaterialgüterrecht und bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten***

**1. Die Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung**

Anfangspunkt dieser Untersuchung sonderprivatrechtlicher Gewinnhaftung<sup>224</sup> soll, quasi als ihre „Urfigur“, die Verletzergeinnhaftung als dritte Variante im Rahmen der so genannten „Dreifachen Schadensberechnung“ sein, die bereits seit Jahrzehnten im deutschen Recht eingesetzt wird.

**a) Allgemeines**

Die dreifache Schadensberechnung ist eine Spezialität des deutschen Immaterialgüterrechts bzw. gewerblichen Rechtsschutzes. Ihre genaue Herleitung ist umstritten, und auch wenn sie längst auf inzwischen sämtliche Materien des Immaterialgüterrechts, nach Verletzungen des lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes sowie bei bestimmten Fällen von Persönlichkeitsrechtsverletzungen anwendbar ist, so geschah dies doch über lange Zeit aufgrund ganz unterschiedlich formulierter bzw. geschieht dies teilweise bis heute aufgrund gar nicht positivnormierter Rechtsgrundlagen. Daher wird nach einer zusammenfassenden Darstellung der Gründe für die Schaffung des Berechnungsinstituts der dreifachen Schadensberechnung zunächst ein Überblick über seine Anwendungsbereiche sowie seine konkreten Regelungsinhalte gegeben werden, bevor auf die dogmatische Herleitung und Normierungen der Herausgabe des Verletzergewinns als Schadensberechnungsart eingegangen wird.

---

<sup>224</sup> Insofern außer Acht gelassen wird hier wie gesagt weitestgehend die Herausgabe des entgangenen Gewinns nach § 252 BGB sowie weitere auf Gewinnherausgabe abzielende vertragliche und außervertragliche Rechtsinstitute; vgl. zu diesen etwa *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 1 ff.; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 530 ff.

**(1) Regelungshintergrund**

Immaterialgüterrechte besitzen wegen ihrer Eigenschaft ubiquitärer und nichttrivialisierender<sup>225</sup> Nutzbarkeit typischerweise eine hohe Verletzungsanfälligkeit,<sup>226</sup> die zu einem besonderen Schutzbedürfnis des Rechteinhabers führt.<sup>227</sup> Gemeinsam ist den Konstellationen, in denen die „echte“ dreifache Schadensberechnung zur Anwendung kommt,<sup>228</sup> daher ein Element des Ausnutzens fremder immaterieller Gegenstände oder Positionen, die ausschließlichen<sup>229</sup> oder zumindest vergleichbaren<sup>230</sup> Rechtscharakters sein müssen. In diesen Fällen ist es dem Rechteinhaber nämlich nur sehr eingeschränkt möglich, sich gegen unerlaubte Nutzungen zu schützen.

Kommt es zur Verletzung des immateriellen Ausschließlichkeitsrechts, so wird eine Naturalrestitution im Sinne des § 249 BGB regelmäßig ausgeschlossen sein.<sup>231</sup> Auch der Geldwert des konkreten Schadens nach § 251 Abs. 1, 2 BGB lässt sich bei Immaterialgutsverletzungen wie auch nach Verletzungen des über § 823 Abs. 1 BGB als „sonstiges Recht“ geschützten Persönlichkeitsrechts und der vergleichbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungspositionen im Rahmen des Schadensersatzanspruchs nach § 9 UWG nach der herrschenden Differenzmethode kaum erfassen, da es sich bei der durch die Verletzung eines immateriellen Gutes oder einer vergleichbaren Rechtsposition verursachten Beeinträchtigung zwar um eine vermögenswerte und damit insgesamt um einen Vermögensschaden handelt,<sup>232</sup> der Eingriff im Vermögen des Berechtigten jedoch kaum

---

<sup>225</sup> Also der Möglichkeit sich gegenseitig nicht ausschließender zeitgleicher Nutzung, vgl. *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 63 Fn. 21.

<sup>226</sup> BGH GRUR 1959, 379, 383 – *Gasparone*; BGH GRUR 1972, 189, 190 f. – *Wandsteckdose II*, jew. m.w.N.

<sup>227</sup> Vgl. BGH GRUR 1959, 379, 383 – *Gasparone*; BGH GRUR 1972, 189, 190 – *Wandsteckdose II*.

<sup>228</sup> Zur Regelung des § 33 Abs. 3 S. 3 GWB vgl. dagegen unten Kap. II. B. 2. c).

<sup>229</sup> Allein die Verletzung einer schuldrechtlichen Pflicht, etwa aus Vertrag, eröffnet als solche noch keine Haftung auf die Herausgabe des Verletzergewinns, BGH GRUR 2002, 795, 797 – *Titelexklusivität*.

<sup>230</sup> Wie im Falle des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes, vgl. dazu sogleich unten Kap. II. B. 1. a) (2).

<sup>231</sup> Vgl. *Zahn*, *Verletzergeinn*, S. 63; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, *UrhG*, § 97 Rn. 58; *Heermann* GRUR 1999, 625, 626.

<sup>232</sup> Ausführlich *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 235.

jemals unmittelbar messbare Folgen hinterlässt.<sup>233</sup> Die Darlegung eines entgangenen eigenen Gewinns fielen dem Verletzer im Regelfall schwer und wäre typischerweise mit der Notwendigkeit der Offenlegung eigener Kalkulationen verbunden.<sup>234</sup> Der Nachweis des Schadens in Form der konkreten Schadensberechnung anhand des Differenzschadens sowie des entgangenen Gewinns ist also stets mit großen Schwierigkeiten verbunden, die für den Regelfall als nahezu unüberwindbar gelten.<sup>235</sup> Grundsätzlich sind hierfür Nachweise über die tatsächlich entstandene Vermögensminderung (*damnum emergens*), also einen durch die Verletzung entstandenen kausalen Vermögensschaden, bzw. zur ausgebliebenen Vermögenmehrung (*lucrum cessans*) beim Rechtsinhaber erforderlich,<sup>236</sup> die etwa der Urheber oder Patentinhaber im Falle unberechtigter Kopien kaum erbringen kann.

Auch wenn das Gericht gem. § 287 ZPO über die Höhe eines Schadens nach freier Überzeugung entscheiden kann, müssen doch die für die Würdigung aller Umstände erforderlichen tatsächlichen Grundlagen einer solchen Schätzung in nachprüfbarer Weise festgestellt werden.<sup>237</sup> Die Darlegungs- und Beweispflicht hierfür liegt beim Verletzten,<sup>238</sup> der dieser in den wenigsten Fällen nachkommen kann. Insbesondere lassen sich hypothetische Vergleichsabläufe bzw. die Gewinnvermutung des § 252 S. 2 BGB nur schwer konstruieren.<sup>239</sup> Nach Ansicht *Schiemanns* hat sich § 252 BGB insgesamt als „kaum nennenswerte Nuance zu § 287 ZPO erwiesen“.<sup>240</sup> Wie *Kraßer* richtig feststellt, besteht aber die Notwendigkeit eines Ausgleichs als solche unabhängig davon, ob die Anwendung der

---

<sup>233</sup> Zu weiteren denkbaren konkreten Schadensposten *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 249 ff.

<sup>234</sup> *Runkel* WRP 2005, 968.

<sup>235</sup> S. dazu mit z.T. zahlreichen w.N. *Kraßer*, Patentrecht, § 35 IV a) 1.; *ders.* GRUR Int 1980, 259, 262 ff., 269; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 60 ff., 225 ff., 235 ff.; *ders.* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 58, 60; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 249; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 11 f, 24 f.; *Heermann* GRUR 1999, 625, 626 ff.

<sup>236</sup> Dazu etwa *Schiemann* in *Staudinger*, BGB, Vorbem zu §§ 249 ff Rn. 45 m.w.N.

<sup>237</sup> BGH GRUR 1982, 723, 726 – *Dampffrisierstab I*.

<sup>238</sup> *Kraßer*, Patentrecht, § 35 IV. a) 1.

<sup>239</sup> Vgl. BGH GRUR 1977, 539, 541 – *Prozessrechner*; vgl. etwa *Assmann* BB 1985, 15, 17; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 60, jew. m.w.N.

<sup>240</sup> *Schiemann* in *Staudinger*, BGB, Vorbem zu §§ 249 ff. Rn. 1.

Differenzmethode eine „Einbuße des Verletzten zutage fördert“ oder nicht.<sup>241</sup> In diesem Sinne war es auch gerade die mangelnde Effektivität bisheriger kompensatorischer Rechtsdurchsetzung im Immaterialgüterrecht, die bereits *Kohler* ab dem Jahre 1878 zur Forderung nach einem Gewinnherausgabeanspruch in Fällen vorsätzlicher Rechtsverletzungen veranlasste.<sup>242</sup>

Angesichts des Ungleichgewichts zwischen Schutzwürdigkeit sowie Schutzbedürftigkeit und Verletzungsanfälligkeit immaterieller Rechtspositionen einerseits und der insoweit beschränkten Durchsetzungskraft kompensatorischer Haftungsinstitute andererseits, das die Rechtsprechung bereits früher als Motiv zur Begründung der sogenannten objektiven Schadensberechnung als solcher anführte,<sup>243</sup> wird darüber hinaus im Zusammenhang mit der dreifachen Schadensberechnung zunehmend sowohl in Literatur<sup>244</sup> als nun auch in jüngerer Rechtsprechung<sup>245</sup> auf deren Sanktions- und Präventionswirkung abgestellt.<sup>246</sup> Dabei spielt auch die Billigkeitserwägung eine Rolle, dass der Schädiger durch den rechtswidrigen Eingriff nicht besser gestellt werden dürfe, als wenn er ordnungsgemäß die Erlaubnis des Rechtsinhabers eingeholt hätte.<sup>247</sup>

### (2) Anwendungsbereich

Die dreifache Schadensberechnung nach Wahl des Geschädigten, ursprünglich richterrechtlich entwickelt,<sup>248</sup> war lange vor Umsetzung der *Enforcement-*

<sup>241</sup> *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 269.

<sup>242</sup> *Kohler*, Patentrecht, S. 450, 458; weitere Nachw. zu *Kohlers* Ansatz bei *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 221.

<sup>243</sup> Vgl. nur BGH GRUR 1972, 189, 190 – *Wandsteckdose II* m.w.N.

<sup>244</sup> Vgl. dazu bereits *Schmidt-Salzer* JR 1969, 81, 89; *Lehmann* BB 1988, 1680 f.; *Fezer* WRP 1993, 565; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 287; *ders.* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 59 m.w.N.

<sup>245</sup> Insbesondere seit BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>246</sup> Zum Normzweck der Verletzergewinnherausgabe vgl. auch unten Kap. III. A. 1.

<sup>247</sup> BGH GRUR 1972, 189, 190 – *Wandsteckdose II*; zur Kritik an der herkömmlichen Lizenzanalogie vgl. insoweit etwa *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 87 ff. m.w.N.

<sup>248</sup> Seit RGZ 35, 63, 66 ff. – *Ariston*, übernommen und schließlich gewohnheitsrechtlich angewandt durch den BGH, vgl. BGH GRUR 1956, 427 – *Paul Dahlke*; BGH GRUR 1959, 379, 383 – *Gasparone*; BGH GRUR 1962, 509, 511f. – *Dia-Rähmchen II*.

## Kapitel II. Zivilrechtliche Gewinnhaftungsansprüche

Richtlinie<sup>249</sup> im deutschen Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz anwendbar und dabei zum Teil bereits gesetzlich verankert. Erfasst waren sowohl Verletzungen von Urheber-<sup>250</sup>, Patent-<sup>251</sup> und Gebrauchsmusterrechten<sup>252</sup>, Geschmacksmusterrechten<sup>253</sup>, Marken<sup>254</sup>, Namens- und Firmenrechten<sup>255</sup>, als auch Fälle von Verletzungen lauterkeitsrechtlich geschützter, den Immaterialgüterrechten vergleichbarer Leistungspositionen im Rahmen des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes,<sup>256</sup> nun normiert in § 4 Nr. 9 UWG,<sup>257</sup> sowie der nach §§ 17 ff. UWG lauterkeitsrechtlich geschützten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse<sup>258</sup> sowie Vorlagen<sup>259</sup>; der Anspruch musste und muss sich dabei nicht zwingend auf §§ 3, 9 S. 1 UWG stützen.<sup>260</sup>

<sup>249</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Abl EU Nr. L 195 vom 2.6.2004, S. 16 ff.

<sup>250</sup> Die Herausgabe des Verletzergewinns war ausdrücklich in § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG a.F. geregelt; richterrechtlich bereits zuerkannt durch RGZ 35, 63, 71 – *Ariston*, später in st. Rspr., vgl. BGH GRUR 1980, 227, 232 – *Monumenta Germaniae Historica*; BGH GRUR 1993, 899, 900 f. – *Dia-Duplikate*, wobei stets auch die in der a.F. des Gesetzes nicht genannte Schadensberechnungsart der Lizenzanalogie umfasst war.

<sup>251</sup> In § 139 Abs. 2 S. 2 PatG a.F. fand sich die Regelung, dass das Gericht in Fällen leichter Fahrlässigkeit statt des Schadensersatzes eine Entschädigung festsetzen könne, die in den Grenzen zwischen dem Schaden des Verletzten und dem Vorteil des Verletzers lag. Dabei handelte es sich jedoch lediglich um eine Ermittlungsregelung hinsichtlich der Entschädigungshöhe und nicht um eine gesonderte Anspruchsgrundlage zur Herausgabe des Verletzergewinns, vgl. *Zahn*, Verletzergewinn, S. 45. Die dreifache Schadensberechnung war für das Patentrecht allerdings nach st. Rspr. anerkannt, vgl. BGH GRUR 1962, 401, 402 – *Kreuzbodenventilsäcke III*.

<sup>252</sup> Eine § 139 Abs. 2 S. 2 PatG a.F. (s. vorherige Fn.) entsprechende Regelung fand sich in § 24 Abs. 2 S. 2 GebrMG a.F. Auch hier war die Anwendbarkeit der dreifachen Schadensberechnung allerdings bereits richterrechtlich als gefestigt anzusehen, vgl. etwa BGH GRUR 2008, 896, 899 – *Tintenpatrone*.

<sup>253</sup> Die Herausgabe des Verletzergewinns war hier ausdrücklich geregelt in § 42 Abs. 2 S. 2 GeschmMG a.F., dem im Übrigen in S. 3 auch eine den §§ 139 Abs. 2 S. 2 PatG a.F. und 24 Abs. 2 S. 2 GebrMG a.F. entsprechende Regelung nachgeschaltet war; die Rspr. erkannte darüber hinaus auch hier bereits gewohnheitsrechtlich die Schadensberechnungsart der Lizenzanalogie an, vgl. etwa BGH GRUR 2001, 329, 330 f. – *Gemeinkostenanteil*; BGH GRUR 1963, 640, 642 – *Plastikkorb*.

<sup>254</sup> Bis zur Umsetzung der *Enforcement*-Richtlinie nur Richterrecht. Die Gewinnherausgabe als eigenständige, von der Herausgabe des entgangenen Gewinns unabhängige Berechnungsart wurde für das Markenrecht wegen seiner Sonderstellung unter den Immaterialgüterrechten durch die Rspr. zunächst sogar grundsätzlich abgelehnt, vgl. RG GRUR 1933, 175, 179. Seit BGH GRUR 1966, 375, 376 – *Meßmer-Tee II* (Lizenzanalogie) sowie BGH GRUR 1961, 354, 355 – *Vitasulfal* (Herausgabe des Verletzergewinns) wird die Anwendbarkeit der dreifachen Schadensberechnung allerdings auch für das Kennzeichenrecht nach st. Rspr. bejaht.

<sup>255</sup> St. Rspr. seit BGH GRUR 1973, 375, 377 – *Miss Petite*.

<sup>256</sup> Etwa BGH GRUR 2000, 226, 227 – *Planungsmappe*; BGH GRUR 1995, 349, 351 – *Objektive Schadensberechnung*; BGH GRUR 1993, 757, 759 – *Kollektion Holiday*; BGH GRUR 1993, 55, 57 – *Tchibo/Rolex II*; BGH GRUR 1981, 517, 520 – *Rollhocker*; BGH GRUR 1972, 189, 190 – *Wandsteckdose II*; BGH GRUR 1973, 478, 480 – *Modeneuheit*; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn 1.36b; Koos in Fezer, UWG, § 9 Rn 28 ff.

<sup>257</sup> Dabei ist unerheblich, ob sich das unlautere Element der Nachahmung vorwiegend aus der besonderen wettbewerbslichen Eigenart des Produkts oder aufgrund des verwerflichen Verhaltens des Verletzers ergibt, BGH GRUR 1993, 757, 759 – *Kollektion „Holiday“*.

<sup>258</sup> BGH GRUR 1977, 539, 541 – *Prozessrechner* zu § 17 UWG.

<sup>259</sup> Zu § 18 UWG: KG GRUR 1988, 702, 703 – *Corporate Identity*; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 17 Rn. 58; zust. wohl *Zahn*, Verletzergewinn, S. 18; abgelehnt noch von BGH GRUR 1960, 554, 556 f. – *Handstrickverfahren*.

<sup>260</sup> Vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.36b.



Mit dem Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums<sup>261</sup> wurde zur Umsetzung des Art. 13 der *Enforcement-Richtlinie*<sup>262</sup> eine im Wortlaut für Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Markengesetz, Halbleiterschutzgesetz, Urheberrechtsgesetz, Geschmacksmustergesetz und Sortenschutzgesetz vereinheitlichte Regelung zum Schadensersatz, inklusive ausdrücklicher Regelung sowohl zur Verletzergewinnaftung als auch zur Lizenzanalogie<sup>263</sup> geschaffen.<sup>264</sup> Im Falle der lauterkeitsrechtlich geschützten vergleichbaren Leistungspositionen führt der Weg dagegen nach wie vor über das Richterrecht.<sup>265</sup> Ob die Gleichbehandlung aller Immaterialgüterrechte vor dem Hintergrund ihrer unterschiedlichen Schutzbereiche und der unterschiedlichen Bedrohungen, denen sie jeweils typischerweise ausgesetzt sind, gerechtfertigt ist,<sup>266</sup> bleibt dabei allerdings eine berechtigte Frage, die hier nicht erörtert werden kann. Auch sei dahingestellt, ob sich die von der Rechtsprechung in der Vergangenheit hervorgehobenen Unterschiede in der Schutzwürdigkeit einerseits von Urheber- und Patentrecht<sup>267</sup> als Ausfluss einer geistigen Leistung gegenüber andererseits der des Markenrechts als Herkunftszeichen aus heutiger Sicht vollkommen egalisiert haben.<sup>268</sup> Zur Verhinderung von Wertungswidersprüchen empfehlen sich andererseits gerade in Materien mit möglichen Anspruchsüberschneidungen (wenn etwa ein Verhalten sowohl ein Markenrecht als auch das Lauterkeitsrecht verletzt) eine kongruente Gestaltung und – wenn möglich – ebensolche Auslegung sowohl der Anspruchsvoraussetzungen als auch der kon-

---

<sup>261</sup> Vom 7.7.2008, BGBI I 2008, S. 1191 ff.

<sup>262</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Abl EU Nr. L 195 vom 2.6.2004, S. 16, 23.

<sup>263</sup> Verstöße gegen geographische Herkunftsangaben nach § 128 Abs. 2 MarkenG ohne Regelung zur Lizenzanalogie.

<sup>264</sup> Einzelheiten unten Kap. II. B. 1 b) (3) (b).

<sup>265</sup> Gegebenenfalls modifiziert nach den Grundsätzen der *Enforcement-Richtlinie*, dazu Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.36b m.w.N.

<sup>266</sup> Vgl. Haedicke GRUR 2005, 529, 534.

<sup>267</sup> Etwa BGH GRUR 1966, 375, 376 f. – *Meßmer-Tee II*; BGH GRUR 1973, 375, 377 – *Miss Petite*.

<sup>268</sup> Vgl. dazu nur *Beuthien/Wasmann* GRUR 1997, 255, 258 ff. m.w.N.

kreten Gewinn- oder Lizenzberechnung und der Hilfsansprüche, wie etwa des Auskunftsanspruchs.<sup>269</sup>

Für den Bereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist nach ganz herrschender Meinung danach zu unterscheiden, ob im Vordergrund des Rechtsverstoßes eine „Zwangskommerzialisierung“<sup>270</sup> bzw. Verletzung vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts<sup>271</sup> oder die Herabsetzung der Persönlichkeit als ideelles Schutzobjekt steht. In ersterem Fall kommen nach der Rechtsprechung für den Eingriff in das fremde „vermögenswerte Ausschließlichkeitsrecht“ die gleichen Billigkeitserwägungen zum Tragen wie bei der Schadensbemessung nach Immaterialgutsverletzungen;<sup>272</sup> im anderen Fall geht der Anspruch auf die persönlichkeitsrechtsspezifische „Geldentschädigung“ vor.<sup>273</sup> Die Anwendung der Verletzergewinnherausgabe scheiterte nach früherer Rechtsprechung allerdings auch bei Zwangskommerzialisierungen dann am Eintritt eines Vermögensschadens bzw. der fehlenden Fiktion eines eigenen Gewinns des Verletzten, wenn auszuschließen war, dass der Verletzte die Nutzung seines Bildes gestattet hätte.<sup>274</sup> Auch die Fiktion eines Lizenzvertrages im Rahmen der Lizenzanalogie war danach unanwendbar, wenn vermögensrechtliche Belange insoweit nicht berührt waren, wenn also der Verletzte die Verwendung etwa des

---

<sup>269</sup> *Schaub* GRUR 2005, 918, 921; ähnlich *Haedicke* GRUR 2005, 529, 535.

<sup>270</sup> Dazu v. *Holleben*, Geldersatz, S. 95, zur Kommerzialisierung der Persönlichkeit *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsgüterrechte, S. 9 ff., wobei begrifflich auch in Fällen von Werbung mit für den Verletzten ehrenrührigen Aussagen oder Motiven, wenn also ideelle Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen sind, von einer „Zwangskommerzialisierung“ gesprochen wird, vgl. dazu etwa das Referat von *Müller* Verhandlungen 66. DJT Bd. II/1, L 9, 18 ff.

<sup>271</sup> So etwa bejaht bereits von BGH GRUR 1956, 427, 429 – *Paul Dahlke*; unproblematisch allgemein anerkannt für die Fälle des Namensschutzes nach § 12 BGB und den §§ 22 ff. KUG, vgl. nur BGH GRUR 1973, 375, 376 f. – *Miss Petite*.

<sup>272</sup> So der I. Zivilsenat des BGH seit BGH GRUR 1956, 427, 429 – *Paul Dahlke*; ähnlich für das Namensrecht BGH GRUR 1973, 375, 376 f. – *Miss Petite*; BGH GRUR 2000, 709, 711 – *Marlene Dietrich*; vgl. dazu auch m.w.N. *Wagner* ZEuP 2000, 200, 226 f.; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 140 ff., 143 f.; krit. *Canaris* FS Deutsch 1999, S. 85, 92; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 284 mit Verweis u.a. auf.

<sup>273</sup> Dies ist vor allem die Linie des VI. Zivilsenats am BGH seit BGH GRUR 1958, 408, 409 – *Herrenreiter*; aus jüngerer Zeit v.a. BGH GRUR 1995, 224, 229 f. – *Erfundenes Exklusiv-Interview*, wobei hier aber der Verletzergewinn aus präventiven Gründen zur Bemessung der Geldentschädigung herangezogen wurde; näher zur Rechtsfigur der Geldentschädigung sogleich unten Kap. II. B. 3.

<sup>274</sup> BGH GRUR 1958, 408, 409 – *Herrenreiter*; BGH GRUR 1962, 105, 107 – *Ginsengwurzel*; BGH GRUR 1959, 430, 433 – *Caterina Valente*.

Bildes mit Sicherheit nie gestattet hätte.<sup>275</sup> Dabei spielte auch die Überlegung eine Rolle, dass die der Lizenzanalogie und der Verletzergevinnaftung zugrundeliegenden Fiktionen eines eigenen entsprechenden Geschäfts des Verletzten in Fällen ehrenrühriger Persönlichkeitsrechtsverletzungen wiederum eine Kränkung und damit eine erneute Persönlichkeitsrechtsverletzung darstellen würden, da unterstellt werden müsste, dass sich der Verletzte freiwillig in die entsprechende „unwürdige Lage“ gebracht hätte.<sup>276</sup> Mit Verweis auf gewichtige Stimmen der Literatur hat der I. Zivilsenat des BGH die vor allem vom VI. Senat begründete und fortgeführte Einschränkung,<sup>277</sup> dass die Anwendung der dreifachen Schadensberechnung von einem grundsätzlichen Einverständnis des Betroffenen mit der Vermarktung seiner Person abhängt, im Jahre 2006 mit seinem Urteil im Fall „Lafontaine“ allerdings ausdrücklich aufgegeben<sup>278</sup> und damit den Anwendungsbereich des vermögensrechtlichen Persönlichkeitsschutzes erheblich ausgeweitet.<sup>279</sup> Der Zahlungsanspruch auf eine fiktive Lizenzgebühr (aus Bereicherungs- oder Schadensersatzrecht) fingiere schließlich nicht die Zustimmung des Betroffenen, sondern stelle vielmehr den Ausgleich für einen rechtswidrigen Eingriff in eine dem Betroffenen ausschließlich zugewiesene Dispositionsbefugnis dar.<sup>280</sup>

Zumindest soweit es sich also nicht um im ideellen Kern persönlichkeitsrechtsverletzende Darstellungen, sondern eine unberechtigte Ausbeutung der geldwer-

<sup>275</sup> BGH GRUR 1958, 408, 409 – *Herrenreiter*; BGH GRUR 1966, 375, 376 – *Meßmer-Tee II*.

<sup>276</sup> BGH GRUR 1958, 408, 409 – *Herrenreiter*; a.A. bereits *Schwerdtner* JuS 1978, 289, 294, der es umgekehrt als unzulässige Unterstellung ansieht, wenn etwa aus der Geltendmachung der angemessenen Lizenzgebühr eine Genehmigung gelesen werde; dem ist insoweit zuzustimmen, als auch im Immaterialgüterrecht nach allgemeiner Auffassung im Begehren einer angemessenen Lizenz keine Genehmigung der Rechtsverletzung gesehen wird, andererseits ist wohl zuzugeben, dass sowohl der wirtschaftliche Wert eines Persönlichkeitsrechts als auch der Wille seines Trägers, es wirtschaftlich einzusetzen, zumindest nicht mit derselben Selbstverständlichkeit dem Grunde nach vorausgesetzt werden können, wie dies durch die Fiktionen im Immaterialgüterrecht geschieht. Zu weiteren Stimmen in der Literatur vgl. die Nachw. bei *v. Holleben*, Geldersatz, S. 97.

<sup>277</sup> Zu den sich berührenden Zuständigkeiten des I. und VI. Zivilsenats und der Konsequenzen vgl. *Wagner* in MüKo-BGB Bd. 5, § 823 Rn. 182.

<sup>278</sup> BGH GRUR 2007, 139, 141 – *Politische Auseinandersetzung im Rahmen einer Werbeanzeige*; zu den jahrzehntelangen Differenzen in der sachlichen Qualifizierung des Persönlichkeitsschutzes zwischen den beiden Senaten vgl. bereits die Anmerkungen von *Wagner* zur Entscheidung *Marlene Dietrich*, *Wagner* GRUR 2000, 717, 720.

<sup>279</sup> So auch *Wagner* in MüKo-BGB Bd. 5, § 823 Rn. 182.

<sup>280</sup> BGH GRUR 2007, 139, 140 f. – *Politische Auseinandersetzung im Rahmen einer Werbeanzeige*.

ten Prominenz<sup>281</sup> des Rechtsträgers handelt, sind die objektiven Schadensberechnungsmethoden der Verletzergewinnherausgabe und der Lizenzanalogie auf Verletzungen des Persönlichkeitsrechtes anwendbar,<sup>282</sup> auch wenn sich mangels vorheriger Kommerzialisierung die Rechtsverletzung nicht unmittelbar und ohne weiteres als Vermögensschaden niederschlägt. Die Bemühungen der Rechtsprechung seit der „*Paul-Dahlke*“- Entscheidung des I. Zivilsenats am BGH, zumindest insoweit bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen einen dem Immaterialgüterrecht entsprechenden Schutzstandard zuzuerkennen,<sup>283</sup> sind damit in letzter Zeit einen großen Schritt vorangekommen. Ob dem Persönlichkeitsrecht über die Gewähr dieses Schutzstandards hinaus auch eine Güterqualität im Sinne eines marktfähigen, quasi-dinglichen Rechts zugesprochen werden kann und soll, ist Gegenstand einer anderen, längst nicht beendeten Diskussion.<sup>284</sup> Auch hier hat der BGH allerdings mit seinen Entscheidungen zur Vererblichkeit des vermögensrechtlichen Bestandteils des Persönlichkeitsschutzes entscheidende Schritte getan.<sup>285</sup>

Auf weitere Rechtsverletzungen, etwa auf allgemeine Wettbewerbsverstöße<sup>286</sup> oder rein vertragliche Schadensersatzansprüche<sup>287</sup>, lässt sich der Anwendungsbereich der dreifachen Schadensberechnung dagegen nicht ausdehnen.<sup>288</sup>

---

<sup>281</sup> Dies richtet sich nach *H. Stoll* danach, ob mit der Verwertung des Persönlichkeitsrechtes insbesondere wegen einer besonderen Werbewirksamkeit oder Popularität echte Marktchancen verbunden sind, *H. Stoll*, Haftungsfolgen, S. 382.

<sup>282</sup> BGH GRUR 1956, 427, 429 – *Paul Dahlke*; vgl. auch *Beuthien/Schmölz* K&R 1999, 396, 397 f.; krit. v. *Holleben*, der für den Regelfall von einer Verkomplizierung der Schadensberechnung durch die Methoden des Immaterialgüterrechts ausgeht und diese im Ergebnis, wenn auch nur unter recht knappem Rückgriff auf die hinlänglich bekannten kritischen Argumente, als „dogmatisch überholt“ ablehnt, vgl. v. *Holleben*, Geldersatz, S. 98 ff., 103.

<sup>283</sup> Vgl. *Wagner* GRUR 2000, 717, Anm. zu BGH GRUR 2000, 715 – *Der blaue Engel*.

<sup>284</sup> Bejahend etwa grundlegend *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 191 ff., 279 ff.; *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsgüterrechte, S. 16 ff., 26 ff.; krit. insb. dem Ansatz *Göttings* gegenüber aber *Schack* AcP 195 (1995), 594, 599; zur Frage der Abtrennbarkeit und Vererblichkeit eines vermögenswerten Teilrechts vgl. auch *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 72 ff.; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 242 ff., jeweils m.w.N.

<sup>285</sup> Vgl. BGH GRUR 2000, 709 ff. – *Marlene Dietrich*.

<sup>286</sup> *Teplitzky* GRUR 1987, 215, 216 m.w.N.

<sup>287</sup> Da schuldrechtliche Vereinbarungen auch über ein Immaterialgut keine diesem entsprechende Rechtsposition begründen, BGH GRUR 2002, 795, 797 – *Titelexklusivität*; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 9 Rn 1.36a.

<sup>288</sup> Zum Ganzen *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 9 Rn 1.36 f. m.w.N.

**(3) Regelungsinhalt**

Im Anwendungsbereich der dreifachen Schadensberechnung stehen dem Verletzten nach seiner Wahl drei verschiedene Liquidationsformen zur Verfügung: Er kann vom Verletzer Ersatz seines konkreten Schadens einschließlich des entgangenen Gewinns nach den Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB verlangen (Differenzschaden),<sup>289</sup> kann aber alternativ nach der sog. Lizenzanalogie die Zahlung einer angemessenen Vergütung oder drittens die Herausgabe des tatsächlich erwirtschafteten Verletzergewinns verlangen (objektive Schadensberechnung). Es wird also die „subjektive“ (oder auch „konkrete“) Schadensberechnung in Form des Differenzschadens nach §§ 249, 252 BGB einschließlich des entgangenen Gewinns von den beiden „objektiven“ („abstrakten“) Schadensberechnungsarten Lizenzanalogie und Herausgabe des Verletzergewinns unterschieden.<sup>290</sup>

Der Lizenzanalogie liegt dabei die Fiktion eines nach vernünftigen Maßstäben angemessenen<sup>291</sup> Lizenzvertrages zugrunde,<sup>292</sup> der Herausgabe des Verletzergewinns die Fiktion, dass der Rechteinhaber durch die Verwertung seines Schutzrechts ohne die Rechtsverletzung den gleichen Gewinn erzielt hätte wie der Verletzer.<sup>293</sup> Dabei geht es auch in diesen beiden Fällen grundsätzlich darum, einen Schaden des Verletzten zu kompensieren und nicht, dies ist insbesondere im Fall der Lizenzanalogie zu beachten, darum, den Verletzer wie einen rechtmäßigen

---

<sup>289</sup> Einzelheiten etwa bei *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 262; zum Lauterkeitsrecht *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.35; vgl. auch noch unten Kap. II. B. 1. b) (3) (a).

<sup>290</sup> Zum Begriff *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 353 ff.; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 10 ff.; s. auch *Koos* in Fezer, UWG, § 9 Rn. 29 m.w.N.

<sup>291</sup> Dazu näher BGH GRUR 1993, 899, 901 – *Dia-Duplikate*; BGH GRUR 1962, 401, 404 f. – *Kreuzbodenventilsäcke III*.

<sup>292</sup> Dazu muss der Gegenstand der Rechtsverletzung zur Lizenzierung geeignet sein; dann werden alle wertbestimmenden Faktoren berücksichtigt, die auch bei regulären Vertragsverhandlungen zum Tragen gekommen wären, vgl. BGH GRUR 1993, 897, 898 – *Mogul-Anlage m.w.N.*, darunter auch die Gewinnaussichten als Ausdruck der wirtschaftlichen Bedeutung, *Zahn*, Verletzergewinn, S. 22 mit Bezug auf BGH GRUR 1962, 401, 404 – *Kreuzbodenventilsäcke III*.

<sup>293</sup> Nach st. Rspr. muss sich hierbei auch der fahrlässig handelnde Rechtsverletzer behandeln lassen wie der wesentliche Fremdgeschäftsführer bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 687 Abs. 2 BGB, vgl. BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil m.w.N.*; zum Verhältnis der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag zur Verletzergewinnherausgabe s. sogleich Kap. II. B. 1. b) (2).

Vertragspartner zu stellen.<sup>294</sup> Ob der Verletzte die Möglichkeit der Lizenzierung überhaupt hätte nutzen können oder wollen, oder ob er den Gewinn hätte realisieren können, ist insoweit unbeachtlich.<sup>295</sup>

Das Wahlrecht steht als solches nur dem Verletzten zu, ist also nie als Wahlschuld nach § 262 BGB zu behandeln, und erlischt erst mit Erfüllung des Anspruchs oder Rechtskraft einer Entscheidung, so dass ein Wechsel zwischen den Berechnungsmethoden ohne Rücksicht auf die Interessen des Verletzers<sup>296</sup> selbst nach Erhebung der Klage möglich bleibt.<sup>297</sup> Das Verhältnis der drei Berechnungsmethoden ist dabei ein streng alternatives, eine Verknüpfung oder Kumulation nach dem sog. Vermengungs- bzw. Verquickungsverbot ausgeschlossen<sup>298</sup>. Nach wie vor sollen alle drei Schadensberechnungsarten auf demselben und nicht auf einem jeweils selbständigen Schadensgrund beruhen<sup>299</sup> und – ausdrücklich lediglich als Berechnungsformen und nicht als eigenständige Ansprüche – deshalb grundsätzlich den Eintritt einer Schadens beim Verletzten voraussetzen.<sup>300</sup> Zumindest nach bisheriger Rechtsprechung muss es sich hierbei um eine Vermögenseinbuße handeln, die aber jeweils unter bestimmten Voraussetzungen durch den Verstoß indiziert sein kann.<sup>301</sup> Innerhalb der angesprochenen

---

<sup>294</sup> Vgl. BGH GRUR 1993, 899, 901 – *Dia-Duplikate*.

<sup>295</sup> Für die Lizenzanalogie BGH GRUR 1993, 55, 58 – *Tchibo/Rolex II*; BGH GRUR 1990, 1008, 1009 – *Lizenzanalogie*; für die Herausgabe des Verletzergewinns BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil* m.w.N.

<sup>296</sup> Unterschiede bezüglich des Umfangs des Arbeitsaufwandes bei den verschiedenen Schadensberechnungsarten rechtfertigen es demnach nicht, den Anspruchsberechtigten auf eine für den Anspruchsgegner weniger aufwendige Schadensberechnungsart zu verweisen, BGH GRUR 1982, 723, 726 – *Dampffrisierstab*.

<sup>297</sup> BGH GRUR 1993, 55, 57 – *Tchibo/Rolex II*; schon BGH GRUR 1974, 53, 54 – *Nebelscheinwerfer* und BGH GRUR 1966, 375, 379 – *Meßmer-Tee II*.

<sup>298</sup> BGH GRUR 1993, 757, 759 – *Kollektion „Holiday“*; BGH GRUR 1993, 55, 57 – *Tchibo/Rolex II*; BGH GRUR 1966, 375, 379 – *Meßmer-Tee II*; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 68; v. *Wolff* in *Wandtke/Bullinger*, UrhR, § 97 Rn. 59 f., jew. m.w.N.

<sup>299</sup> BGH GRUR 1995, 349, 351 – *Objektive Schadensberechnung*; BGH GRUR 1993, 55, 57 – *Tchibo/Rolex II*; dabei weist *Dreier* aber auf das „Eingeständnis der Besonderheit der Gewinnherausgabe“ seitens der Rechtsprechung in BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil* hin, das insoweit allerdings bisher ohne Konsequenzen geblieben sei, *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 68.

<sup>300</sup> BGH GRUR 1993, 55, 58 – *Tchibo/Rolex II*.

<sup>301</sup> Soweit die immaterielle Rechtsposition einerseits einen Vermögenswert hat, der sie zur Lizenzierung geeignet erscheinen lässt, und ihr Inhaber ihre Benutzung andererseits nicht ohne Gegenleistung gestattet haben würde, so indiziert dies eine der nicht geleisteten Vergütung entsprechende Vermögenseinbuße im Sinne der Lizenzanalogie; auch der Gewinn des Verletzers kann den Schluss zulassen, dass dem Verletzten ein Schaden durch die entgangenen eigenen Geschäfte und deren Gewinnchancen entstanden ist. Die Verletzergewinnherausgabe sollte nach bisheriger Rechtsprechung dann nicht anwendbar sein, wenn aufgrund einer atypischen Konstellation kein

Rechtsbereiche ist es unerheblich, aus welcher Rechtsgrundlage im Einzelnen sich die Rechtsverletzung ergibt; es handelt sich jedoch durchweg um verschuldensabhängige Ansprüche.

Nach dieser Grundlagendarstellung der dreifachen Schadensberechnung soll im Folgenden der Fokus auf die Variante der Herausgabe des Verletzergewinns gerichtet werden, da diese für den Vergleich mit den wettbewerbsrechtlichen Abschöpfungstatbeständen von entscheidendem Interesse ist.

### **b) Zur dogmatischen Herleitung der Verletzergewinnherausgabe**

Die Herausgabe des Verletzergewinns ersetzt – so viel zumindest ist unstrittig – nicht den konkret entstandenen Schaden, sondern zielt, so die Rechtsprechung, „in anderer Weise [Herv. d. Verf.] auf einen billigen Ausgleich des Vermögensnachteils, den der verletzte Rechtsinhaber erlitten hat“.<sup>302</sup> Bei der Bezeichnung der Grundlage, auf welcher dies rechtlich exakt geschieht, gerät allerdings selbst die Rechtsprechung als ursprüngliche Entwicklerin der Verletzergewinnherausgabe in (Formulierungs-) Schwierigkeiten; zumindest beschreibt sie die dogmatische Begründung des Gewinnherausgabeanspruchs seit dessen Etablierung nicht immer in gleicher Weise.<sup>303</sup> Vor allem betonen die einschlägigen Entscheidungen nach wie vor, dass der Rechtsverletzer bei Anwendung der dritten Schadensberechnungsmethode wie ein wissentlich handelnder Fremdgeschäftsführer nach § 687 Abs. 2 BGB zu behandeln sei, auch wenn ihm nur Fahrlässigkeit zur Last falle.<sup>304</sup> Die Herausgabepflicht beruht nach der Rechtsprechung damit dem Grunde nach auf den Voraussetzungen des delikti-

---

Zusammenhang zwischen dem Gewinn des Verletzers und dem Schaden des Verletzten bestehen kann, s. zu allem *Zahn*, Verletzergewinn, S. 22, 24; BGH GRUR 1995, 349, 351 – *Objektive Schadensberechnung*. Zur Frage, inwieweit dies nach den neuen Gesetzesmaterialien und jüngerer Rechtsprechung noch gelten wird vgl. unten Kap. III. C. 2.

<sup>302</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil* mit Bezug auf BGH GRUR 1995, 349, 352 – *Objektive Schadensberechnung*.

<sup>303</sup> Dazu etwa *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 83 m.w.N.

<sup>304</sup> Etwa BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil* m.w.N.

schen Schadensersatzanspruchs; aus Billigkeitserwägungen müsse sich aber der Verletzer hinsichtlich der Höhe seiner Herausgabeverpflichtung behandeln lassen wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag.<sup>305</sup>

Es ist offensichtlich, dass angesichts dieser und weiterer immaterialgüterrechtsspezifischen Besonderheiten in den Fällen der dreifachen Schadensberechnung einige der herkömmlichen Grenzen deutscher Zivilrechtsdogmatik verschwimmen; trotz der schadensrechtlichen Anknüpfung der Verletzergewinnherausgabe lässt sich etwa mit guten Argumenten bestreiten, dass diese als Schadensersatz anzusehen ist.<sup>306</sup> Der Gesetzgeber hat mit vereinheitlichenden Neuregelungen im Zuge der Umsetzung von Art. 13 der *Enforcement-Richtlinie*<sup>307</sup> die Verletzergewinnhaftung zwar weitgehend gesetzlich verankert, dies aber nicht zum Anlass genommen, in dieser Frage eindeutig Stellung zu beziehen.<sup>308</sup> Daneben bleibt die dreifache Schadensberechnung in einzelnen, (noch) nicht normierten Bereichen wie dem ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz und dem Namens- und Persönlichkeitsrecht herleitungsbedürftig: Solange der Gesetzgeber wie in diesem Fall ein bestimmtes Rechtsinstitut, welches für einen *numerus clausus* ausgewählter Rechtsgebiete bzw. Fallgruppen anwendbar ist, zum Teil normiert, zum Teil aber auf das bestehende Richterrecht verweist, solange ist für die nicht-normierten Anwendungsfälle mangels einer planwidrigen Regelungslücke auch der Rückgriff auf die normierten Anwendungsfälle im Wege der Analogie ausgeschlossen. Aber selbst für den Großteil der Anwendungsbereiche, der zwar inzwischen eine Normierung erfahren, in dem aber

---

<sup>305</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*; vgl. bereits RGZ 35, 63, 66 ff. – *Ariston* (1895); *Leicht* ersetzt die Formulierung der „Haftung auf den Verletzergewinn“ im Rahmen seiner Arbeit über die dogmatische Qualifikation des § 10 UWG denn auch durch den Begriff der „Gestionshypothese“: Der Bestandteil „Hypothese“ soll dabei auf die schadensersatzrechtliche Natur des Rechtsinstituts, der Begriff „Gestion“ auf seinen geschäftsbesorgungsrechtlichen Inhalt hinweisen, s. *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 168, und zugleich eine Abgrenzung zu der von *Tilmann* verwandten Formulierung „fiktive Geschäftsführung ohne Auftrag“ (vgl. *Tilmann* GRUR 2003, 647, 648) darstellen, *Leicht*, a.a.O., S. 169.

<sup>306</sup> Dazu *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 274; v. d. *Osten* GRUR 1998, 284 f.

<sup>307</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Abl EU Nr. L 195 vom 2.6.2004, S. 16, 23.

<sup>308</sup> Dazu sogleich ausführlich unter Kap. II. B. 1. b) (3) (b).



nach wie vor ganz unterschiedliche Herleitungen der Gewinnherausgabe vertreten werden, ist zur Auslegung der Vorschriften eine Verortung im zivilrechtlichen Anspruchssystem hilfreich<sup>309</sup> – zumal angesichts einer so offen gehaltenen Formulierung wie sie vom Gesetzgeber für die Verletzergeinnherausgabe gewählt wurde und einer Gesetzesbegründung, die bezüglich des eigentlichen Regelungsinhaltes anstatt einer eigenen ausdrücklichen Aussage auf die hergebrachten Grundsätze der Rechtsprechung verweist.<sup>310</sup> Daher wird im Folgenden zumindest eine Übersicht<sup>311</sup> über den weit verzweigten Meinungsstand zur rechtlichen Herleitung einer Gewinnherausgabe nach Immaterialgutsverletzungen gegeben.

### (1) *Gewinnherausgabe als Kondiktionsanspruch?*

Da die Herausgabe des Verletzergeinns nach Immaterialgutsverletzungen nur verschuldensabhängig gewährt wird, stellt sie sich schon auf den ersten Blick nicht als unmittelbare Form der herkömmlichen, verschuldensunabhängigen Eingriffskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. dar. Denkbar wäre insoweit höchstens, einen Gewinnherausgabeanspruch aus der verschärften Haftung des bösgläubigen Kondiktionsschuldners nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 i.V.m. § 285 Abs. 1 BGB<sup>312</sup> abzuleiten. Allerdings ist auch die Bösgläubigkeit im Sinne der genannten Vorschriften nicht deckungsgleich mit der Verschuldensvoraussetzung der Verletzergeinnhaftung, liegt sie doch nur vor bei positiver

---

<sup>309</sup> Geht man trotz der inzwischen vorgenommenen Gesetzesänderung mit *Schaub* davon aus, dass sich Lizenzanalogie und Gewinnhaftung als Herausgabeansprüche tendenziell von der Urform des Schadensersatzes lösen, so muss man ihr folgerichtig zustimmen, dass damit die dogmatische Einordnung dieser Rechtsfolgen in Zukunft an Bedeutung gewinnen dürfte, vgl. *Schaub* GRUR 2005, 918, 920.

<sup>310</sup> S. Begr. RegE-Rechtsdurchsetzung (oben Fn. 19), BT-Drucks. 16/5048, S. 37.

<sup>311</sup> Für Weiteres sei an dieser Stelle verwiesen zum einen auf die Übersicht der Rechtsentwicklung bis zum *Gemeinkostenanteil*-Urteil des BGH bei *Tilmann* GRUR 2003, 647, 648, auf die ausführliche Darstellung zum Meinungsstand der Einordnung der Herausgabe des Verletzergeinns bei *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 274 ff., vgl. dort auch S. 356 ff.; *Helms*, *Gewinnherausgabe*, S. 263 ff.; *Zahn*, *Verletzergeinn*, S. 25 ff.

<sup>312</sup> Die Anwendbarkeit des § 285 BGB als „allgemeine Vorschrift“ im Sinne des § 818 Abs. 4 BGB wird inzwischen in Literatur und Rspr. weitgehend bejaht, vgl. zu § 281 a.F.: BGHZ 75, 203, 205 ff.; *Larenz/Canaris*, *SchuldR* II/2, § 73 II 3. b); *Medicus* JuS 1993, 705, 707; *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 391, jew. m.w.N.; für § 285 BGB in der heutigen Fassung *Palandt/Sprau* § 818 Rn. 52; *Löwisch/Caspers* in *Staudinger*, *BGB*, § 285 Rn. 15; *Lorenz* in *Staudinger*, *BGB*, § 818 Rn. 50.

Kenntnis des Bereicherungsschuldners von seiner Nichtberechtigung, zu der neben der Kenntnis der Tatsachengrundlagen nach herrschender Meinung auch die Kenntnis der Rechtslage gehört.<sup>313</sup> Die Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung lässt sich nach ihren heute gültigen Voraussetzungen also nicht ohne weiteres in das Anspruchssystem der §§ 812 ff. BGB einordnen. Auch die Regelung aus Art. 13 Abs. 2 der *Enforcement-Richtlinie*<sup>314</sup>, welche die Mitgliedsstaaten ermächtigt, für unverschuldete Verletzungshandlungen unter anderem eine Gewinnabschöpfung vorzusehen, wurde als optionale Bestimmung im deutschen Recht nicht umgesetzt. Nach *Dreier* wären „Gewinne“ in diesem Sinne womöglich ohnehin nicht „im rechtstechnischen Sinne als Gewinn“, sondern allgemeiner als „Vermögensplus“ beim Verletzer zu verstehen, das man im Sinne der deutschen Rechtsauffassung auch als Nutzungswert interpretieren könne.<sup>315</sup>

Andererseits besteht zwischen der Gewinnhaftung im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung und dem zivilrechtlichen Bereicherungsausgleich eine gewisse perspektivische Verwandtschaft; zielen doch Kondiktion wie Gewinnherausgabeansprüche auf die Rückgängigmachung einer rechtsgrundlosen Vermögensmehrung des Verletzers, während demgegenüber das Deliktsrecht seinen Fokus grundsätzlich auf die rechtswidrig verursachte Differenz im Vermögen des Verletzten richtet.<sup>316</sup> Es liegt somit zumindest ein Blick

---

<sup>313</sup> Etwa BGHZ 118, 383, 392 m.w.N; bloße Zweifel, ein Kennenmüssen oder die Bösgläubigkeit nach § 932 Abs. 2 BGB reichen nicht aus, vgl. Palandt/*Sprau* § 819 Rn. 2; andererseits hat Kenntnis auch derjenige, der sich der Einsicht insoweit bewusst verschließt, vgl. BGH NJW 1996, 2652, 2653; Palandt/*Sprau* a.a.O.; dazu auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 390 m.w.N.

<sup>314</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Abl EU Nr. L 195 vom 2.6.2004, S. 16, 23.

<sup>315</sup> *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 710.

<sup>316</sup> Ähnlich *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 359; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 30; so auch *Kelker*, Gewinnherausgabe, S. 160, letztere allerdings schon angesichts § 252 BGB wohl zu weit gehend, wenn sie „Schadensersatz und Gewinn“ als zwei „strikt voneinander zu trennende Rechtsinstitute“ bezeichnet, vgl. *Kelker*, a.a.O; zur „gleichsam spiegelsymmetrischen“ Struktur von Bereicherungsrecht und Deliktsrecht insoweit *Hagen* FS Larenz 1973, S. 867, 868; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 357.

über die bekannte schadensrechtliche Gestaltung der Verletzergeinnhaftung hinaus in Richtung des Bereicherungsrechtes nahe.<sup>317</sup>

### (a) Bereicherungsausgleich nach Immaterialgutsverletzungen

Grundsätzlich ist bei Immaterialgutsverletzungen – inzwischen unstreitig – ergänzend neben Schadensersatz- und Geschäftsführungsansprüchen ein verschuldensunabhängiger Bereicherungsausgleich nach den allgemeinen Prinzipien der Eingriffskondiktion (eine andere Kondiktionsform kommt nicht in Betracht) möglich.<sup>318</sup> Gleiches gilt für die Verletzung lauterkeitsrechtlich geschützter Leistungspositionen, die nicht mehr bloße Marktchancen darstellen, sondern wie ein Immaterialgüterrecht dem Berechtigten Unterlassungsansprüche und die Möglichkeit gewähren, Dritten gegen Entgelt Nutzungsrechte einzuräumen,<sup>319</sup> sowie bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten, soweit auch ihnen ein bereicherungsrechtlicher Zuweisungsgehalt zugesprochen wird, insbesondere der Verletzte grundsätzlich (!) kommerzialisierungswillig und das Persönlichkeitsrecht von entsprechendem Marktwert ist.<sup>320</sup>

<sup>317</sup> Zum Ganzen instruktiv *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 375 ff. m.w.N.

<sup>318</sup> Für das Urheberrecht vgl. RGZ 121, 258, 259 f.; BGH GRUR 1971, 522, 524 – *Gasparone II*; im Geschmacksmusterrecht, BGH GRUR 1963, 640, 642 – *Plastikkorb*; bei Verletzungen von Persönlichkeits- und Namensrechten, BGH GRUR 1981, 846, 847 f. – *Rennsportgemeinschaft*, und des Rechtes am eigenen Bild, BGH GRUR 1979, 732 ff. – *Fußballtor*; später auch im Patent- und Gebrauchsmusterrecht seit BGH GRUR 1977, 250, 253 – *Kunststoffhohlprofil I*, sowie im Markenrecht (dort allerdings verzögert wegen der früheren Einordnung als Verhaltensnorm, dazu bereits *Ullmann* GRUR 1978, 615, 617); BGH GRUR 1987, 520, 523 – *Chanel No. 5*; vgl. auch *Sack* FS Hubmann 1985, S. 373, 375 f.; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 363 m.w.N.; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 7 IV 2.

<sup>319</sup> Vgl. BGH GRUR 1990, 221, 222 – *Forschungskosten*; BGH WRP 1993, 91, 94 – *Kastanienmuster*; s. auch *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 40 Rn. 7; *Zahn*, Verletzergeinn, S. 8, jew. m.w.N.; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 9 Rn. 3.2, der diesen spezifischen Zuweisungsgehalt als „Verbotungsrecht plus Verwertungsrecht“ zusammenfasst. Insgesamt entspricht die Einteilung im Ergebnis derjenigen bei der Frage der Anwendbarkeit der dreifachen Schadensberechnung im Lauterkeitsrecht, vgl. dazu oben Kap. II. B. 1. a) (2).

<sup>320</sup> Insofern kommt es also auch hier nach h.M. auf die oben genannten Kriterien zur Marktgängigkeit von vermögenswerten Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts an, vgl. oben Kap. II. B. 1. a) (2); BGH GRUR 1956, 427, 429 – *Paul Dahlke*; BGH GRUR 1992, 557, 558 – *Fuchsberger*; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 7 IV 2 a); eingehend *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 121 ff.; s. auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 367 ff. m.w.N., der dies damit begründet, dass andernfalls, also bei einer Öffnung der Bereicherungshaftung auch für Verletzungen der ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts, die Grenzen zwischen disponiblen und nur der eigenen Disposition des Rechtsträgers zugewiesenen Persönlichkeitsrechtsbestandteilen aufgehoben würden, s. *Dreier*, a.a.O., S. 370; krit. *von Holleben*, der unter Berufung auch auf andere Stimmen in der Literatur für eine Öffnung der Bereicherungshaftung für sämtliche Persönlichkeitsrechtsverletzungen eintritt, da schließlich die Kommerzialisierung etwa durch eine ehrverletzende Publikation doch für einen objektiven Marktwert spreche, es gerade nach dem Konstrukt des Bereicherungsrechts auf einen Kommerzialisierungswillen dagegen nicht ankomme, v. *Holleben*, Geldersatz, S. 105 ff., 108, 109 ff. m.w.N.; grundlegend und ebenfalls krit. *Schlechtriem* FS Hefermehl 1976, S. 445 f., 452 ff.

## Kapitel II. Zivilrechtliche Gewinnhaftungsansprüche

---

Eine Voraussetzung hierfür war die Abkehr von der früheren Interpretation des Merkmals „auf Kosten“ in § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB, die im Sinne der Vermögensverschiebungs- bzw. Einheitslehre<sup>321</sup> eine Stoffidentität zwischen dem Gegenstand der Bereicherung beim Kondiktionsschuldner und einer Entreichung beim Kondiktionsgläubiger gefordert hatte.<sup>322</sup> Inzwischen gilt es allgemein als ausreichend, wenn der Bereicherungsschuldner durch die Nutzung eines dem Gläubiger ausschließlich zugewiesenen Gutes ohne Erlaubnis zu eigenen Zwecken sein Vermögen vermehrt.<sup>323</sup> Für die Frage der Anwendbarkeit des Bereicherungsausgleichs spielt im Falle der Immaterialguts- und vergleichbaren Rechtsverletzungen im Übrigen zunächst keine Rolle, ob man den Grund für den Kondiktionsanspruch mit der Rechtswidrigkeitslehre in einem auf einer rechtswidrigen Handlung resultierenden Vermögenszuwachs des Nichtberechtigten<sup>324</sup> oder mit der herrschenden Lehre vom Zuweisungsgehalt in der im Widerspruch zur rechtlichen Güterzuordnung<sup>325</sup> stehenden Nutzungsmöglichkeit sieht.<sup>326</sup>

---

<sup>321</sup> Begründet hatte diese Lehre *Friedrich Karl von Savigny*, vgl. nur *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts Bd. 5, S. 526 f.: „Eben so ist es aber auch nöthig, dass Dasjenige, welches dem Andern zur Bereicherung diente, vorher schon wirklich einmal zum Vermögen Dessen gehört habe, welcher darauf eine Condition gründen will“; vgl. später etwa *Haines*, Bereicherungsansprüche, S. 49 f.

<sup>322</sup> Zu den Schwierigkeiten, die sich bei der Anwendung dieser Voraussetzungen im Bereich der Immaterialgüterrechte ergeben, s. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 365 m.w.N.

<sup>323</sup> BGH GRUR 1990, 221, 222 – *Forschungskosten*; *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 709 ff.; *Looschelders*, SchuldR BT, Rn. 1061.

<sup>324</sup> Als „Entdecker“ der Eingriffskondiktion bezeichnet *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 704, den Begründer der Rechtswidrigkeitslehre *Fritz Schulz*, der in seinem „System der Rechte auf den Eingriffserwerb“ zur Verhinderung eines beim Verletzer verbleibenden Gewinns nach einem widerrechtlichen Eingriff in Rechte des Verletzten die Herausgabe des „Zuviel“ im Verletzervermögen herleitet, s. *Schulz* AcP 105 (1909), 1, 445; hierzu kommt es nach *Schulz* weder auf ein Verschulden noch auf die Qualität des verletzten Rechtsgutes, sondern nur auf die Rechtswidrigkeit des Eingriffs an: „Ob selbständiges Genussgut, absolutes Recht oder bloßes Verbotungsrecht kann uns dabei ganz gleichgültig sein, denn warum soll nicht auch der Eingriff in ein bloßes Verbotungsrecht zur Herausgabe des Eingriffserwerbs verpflichten?“, *Schulz* AcP 105 (1909), 1, 206; zur Entwicklung der bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung nach der Rechtswidrigkeitslehre vgl. im Übrigen die Übersicht und Nachw. bei *Kelker*, Gewinnherausgabe, S. 133 ff. sowie bei *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 704 f.

<sup>325</sup> Vgl. v. *Caemmerer* FS Rabel 1954, S. 333, 353: Eingriffskondiktion als Instrument des Güterschutzes, wenn die Verwendung der Sache im Widerspruch zu deren Zuweisungsgehalt steht, wobei es hierbei maßgeblich auf die güterzuordnende Funktion des Eigentums und sonstiger absoluter Rechte ankomme; aufbauend auf der von *Heck* (Zuweisung der Erwerbsmöglichkeit und Nutzung der fraglichen Beschaffenheit an den Gläubiger, vgl. *Heck*, Schuldrecht, S. 421) gleichsam vorbereiteten und von *Wilburg* begründeten Lehre vom Zuweisungsgehalt (Eingriffskondiktion als Rechtsfortwirkungsanspruch aus dem Zuweisungsgehalt der Rechtsposition bzw. des „Mutterrechts“, vgl. *Wilburg*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 27, 114); dazu auch *Kelker*, Gewinnherausgabe, S. 79 ff., 88 ff.; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 7 III 1, 2; *Looschelders*, SchuldR BT, Rn. 1064; *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 69 I 1. b).

<sup>326</sup> Nach *Dreier* ergänzen sich die beiden Auffassungen insoweit eher, als sie sich widersprüchen, da bei der unbefugten Inanspruchnahme fremder ausschließlich zugewiesener Güter zugleich die Normen über dieses gesetzliche Güterzuordnung verletzt würden, vgl. *Dreier* Kompensation und Prävention, S. 366 f.

Nach § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt BGB ist, wer auf Kosten eines anderen etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat, diesem zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet. Unter dem „Erlangten“ ist dabei in Fällen des Immaterialgüterrechts – nach heute herrschender Meinung – der im Widerspruch zur Zuweisung der Benutzungsbefugnis an den Rechteinhaber stehende Gebrauch des geschützten Immaterialgutes zu sehen.<sup>327</sup> Während im Fall der Geschäftsbesorgungsansprüche und auch der unechten Geschäftsführung nach § 687 Abs. 2 BGB der Begriff des „Erlangten“ aus § 667 BGB den sich aus dem fremden Geschäft – im Falle der Immaterialgutsverletzung ist als solches die rechtsgeschäftliche Verwertung einzuordnen – ergebenden Erlös erfasst, knüpft das Bereicherungsrecht mit seinem Begriff des „Erlangten“ aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB lediglich unmittelbar an den auf Kosten des Verletzten erhaltenen Gegenstand der unmittelbaren Bereicherung und nicht an das *commodum ex negotiatione cum re* als Frucht des damit getätigten Rechtsgeschäfts an.<sup>328</sup>

### (b) Nutzung, Surrogat oder Wertersatz

Da es sich bei dem „Erlangten“ im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB mit dem „Gebrauch“ des immateriellen Gegenstandes um etwas handelt, das seiner Natur nach nicht herausgegeben werden kann, ließe sich ein Herausgabeanspruch auf den mit dem Erlangten erwirtschafteten Gewinn höchstens mit Hilfe der Nutzungs- und Surrogathaftung nach § 818 Abs. 1 BGB oder nach § 818 Abs. 2 BGB als Wertersatz konstruieren. Nach der ganz herrschenden objektiven Theorie zur Bemessung des Wertersatzes nach § 818 Abs. 2 BGB fällt hierunter allerdings lediglich der objektive Marktwert des erlangten Gebrauchs

<sup>327</sup> BGH GRUR 1982, 301, 303 – *Kunststoffhohlprofil II*; vgl. auch *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 268: Der Verletzer „konsumiere“ die dem Rechtsinhaber vorbehaltenen Marktchance; *Ullmann* GRUR 1978, 613, 619: „arglos angemessene Kompetenz“ der Entscheidung über die Verwendung des Rechts; zum Ganzen auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 370, der hierbei die Möglichkeit betont, durch die Trennung zwischen Erlangtem und später abzuschöpfender Bereicherung letztendlich zwischen dem gutgläubigen und dem bösgläubigen Konditionsschuldner zu differenzieren; *Zahn*, Verletzererwerb, S. 30 f.

<sup>328</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 71 II 1. b); *Zahn*, Verletzererwerb, S. 31 m.w.N.; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 9 Rn. 3.4; a.A. aber etwa *Haines*, Bereicherungsansprüche, S. 49, 108 f.; *Gieseke* GRUR 1958, 17, 20; vgl. auch RGZ 43, 56, 59 – *Maischverfahren*; RGZ 54, 137, 141 f.; für eine Trennung nach dem „technisch-juristischen“ und dem „wirtschaftlichen“ „Eingriffserwerb“ allerdings schon *Schulz*, AcP 105 (1909), 1, 428 f.

des Immaterialguts und nicht der tatsächlich-subjektiv vom Konditionsschuldner erzielte Gewinn oder Erlös;<sup>329</sup> ein Herausgabeanspruch lässt sich für die Immaterialgüterrechte damit lediglich in Höhe der üblicherweise gezahlten Lizenzgebühr<sup>330</sup> begründen.<sup>331</sup> Auch eine Gewinnherausgabe nach § 818 Abs. 1 BGB wird nach herrschender Meinung zu Recht sowohl allgemein als auch für die Fälle von Immaterialgüterverletzungen abgelehnt, wenn auch mit zum Teil erheblich divergierenden Begründungen.<sup>332</sup> Der für die Gewinnhaftung relevante Vermögensvorteil des Verletzers eines Immaterialguts erwächst schließlich erst aus dessen Handel mit dem unter Einsatz des Erlangten hergestellten Produkt.<sup>333</sup> Als Folge hieraus belegt etwa *Dreier* die mehr als eingeschränkte Geeignetheit der insoweit vorhandenen Kategorien der § 818 Abs. 1, 1. Alt i.V.m. § 100 BGB einerseits und § 818 Abs. 1, 2. Alt BGB andererseits zur – auch analogen – Anwendung auf den Bereicherungsausgleich nach rechtswidriger Nutzung eines Immaterialguts.<sup>334</sup> Danach ist der erwirtschaftete Gewinn streng genommen schon weder als Sach- oder Rechtsfrucht nach §§ 100, 99 Abs. 1 BGB<sup>335</sup> noch

---

<sup>329</sup> Vgl. v. *Caemmerer* FS Rabel 1954, S. 333, 357; *Sack* FS Hubmann 1985, S. 373, 380; *Looschelders*, SchuldR BT, Rn. 1108 f.; BGHZ 38, 356, 368 f.; BGHZ 132, 198, 207; dagegen tritt die subjektive Theorie für eine subjektiv-individuelle Betrachtung des konkreten Vermögenszuwachses beim Empfänger ein, vgl. *Westermann/Buck* in *Ermann*, BGB, § 818 Rn. 16 ff.; *Koppensteiner* NJW 1971, 1769, 1771 f., 1775.

<sup>330</sup> Der Unterschied zur verschuldensabhängigen Lizenzgebührzahlung im Rahmen des dreifachen Schadensersatz liegt dann vor allem darin, dass die Haftung des Deliktsschuldners auch dessen Stammvermögen erfasst, während der Umfang der bereicherungsrechtlichen Herausgabe vom tatsächlich erwirtschafteten Vermögensvorteil abhängig ist, vgl. eingehend und instruktiv *Ullmann* GRUR 1978, 615, 621.

<sup>331</sup> Vgl. BGH GRUR 1982, 301, 303 – *Kunststoffhohlprofil II*; BGH GRUR 1982, 286, 286 ff. – *Fersenabstützvorrichtung*; BGH GRUR 1956, 427, 430 – *Paul Dahlke* (geldwerter Bestandteil des Persönlichkeitsrechts); v. *Caemmerer* FS Rabel 1954, S. 333, 356; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 15 II 3 b); *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 381 f. m.w.N.; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 362; zu den lauterkeitsrechtlich geschützten Leistungspositionen *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 9 Rn. 1.42, 3.5 m.w.N.; zum Persönlichkeitsrecht *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 125 f. m.w.N.; zu Modifikationen der objektiven und subjektiven Theorie in Bezug auf die Bereicherungshaftung bei Immaterialgutsverletzungen vgl. die Übersicht bei *Zahn*, Verletzererwerb, S. 32 ff.

<sup>332</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 1982, 301, 303 – *Kunststoffhohlprofil II*; ausführlich *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 374 ff. sowie *Zahn*, Verletzererwerb, S. 36 ff., jeweils m.w.N.; für die Gegenansicht etwa *Lieb* in *MüKo-BGB*, 4. Aufl., § 818 Rn. 23; *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 13 II 2 a).

<sup>333</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 376.

<sup>334</sup> Dies insbesondere aufgrund der Tatsache, dass die Immaterialität jeder Vergleichbarkeit mit einer Form der „Substanzentnahme“ entgegenstehe, die ihrerseits aber Grundlage der Nutzungs- und Surrogatsansprüche aus § 818 Abs. 1 BGB sei, vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 377 f. m.w.N.; insoweit offener *Zahn*, Verletzererwerb, S. 37.

<sup>335</sup> Denn das Erlangte ist ja mit dem „Gebrauch“ weder eine Sache nach § 90 BGB noch ein Recht, vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 377; eine Einordnung als „Rechtsfrucht“ in einer Parallele zu dem mit einem Unternehmen erzielten Gewinn wohl nicht ausschließend dagegen *Zahn*, Verletzererwerb, S. 36 ff.; ähnlich *Brandner* GRUR 1980, 359, 360.

als ein Gebrauchsvorteil nach § 100 BGB<sup>336</sup> aus dem erlangten Gebrauch als solchem hervorgegangen, sowie schließlich auch nicht „auf Grund“ eines erlangten Rechts erworben.<sup>337</sup>

### (c) Haftung aus § 816 Abs. 1 oder § 819 Abs. 1 BGB

Da der Verletzer schließlich aufgrund der Unmöglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs angesichts der Immaterialität des angemessenen Nutzungsrechts rechtlich nicht in der Lage ist, in gegenüber dem Verletzten wirksamer Weise eine Verfügung über dieses zu tätigen,<sup>338</sup> und die Nutzung des Immaterialgutes als solche einen bloßen Realakt darstellt,<sup>339</sup> lässt sich auch aus § 816 Abs. 1 BGB eine bereicherungsrechtlich gestützte Gewinnherausgabe nicht konstruieren<sup>340</sup> – auch wenn seitens der Vertreter eines bereicherungsrechtlichen Gewinnherausgabeanspruchs in Fällen unberechtigter Nutzung von Immaterialgütern gerne auf die Wertungen des § 816 Abs. 1 BGB verwiesen wird.<sup>341</sup>

---

<sup>336</sup> Aus denselben Gründen *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 377; *Zahn* lehnt dagegen eine Gewinnhaftung über das Merkmal der „Gebrauchsvorteile“ aus dem – damit im weiteren Sinne zusammenhängenden – Grund ab, dass der Gebrauchsvorteil nach h.M. bereits unmittelbar über § 818 Abs. 2 BGB in Anrechnung gebracht werde, vgl. *Zahn*, Verletzergewinn, S. 37; ablehnend (bezogen auf den Bereich der Persönlichkeitsrechtsverletzungen) auch *Klüber*, da ein auf besonderen Leistungen und Fähigkeiten beruhender Gewinn des Verletzers nicht beinhaltet sein dürfe, *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 125.

<sup>337</sup> Zumal hiervon nicht der Erwerb „durch“ Rechtsgeschäft erfasst sei, vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 376 ff., der in der Folge auch aufgrund weiterer Erwägungen wie einer Wertungsparallele zu §§ 987 ff. BGB sowie einer Abwägung der verschiedenen Funktionsaspekte des Bereicherungsrechts zu einer Ablehnung der Gewinnherausgabe nach § 818 Abs. 1 BGB gelangt; auch nach anderen Ansichten ergeben sich jedoch im Ergebnis kaum lösbare Probleme, etwa durch die Bestimmung dessen, was der Gebrauch des Immaterialgüterrechts als Ertrag gewährt oder durch das Verhältnis zu dem nach § 818 Abs. 2 BGB in Höhe der üblichen Lizenz gewährten direkten Herausgabeanspruch, der das Gewinnerzielungspotential bereits mitberücksichtige, vgl. dazu *Zahn*, Verletzergewinn, S. 39; dagegen sehen den Erstattungsanspruch nach § 818 Abs. 1 BGB bis zur Höhe des Gewinns als Ergänzung zum Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB *Lieb* in MüKo-BGB, 4. Aufl., § 818 Rn. 18 ff., 45 sowie *Brandner* GRUR 1980, 359, 360 f.

<sup>338</sup> Etwa *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 275; falls man nach *Zahn* eine Verfügung in dem Inverkehrbringen der jeweiligen Produkte sehen wollte, so wäre der Verletzer fraglos in der Lage, über diese gegenüber dem Berechtigten wirksam zu verfügen, er wäre ihm gegenüber aber kein zur Verfügung über diesen Gegenstand „Nichtberechtigter“ i.S.d. § 816 Abs. 1 BGB, so dass der erforderliche Zusammenhang zwischen Nichtberechtigung und Verfügung fehlte, vgl. *Zahn*, Verletzergewinn, S. 41 f.

<sup>339</sup> *Zahn*, Verletzergewinn, S. 41; zum Fall der Verfügung über das zugrundeliegende Recht *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 261 f.

<sup>340</sup> Vgl. BGH GRUR 1960, 554, 557 – *Handstrickverfahren*.

<sup>341</sup> Vgl. etwa *Kelker*, Gewinnherausgabe, S. 153 f.; dabei weist *Dreier* zu Recht darauf hin, dass sich der Umfang der Herausgabepflicht nach § 816 Abs. 1 BGB nur aus der „Vindikationsersatzfunktion“ dieser Vorschrift begründet, die mit der Interessenlage bei der unberechtigten Nutzung von Immaterialgütern nicht vergleichbar ist, s. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 382, Fn. 115.

Wer allerdings in Kenntnis seiner mangelnden Berechtigung<sup>342</sup> ein Immaterialgut, eine vergleichbare wettbewerbsrechtlich geschützte Leistungsposition oder das Persönlichkeitsrecht eines anderen ausnutzt,<sup>343</sup> den trifft die verschärfte Haftung der §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB. Da § 285 Abs. 1 BGB nach heute herrschender Meinung als „allgemeine“ Vorschrift i.S.d. § 818 Abs. 4 BGB angesehen wird<sup>344</sup> und seinerseits das *commodum ex negotiatione cum re* umfasst<sup>345</sup>, ist eine Gewinnherausgabe über die Anwendung der §§ 812, 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB i.V.m. § 285 Abs. 1 BGB grundsätzlich denkbar, aber umstritten.<sup>346</sup> Soweit sich ihre Befürworter auf die Wertungsharmonie zur Gewinnherausgabeverpflichtung nach §§ 687 Abs. 2, 681 S. 1, 667 BGB berufen,<sup>347</sup> wird dem entgegengehalten, dass die entsprechenden Ansatzpunkte dann systematisch korrekter direkt über die Vorschriften der angemäßen Eigengeschäftsführung berücksichtigt werden könnten.<sup>348</sup> Gleichzeitig bietet jedoch die Gewinnhaftung des bösgläubigen Verletzers vor allem eine Möglichkeit, dessen Einstehenmüssen von dem des gutgläubigen Bereicherten abzugrenzen. Lehnte man die Gewinnhaftung über diese Normenkette grundsätzlich ab, so wäre nämlich die bereicherungsrechtliche Haftung des bösgläubigen wie des gutgläubigen Verletzers gleichermaßen auf den objektiven Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB begrenzt; beide Verletzer kämen damit im Ergebnis in den Genuss einer gleichwertigen bereicherungsrechtlichen Haftungsprivilegierung.<sup>349</sup>

---

<sup>342</sup> Wie oben schon dargestellt (s. Fn. 313) sind damit die Voraussetzungen der Bösgläubigkeit nicht deckungsgleich mit einer der Verschuldensstufen des Deliktsrechts.

<sup>343</sup> Wobei es hier auf den Zeitpunkt der Kenntnis im Verhältnis zu dem der Verwertungshandlung ankommt, vgl. Dreier, Kompensation und Prävention, S. 390 Fn. 150.

<sup>344</sup> Nachw. s. oben Fn. 312.

<sup>345</sup> A.A. für das Persönlichkeitsrecht v. Holleben, Geldersatz, S. 117 f.

<sup>346</sup> Vgl. Dreier, Kompensation und Prävention, S. 390 f.; unter der Bedingung einer „Identität“ zwischen Gewinn und Verletzung eines (Persönlichkeits-)Rechts Canaris FS Deutsch 1999, S. 85, 95 f.; krit. Heermann GRUR 1999, 625, 634; ablehnend Köhler in Großkomm-UWG, Vor § 13 UWG B Rn 378; ebenso unter systematischen Erwägungen (noch zu § 281 BGB a.F.) v. Holleben, Geldersatz, S. 118; Klüber, Persönlichkeitsschutz, S. 126 f.; vgl. zum Umfang der Herausgabe des *commodum ex negotiatione cum re* im Übrigen Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 73 II 3. b); Schwab in MüKo-BGB Bd. 5, § 818 Rn. 299 ff.

<sup>347</sup> Vgl. Dreier, Kompensation und Prävention, S. 391.

<sup>348</sup> So Klüber, Persönlichkeitsschutz, S. 128; ähnlich Zahn, Verletzergewinn, S. 43.

<sup>349</sup> Vgl. Dreier, Kompensation und Prävention, S. 391 m.w.N.



**(d) Zwischenergebnis**

Eine von der Anspruchsgrundlage der dreifachen Schadensberechnung unabhängige, unmittelbar bereicherungsrechtlich hergeleitete Verletzergewinnhaftung wird nach herrschender Meinung im Ergebnis abgelehnt. Der Haftungsgrund für die hergebrachte verschuldensabhängige Verletzergewinnherausgabe ist kein bereicherungsrechtlicher, und es lässt sich eine entsprechende Gewinnhaftung nach Immaterialgutsverletzungen auch nicht aus Bereicherungsrecht ableiten, es sei denn nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 i.V.m. § 285 Abs. 1 BGB für den bösgläubigen Bereicherungsschuldner, der dann allerdings in Kenntnis nicht nur der Verletzungstatsachen, sondern auch seiner fehlenden Berechtigung gehandelt haben müsste.

**(2) Gewinnherausgabe wegen angemaßter Eigengeschäftsführung?**

Dieser Wertung des zuletzt genannten § 816 BGB nicht unähnlich ist die des Herausgabeanspruchs wegen angemaßter Eigengeschäftsführung nach §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB. Auch wenn die Rechtsprechung die Herausgabe des Verletzergewinns – ebenso wie die Lizenzanalogie – nach wie vor ausdrücklich als Methode zur Berechnung des Schadensersatzes einordnet, leitet sie diese doch zumindest aus dem Rechtsgedanken der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag ab: Die Zuerkennung eines Anspruchs auf Schadensersatz in der Form der Herausgabe des Verletzergewinns beruhe gerade auf dem Gedanken, dass „sich der Verletzer letztlich so behandeln lassen muss“, als habe er das Ausschließlichkeitsrecht „als Geschäftsherr ohne Auftrag benutzt“.<sup>350</sup> Dies gelte auch bei lediglich fahrlässigem Handeln des Verletzers.<sup>351</sup>

---

<sup>350</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil* m.w.N.

<sup>351</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

So wurden und werden denn zur Begründung der Verletzergewinnherausgabe im Falle von Fahrlässigkeit des Verletzers eine direkte Ableitung<sup>352</sup> aus §§ 687 Abs. 2, 667 BGB oder eine analoge<sup>353</sup> bzw. eine „rechtsähnliche“<sup>354</sup> Anwendung derselben als „Wurzel“<sup>355</sup> dieser Berechnungsart vertreten. Als Reaktion auf die oben genannte Feststellung im Urteil *Gemeinkostenanteil*<sup>356</sup> des BGH fordert *Tilmann*, die bisherige Formel von den „drei Schadensberechnungsarten“ in „die drei Arten des Ausgleichsanspruchs nach einer Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts oder Urheberrechts“ abzuändern.<sup>357</sup> Auch für *Dreier* steht die im Urheberrecht in § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG (damals noch a.F.) normierte Gewinnherausgabe der angemessenen Geschäftsführung nach § 687 Abs. 2 BGB näher als dem Schadensersatz;<sup>358</sup> in seiner grundlegenden Arbeit sieht auch er die Herausgabe des Verletzergewinns – anders als die Schadensberechnungsart der Lizenzanalogie – dogmatisch als nicht schadensrechtlich, sondern lediglich gestützt auf und unter den verschärften Voraussetzungen der §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667, 668 BGB für begründbar an.<sup>359</sup>

Die objektive Voraussetzung der Führung eines fremden Geschäftes als eigenes liegt mit der Verwertung sowohl fremder Immaterialgüter<sup>360</sup> sowie der insoweit vergleichbaren wettbewerbsrechtlich geschützten Leistungspositionen<sup>361</sup> und der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts<sup>362</sup> nach herrschender

---

<sup>352</sup> In diesem Sinne wohl *Ullmann* GRUR 1978, 615, 618; v. *Bar* UFITA Bd. 81 (1978), 57, 59 mit Verweis auf *Fischer*, Schadenberechnung, S. 2.

<sup>353</sup> Etwa *Bruchhausen* GRUR 1980, 515, 521; ebenso *Palandt/Sprau* § 687 Rn. 7.

<sup>354</sup> RGZ 156, 65, 67 – *Scheidenspiegel*; BGH GRUR 1961, 354, 355 – *Vitasulfal*.

<sup>355</sup> Etwa BGH GRUR 1982, 301, 303 – *Kunststoffhohlprofil II*.

<sup>356</sup> BGH GRUR 2001, 329, 332 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>357</sup> *Tilmann* GRUR 2003, 647.

<sup>358</sup> *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 710 mit Verweis auch auf BGH GRUR 1982, 301, 303 – *Kunststoffhohlprofil II*.

<sup>359</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 612; ebenso *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 362 f.

<sup>360</sup> *Bergmann* in *Staudinger*, BGB, § 687 Rn. 20; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 278; für das Markenrecht *Beuthien/Wasmann* GRUR 1997, 255, 258.

<sup>361</sup> *Bergmann* in *Staudinger*, BGB, § 687 Rn. 26; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 9 Rn. 3.7.

<sup>362</sup> *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsgüterrechte, S. 52, 66; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 129 f.; v. *Holleben*, *Geldersatz*, S. 121 ff., 134; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 278, jeweils m.w.N.; a.A. *Gounalakis* AfP 1998, 10, 19. Es sind auch insoweit die gleichen Maßstäbe an die Einordnung persönlichkeitsrechtlicher Bestandteil als Objekte quasi-dinglicher Ausschließlichkeitsrechte anzusetzen wie bei der Frage nach der Schadensersatzfähigkeit im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung, dazu oben Kap. II. B. 1. a) (2); vgl. aber

Meinung vor. Da sich der Herausgabeanspruch nach §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB auf jeden Vorteil und damit auch sämtliche Erlöse aus der Rechtsverletzung inklusive des vom Verletzer erzielten Gewinns richtet,<sup>363</sup> bietet die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag damit in Fällen der direkten Anwendung eine recht effektive Anspruchsgrundlage,<sup>364</sup> zumal sie von einer Wahrscheinlichkeit des Gewinnentgangs beim Verletzten unabhängig ist<sup>365</sup> und der Verletzer seine im Rahmen der Verletzungshandlung getätigten Aufwendungen<sup>366</sup> darlegen und beweisen muss.<sup>367</sup>

Der Rückgriff auf die Grundsätze der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag in Form einer analogen oder „abgeleiteten“ Anwendung oder in deren direkter Ausweitung auf Fälle lediglich fahrlässiger Verletzungen von Immaterialgüterrechten bleibt dabei systematisch zweifelhaft.<sup>368</sup> Zu Recht hat bereits *Kraßer* die in der Rechtsprechung „übliche“ analoge Anwendung des § 687 Abs. 2 BGB auf Fälle nicht wissentlicher Verletzungen für „nicht haltbar“ erklärt, da diese Analogie ihren Ursprung in einer Zeit habe, als Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch des Patentverletzers die vorsätzliche Patentverletzung war; mit der Ausdehnung der Schadensersatzpflicht auch auf fahrlässige Begehungen sei diese Kongruenz entfallen.<sup>369</sup> Es fragt sich außerdem schon, woraus sich – nach Jahrzehnten der richterrechtlichen Anerkennung als Schadensberechnungsform

---

zur Frage des Erfordernisses einer „Üblichkeit“ der Form der rechtsverletzenden Nutzung die Darstellung des Meinungsstandes bei *v. Holleben*, Geldersatz, S. 123 ff. m.w.N.

<sup>363</sup> Vgl. Palandt/*Sprau* § 687 Rn. 2, § 667 Rn. 3.

<sup>364</sup> Vgl. *Vollkommer* FS Leisner 1999, S. 599, 607; *Beuthien/Wasmann* GRUR 1997, 255, 258 f.; *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 269; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 6 m.w.N.; wegen „erheblicher Beweisschwierigkeiten“ zumindest für den Bereich des Persönlichkeitsrechts insoweit zweifelnd *Klüber*, Geldersatz, S. 131 ff.; wohl gänzlich ablehnend *Gounalakis* AfP 1998, 10, 18 f.; zur Frage, ob § 687 Abs. 2 BGB bei der reinen Überschreitung einer vertraglich eingeräumten Rechtsposition greift, vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 279; nach *Dreier* stellt im Übrigen der konkrete Verletzergewinn nur den Mindestbetrag des dem Verletzten im Einzelfall zustehenden Gewinnherausgabeanspruches dar, vgl. *Dreier*, a.a.O., S. 280 f.

<sup>365</sup> So *Beuthien/Wasmann* GRUR 1997, 255, 259; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 280.

<sup>366</sup> Für die Bemessung dieser Aufwendungen gelten dann im Übrigen auch die Grundsätze der Rechtsprechung seit BGH GRUR 2001, 329, 330 ff. – *Gemeinkostenanteil*; vgl. etwa *Klüber*, Geldersatz, S. 131.

<sup>367</sup> *Klüber*, Geldersatz, S. 131.

<sup>368</sup> Ablehnend etwa *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 269; *Beuthien/Wasmann* GRUR 1997, 255, 257; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 28; krit. auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 282, 612.

<sup>369</sup> *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 269.

und verschiedenen ungenutzten Gelegenheiten einer ergänzenden Normierung<sup>370</sup> – eine „planwidrige“ Regelungslücke als Voraussetzung des Analogieschlusses begründen lassen sollte.<sup>371</sup>

Selbst mit dem Argument der besonderen Schutzbedürftigkeit der Immaterialgüter lässt sich eine solche Erweiterung gegen den ausdrücklichen Wortlaut des § 687 Abs. 2 BGB schon angesichts der deliktsrechtlichen Sonderstellung der angemäßen Eigengeschäftsführung im Anspruchssystem nicht ohne weiteres rechtfertigen, zumal die Rechtsprechung dabei als Rechtsgrund ausdrücklich einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch heranzieht. Schließlich wird seitens der Literatur auch am – systematisch gesehen eher hilflosen<sup>372</sup> – Argument des gewohnheitsrechtlichen Rückgriffs auf § 687 Abs. 2 BGB<sup>373</sup> angesichts des entgegenstehenden Wortlauts und der im Vergleich zur Lizenzanalogie wesentlich geringeren Anzahl höchstrichterlicher Entscheidungen<sup>374</sup> erhebliche Kritik geäußert.<sup>375</sup>

### (3) *Gewinnherausgabe als Schadensersatz?*

Der Meinungsstand zur schadensersatzrechtlichen Einordnung der Verletzererwerbherausgabe – wie auch der Lizenzanalogie, auf die hier jedoch nicht näher eingegangen werden soll – darf wohl als kaum noch überschaubar

---

<sup>370</sup> Zur weitgehenden Vereinheitlichung im Zuge der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie allerdings sogleich Kap. II. B. 1. b) (3) (b).

<sup>371</sup> Ähnlich für die Frage einer Analogie zu § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG (a.F.) Dreier, *Kompensation und Prävention*, S. 283.

<sup>372</sup> Die gewohnheitsrechtliche Herleitung der Verletzererwerbhaftung bezeichnet so etwa Tilmann als „Verzicht auf eine juristische Begründung“, Tilmann GRUR 2003, 647, 649.

<sup>373</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 1962, 509, 511 f. – *Dia-Rähmchen II*, das sich auf zahlreiche reichsgerichtliche Entscheidungen bezieht, denen allerdings wiederum unterschiedliche dogmatische Begründungsansätze zugrunde lagen; zur – allerdings nicht zwingend auf die Herleitung nach § 687 Abs. 2 BGB beschränkten – gewohnheitsrechtlichen Argumentation in der Literatur vgl. die Nachw. bei Zahn, *Verletzererwerb*, S. 26 Fn. 109.

<sup>374</sup> Von einem „Schattendasein“ der Verletzererwerbherausgabe spricht etwa Meier-Beck GRUR 2005, 617; auf allen Instanzebenen soll die Lizenzanalogie, zumindest vor der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung von 2000, in etwa 95 % aller Fälle der dreifachen Schadensberechnung das Mittel der Wahl gewesen sein, vgl. den Nachw. bei Rojahn GRUR 2005, 623, 625.

<sup>375</sup> V. d. Osten GRUR 1998, 284, 285; Delahaye GRUR 1986, 217, 218 m.w.N.; Dreier, *Kompensation und Prävention*, S. 277, 282; a.A. Zahn, *Verletzererwerb*, S. 26.

bezeichnet werden. Nach ständiger Rechtsprechung lässt sich immerhin festhalten, dass der Rechtsgrund der Gewinnherausgabe im Immaterialgüterrecht bis heute in der deliktischen, also schuldhaften und widerrechtlichen Verletzung eines immateriellen Ausschließlichkeitsrechts liegt, die im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung nicht nur den Anspruch auf den konkreten Schaden nach §§ 249 ff. BGB – auch in Form des entgangenen Gewinns, § 252 BGB – , sondern nach Wahl des Verletzten stattdessen Ansprüche auf eine fiktive Lizenzzahlung oder die Auskehr des auf die Verletzung zurückgehenden Verletzergewinns oder Verletzergewinnanteils auslöst.<sup>376</sup> Beim Versuch einer näheren Einordnung der Rechtsfolge Gewinnherausgabe in das deliktsrechtliche Anspruchssystem ergeben sich jedoch erhebliche Schwierigkeiten.

### (a) Schadensermittlung nach §§ 249 ff. BGB

Der Schadensersatz über die Naturalrestitution wie auch über den Ausgleich des Geldwertes nach § 251 BGB ist bei Immaterialgutsverletzungen kaum möglich oder zumindest sehr erschwert.<sup>377</sup> Die Herausgabe des Verletzergewinns lässt sich auf diesem Wege jedenfalls wohl nicht herleiten.<sup>378</sup> Auch das Rechtsinstitut des Schadensersatzes in Form des entgangenen Gewinns lässt sich nur in Einzelfällen<sup>379</sup> und keinesfalls für eine generelle Legitimation des Anspruchs auf Her-

---

<sup>376</sup> Vgl. BGH GRUR 2001, 329, 330 f. – *Gemeinkostenanteil* m.w.N.

<sup>377</sup> Nachw. s. oben Kap. II. B. 1. a) (1).

<sup>378</sup> A.A. *Zahn*, der die Herausgabe des Verletzergewinns nach der Differenztheorie über eine „objektive Wertminderung“ ableitet: Werde durch die Verletzungshandlung Nachfrage auf dem relevanten Markt befriedigt, so verringere sich der wirtschaftliche Wert des verletzten Schutzrechts. Unter Zugrundelegung des objektiven Schadensbegriffs sei zur Ermittlung dieser Wertminderung oder „Potentialminderung“ regelmäßig sowohl die angemessene Lizenzgebühr als auch die Verletzergewinnmethode geeignet, vgl. *Zahn*, Verletzergewinn, S. 63 ff., 68. Den Gewinnherausgabeanspruch als Ausdruck des Ausgleichsgedankens hält auch *Kraßer* für möglich, daneben spielten aber Sanktions- und Präventionsaspekte eine Rolle, *Kraßer* GRUR Int 1980, 268, 270. Weitere Nachw. hierzu bei *Zahn*, Verletzergewinn, S. 65 Fn. 297.

<sup>379</sup> So etwa gestützt auf eine Verlaufswahrscheinlichkeit aufgrund der Lebenserfahrung BGH GRUR 1960, 554 ff. – *Handstrickverfahren* (Fall von Vorlagenfreibeuterei); BGH GRUR 1972, 189, 190 – *Wandsteckdose II* (Fall sklavischer Nachahmung); zu diesen und weiteren denkbaren Fällen und den dann erforderlichen Feststellungen vgl. die Darstellungen bei *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 244 ff. sowie *Zahn*, Verletzergewinn, S. 74 ff. Dabei stellen beide schlüssig darauf ab, dass selbst in Fällen des Anwendungsbereichs des § 252 BGB grundsätzlich höchstens die Absatzzahlen und nicht die Gewinnzahlen des Verletzers zur Ermittlung des entgangenen Gewinns herangezogen werden dürften, da es bei § 252 BGB – anders als bei der Verletzergewinnmethode im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung – nicht auf die Betrachtung des konkreten Verletzervermögens, sondern des Vermögens des Verletzten ankomme, vgl. *Dreier*, a.a.O., S. 249, zust. *Zahn*, a.a.O., S. 75.

ausgabe des Verletzergewinns (oder auch einer angemessenen Lizenzzahlung) heranziehen.<sup>380</sup> Da es für § 252 BGB darauf ankommt, wie sich die Vermögenssituation des Rechteinhabers ohne die Vornahme der schädigenden Verletzungshandlung entwickelt hätte, ist dieser nur dort geeignete Grundlage für ein Herausgabeverlangen, wo ausnahmsweise hinreichende Anknüpfungstatsachen etwa<sup>381</sup> für eine ohne die Verletzungshandlung hypothetisch getätigte Lizenzierung oder Eigenverwertung durch den Verletzten vorgebracht werden können.<sup>382</sup> Begehrt der Verletzte den tatsächlich erwirtschafteten Gewinn des Verletzers als entgangenen eigenen Gewinn, muss er also Tatsachen darlegen und gegebenenfalls beweisen, die zu einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit führen, dass er selbst gerade diesen Gewinn erzielt hätte.<sup>383</sup> Insbesondere in Fällen, in denen der Verletzte nicht hätte lizenzieren können oder wollen, oder in denen der Rechteinhaber über gar keine eigenen Produktionsmöglichkeiten verfügt, ist damit eine Schadensberechnung nach § 252 BGB ohne Rückgriff auf die Fiktionen der Lizenzanalogie- und Verletzergewinnmethode von vorneherein ausgeschlossen.<sup>384</sup> Daran ändert auch die Regelung des § 252 S. 2, 1. Alt BGB nichts, nach der es ausreicht, dass ein Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, da nicht generell davon ausgegangen werden kann, dass dem Verletzten ein dem Verletzergewinn entsprechender Gewinn entgangen ist.<sup>385</sup> Die Indizwirkung<sup>386</sup> eines Verletzergewinns bezieht sich höchstens auf ein „objektives Gewinnerzielungspotential“<sup>387</sup> und lässt zwar unter Umständen die Vermutung einer „allgemeinen Wertrealisierung“<sup>388</sup> zu,

---

<sup>380</sup> Insofern irreführend eine Formulierung in BGH GRUR 1993, 55, 59 – *Tchibo/Rolax II*: „Schadensberechnung nach entgangenem Verletzergewinn“.

<sup>381</sup> Zu weiteren denkbaren Möglichkeiten des Gewinnentgangs gem. § 252 BGB s. *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 245 ff.

<sup>382</sup> Damit muss ein konkreter Gewinneintritt ohne das schädigende Ereignis wahrscheinlich gemacht worden sein, s. etwa BGH NJW-RR 1996, 1077, 1078; BGH NJW 1991, 3277, 3278.

<sup>383</sup> *Zahn*, *Verletzergewinn*, S. 74; vgl. auch *Ullmann* GRUR 1978, 615, 618 m.w.N.

<sup>384</sup> Vgl. *Beuthien/Wasmann* GRUR 1997, 255, dort auch Fn. 12; *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 249; *Zahn*, *Verletzergewinn*, S. 78 f.

<sup>385</sup> A.A. für die Haftung auf den Verletzergewinn v. *Caemmerer* FS Rabel 1954, S. 333, 360.

<sup>386</sup> Vgl. BGH GRUR 1995, 349, 351 – *Objektive Schadensberechnung*.

<sup>387</sup> *Zahn*, *Verletzergewinn*, S. 77.

<sup>388</sup> *Zahn*, *Verletzergewinn*, S. 79.

allerdings ist dies wohl als nicht ausreichend anzusehen.<sup>389</sup> Die – bis auf Einzelfälle, wenn es etwa verletzungsbedingt ausnahmsweise zu einer Gewinnsteigerung gekommen ist<sup>390</sup> – von der Rechtsprechung vorausgesetzte Annahme, dass im Regelfall nach der Lebenserfahrung von einem Verletzergevinna auf einen Gewinnentgang beim Verletzten in gleicher Höhe geschlossen werden könne, lässt sich auch nicht als abstrakt-typisierende oder abstrakt-normative Schadensberechnungsart herleiten.<sup>391</sup> Gerade bei § 252 BGB kommt es im Gegensatz zum Anspruch auf Herausgabe des Verletzergevinns als dritte Schadensberechnungsart darauf an, ob tatsächlich ein Gewinn des Verletzten eingetreten wäre; hierzu greift lediglich eine Vermutungsregelung. Anders als bei der entsprechenden Vermutungsregelung nach § 252 BGB ist es dem Verletzten bei der dreifachen Schadensberechnung aufgrund der der Lizenzanalogie- und Verletzergevinnaftungsart zugrundeliegenden Fiktion grundsätzlich nicht möglich ist, den Gewinnentgang beim Rechteinhaber zu widerlegen.<sup>392</sup> Das bestehende System des § 252 BGB liefert daher insgesamt ebenfalls keine dogmatische Begründung für einen über die Einzelfälle des nachweisbaren konkreten Gewinnentgangs hinausgehenden Regelherausgabeanspruch in Höhe des Verletzergevinns.<sup>393</sup>

---

<sup>389</sup> So im Ergebnis etwa *Sack* FS Hubmann 1985, S. 373, 389 (für die Herausgabe der Lizenzgebühr); *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 276; nach *Zahn* kommt hinzu, dass der Gewinn auch nicht gerade aufgrund der Verletzungshandlung entgangen, sondern bei einer Vermutung des Gewinnentgangs vielmehr gerade erst in der Verletzungshandlung begründet sei, *Zahn*, Verletzergevinnaftungsart, S. 81 f.

<sup>390</sup> Für diese Fälle lehnt die Rechtsprechung die Fiktion des Zusammenhangs zwischen Verletzergevinnaftungsart und Schaden des Verletzten in gleicher Höhe ab, vgl. BGH GRUR 1995, 349, 351 – *Objektive Schadensberechnung*; inwieweit dies auch im Falle der nun angeglichenen, durchgehend ausdrücklich normierten Gewinnherausgabeansprüche im gewerblichen Rechtsschutz gelten wird, bleibt abzuwarten; zum Urheberrecht bereits krit. *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 710 Fn. 26.

<sup>391</sup> Vgl. dazu die ausführliche Untersuchung bei *Zahn*, Verletzergevinnaftungsart, S. 82 ff., der diese Einordnung im Ergebnis mit Hinweis auf eine ansonsten erfolgende unzulässige „Zweifachverwertung“ der Gewinnerzielung als Anknüpfungstatsache ablehnt, *Zahn*, a.a.O., S. 86, 88.

<sup>392</sup> Für die Lizenzanalogie vgl. BGH GRUR 1966, 375, 377 – *Meßmer-Tee II*.

<sup>393</sup> Vgl. im Ergebnis *Zahn*, Verletzergevinnaftungsart, S. 89; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 276 f.

### (b) Gesetzliche Regelungen zur Herausgabe des Verletzergewinns

Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums<sup>394</sup> ist nun in § 139 Abs. 2 PatG, § 24 Abs. 2 GebrMG, §§ 14 Abs. 6, 15 Abs. 5 i.V.m. § 14 Abs. 6 S. 2,3 und § 128 Abs. 2 MarkenG, § 9 Abs. 1 S. 3 HalblSchG i.V.m. § 24 Abs. 2 S. 2, 3 GebrMG, § 97 Abs. 2 UrhG, § 42 Abs. 2 GeschmMG und § 37 Abs. 2 SortSchG einheitlich<sup>395</sup> geregelt, dass „bei der Bemessung“ des sich aus S. 1 der jeweiligen Vorschrift aufgrund einer schuldhaften Rechtsverletzung ergebenden Schadensersatzanspruchs „auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden“ kann.<sup>396</sup> Bei unbefangener Betrachtung scheint der Wortlaut im deutschen Gesetzestext nun nicht mehr dem Geschädigten ein Wahlrecht, sondern nur noch dem Richter ein Recht zur entsprechenden Bemessung einzuräumen.<sup>397</sup> Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn man einen Vergleich zu den vorherigen ausdrücklichen Regelungen wie etwa in § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG a.F. zieht, nach denen der Verletzte die Gewinnherausgabe „an Stelle“ des Schadensersatzes „verlangen“ konnte.<sup>398</sup> Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze zur dreifachen Schadensberechnung nach Wahl des Geschädigten durch die neuen Formulierungen aller-

---

<sup>394</sup> Vom 7.7.2008, BGBl I 2008, S. 1191 ff.; in Kraft seit dem 1.9.2008.

<sup>395</sup> Wenn auch noch durch entsprechende Einzelregelungen in den Spezialmaterien und nicht, wie *Haedicke* empfiehlt, in einer Art „Allgemeinen Teil des Immaterialgüterrechts“ verankert, vgl. *Haedicke* GRUR 2005, 529, 535.

<sup>396</sup> Etwa § 139 Abs. 2 PatG: „Wer die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig vornimmt, ist dem Verletzten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden. Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Benutzung der Erfindung eingeholt hätte.“ Eine ähnliche Formulierung findet sich im Übrigen seit der letzten 7. GWB-Novelle in § 33 Abs. 3 S. 3 GWB: „Bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 der Zivilprozessordnung kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden“, dazu aber näher unten Kap. II. B. 2. c).

<sup>397</sup> So auch die Kritik des Bundesrates in seiner Stellungnahme, Anlage 2 zum RegE-Rechtsdurchsetzung, BT-Drucks. 16/5048, S. 53 f.; ähnlich v. *Ungern-Sternberg* FS Loewenheim 2009, S. 351, 360 ff.; *Dörre/Maaßen* GRUR-RR 2008, 217, 218; *Tilmann* FS Schilling 2007, S. 367, 371.

<sup>398</sup> Vgl. § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG a.F.: „An Stelle [Herv. d. Verf.] des Schadensersatzes kann der Verletzte die Herausgabe des Gewinns, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, und Rechnungslegung über diesen Gewinn verlangen.“



dings nicht berührt werden,<sup>399</sup> die weitere Entwicklung soll darüber hinaus „weiterhin der Rechtsprechung“ überlassen werden.<sup>400</sup> Die Änderung des Wortlautes im Vergleich zu den bereits vorher normierten Gewinnherausgabeansprüchen und zu den Formulierungen der Rechtsprechung stelle vielmehr eine rein „redaktionelle Anlehnung“ an den Wortlaut der Richtlinie dar, die „einer Beibehaltung der (...) Rechtsprechung in Deutschland nicht entgegen“ stehe.<sup>401</sup>

### (i) Alte Fassungen

Die früheren Rechtsgrundlagen zur dritten Schadensberechnungsart haben der Wissenschaft und Rechtspraxis bei der Herleitung der Verletzergewinnhaftung einen weiten Interpretationsspielraum gelassen. Die alten Fassungen der § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG sowie § 42 Abs. 2 S. 2 GeschMG regelten die Herausgabe des Verletzergewinns „an Stelle“<sup>402</sup> des Schadensersatzes, während in anderen Bereichen des Immaterialgüterrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes die Verletzergewinnhaftung als Schadensberechnungsart von der Rechtsprechung auch ohne Normierung anerkannt war. Nach den früheren, heute ersatzlos entfallenen Reduktionsklauseln des gewerblichen Rechtsschutzes konnte das Gericht außerdem in Fällen leichter Fahrlässigkeit beim Verletzer „statt des Schadensersatzes“ eine „Entschädigung“ festsetzen, die sich „in den Grenzen zwischen dem Schaden des Verletzten und dem „Vorteil“ des Verletzers bewegen sollte.“<sup>403</sup> Die Auseinandersetzung mit den Regelungen der alten Fassungen von § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG, § 42 Abs. 2 S. 2 GeschMG und der Reduktionsklauseln hat sich mit deren Wegfall vielleicht nicht vollständig erübrigt, sie gibt aber für die Frage der dogmatischen Herleitung der Verletzergewinnherausgabe nicht viel her. Die

---

<sup>399</sup> Eine gesetzliche Korrektur dieser Rechtsprechung sei weder beabsichtigt noch geboten, vgl. Begr. RegE-Rechtsdurchsetzung, BT-Drucks. 16/5048, S. 37.

<sup>400</sup> Begr. RegE-Rechtsdurchsetzung, BT-Drucks. 16/5048, S. 33, 37.

<sup>401</sup> S. die Gegenäußerung der Bundesregierung, Anlage 3 des RegE-Rechtsdurchsetzung, BT-Drucks. 16/5048, S. 61.

<sup>402</sup> Vgl. dazu soeben Fn. 398; *Tilman GRUR* 2003, 647, 648 m.w.N.; dieser terminologischen Trennung vom Schadensersatz durch den Gesetzgeber zust. *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, S. 362.

<sup>403</sup> § 139 Abs. 2 S. 2 PatG a.F.; § 24 Abs. 2 S. 2 GebrMG a.F.; § 42 Abs. 2 S. 3 GeschMG a.F.; § 37 Abs. 2 S. 2 SortSchG a.F.; § 9 Abs. 1 S. 2 HalblSchG a.F.; sämtliche Reduktionsklauseln sind mit den Neuregelungen im Zuge des Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums entfallen, vgl. RegE-Rechtsdurchsetzung, BT-Drucks. 16/5048; zur Kritik vgl. noch unten Kap. V. A. 2. a) (2).

Formulierung „an Stelle“ konnte dabei als Klarstellung verstanden werden, dass für den Anspruch auf Auszahlung des Verletzergewinns dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch und als dessen Voraussetzungen einfaches Verschulden und ein Schaden beim Verletzten erforderlich wären,<sup>404</sup> oder sie wurde gar als Indiz gegen eine schadensersatzrechtliche Einordnung der Verletzergewinnherausgabe<sup>405</sup> gelesen. Entsprechend war auch der Verweis auf eine analoge Anwendung dieser Vorschriften zur Begründung der Ansprüche in den übrigen Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes und Immaterialgüterrechts zur Klärung systematischer Fragen nicht weiterführend.<sup>406</sup> Ähnliches gilt für die früheren Reduktionsklauseln, deren Wortlaut Anhaltspunkte nicht zur schadensrechtlichen Einordnung der Verletzergewinnherausgabe, sondern allenfalls für das Verhältnis der Begriffe „Schadensersatz“ und „Verletzervorteil“ lieferten.<sup>407</sup>

### (ii) Neufassung zur Umsetzung der *Enforcement-Richtlinie*

Zur systematischen Klärung zur Herkunft des Anspruchs auf Herausgabe des Verletzergewinns im Immaterialgüterrecht tragen allerdings auch die Neuregelungen nicht viel bei. Tatsächlich ist die heutige Formulierung erkennbar dem Wunsch des deutschen Gesetzgebers geschuldet, sich nicht zu weit vom Wortlaut des Art. 13 der *Enforcement-Richtlinie* zu entfernen.<sup>408</sup> Nach Art. 13 Abs. 1 S. 2 lit. a) der *Enforcement-Richtlinie*, auf den die Neuregelung zurückgeht, ha-

---

<sup>404</sup> Vgl. *Wild* in Schricker, UrhR, § 97 Rn. 67; *Lütje* in Möhring/Nicolini, UrhG, § 97 Rn. 176, jew. m.w.N.; es wurde z.T. auch als „Normierung des Verquickungsgebotes“ verstanden, s. *Zahn*, Verletzergewinn, S. 60; letzterer weist insofern daraufhin, dass bei Schaffung der Vorschrift auf die damalige Rechtsprechung verwiesen wurde, die die Herausgabe des Verletzergewinns als Schadensersatzanspruch einordnete, *Zahn*, a.a.O., S. 59 f., vgl. BT-Drucks. 1965 IV, 270 sowie etwa BGH GRUR 1959, 379, 380, 383 – *Gasparone*.

<sup>405</sup> Vgl. etwa *Oetker* in MüKo-BGB Bd. 2, § 252 Rn. 55: Der Wortlaut ergebe nur Sinn, wenn der vom Verletzer erzielte Gewinn nicht bereits Bestandteil des geschuldeten Schadensersatzes sei; vgl. auch v. *Holleben*, Geldersatz, S. 101 m.w.N.; als Zeichen des im Vergleich zum Schadensersatz „letztlich anders gearteten Charakters“ der Gewinnherausgabe, die § 687 Abs. 2 BGB näher stehe als § 249 BGB, wertet die Formulierung *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 66.

<sup>406</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 283 f.; für eine Analogie (in Bezug auf das Markenrecht) aber *Beuthien/Wasmann* GRUR 1997, 255, 259 f.; krit. v. *d. Osten* GRUR 1998, 284, 285 f.; gegen die Analogie *Zahn*, Verletzergewinn, S. 27, der sie allerdings bereits aufgrund einer originär schadensersatzrechtlichen Einordnung der Ansprüche für überflüssig hält.

<sup>407</sup> Dazu *Zahn*, Verletzergewinn, S. 54 ff., 59.

<sup>408</sup> Vgl. die Erläuterung in der Begr. RegE-Rechtsdurchsetzung, BT-Drucks. 16/5048, S. 37.

ben die Gerichte bei der Festsetzung des Schadensersatzes „alle in Frage kommenden Aspekte, wie die negativen wirtschaftlichen Auswirkungen, einschließlich der Gewinneinbußen für die geschädigte Partei und der zu Unrecht erzielten Gewinne des Verletzers (...)“ zu „berücksichtigen“. <sup>409</sup> Art. 13 stellt damit zwar ausdrücklich und zwingend auf einen Schadensersatzanspruch ab; <sup>410</sup> dessen Voraussetzungen dürfen allerdings nicht deckungsgleich mit dem deutschen Verschuldenserfordernis verstanden werden, da Art. 13 an „wissen oder wissen müssen“ anknüpft und nicht wie Art. 12 von den Begriffen „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“ ausgeht. <sup>411</sup> Gegen eine schadensersatzrechtliche Einordnung könnte umgekehrt Art. 13 Abs. 2 der *Enforcement*-Richtlinie sprechen, der verschuldensunabhängig als „Kann“-Vorschrift die Möglichkeit einer gerichtlichen Anordnung der Gewinnherausgabe (neben der Zahlung von Schadensersatz) eröffnet. Auch wenn sich der deutsche Gesetzgeber mit der vereinheitlichten Normierung des Anspruchs auf Herausgabe des Verletzergewinns am Wortlaut der Richtlinie orientiert hat, so bleibt allerdings zu beachten, dass Art. 13 der *Enforcement*-Richtlinie kein auf das deutsche Recht zugeschnittenes Regulierungskonzept zugrunde liegt; <sup>412</sup> insofern ist die wortlautnahe Anlehnung an den Richtlinienentext für Rückschlüsse auf die systematische Bewertung des nationalen Rechtsinstituts der Verletzergevinnaftung kaum geeignet. <sup>413</sup>

Auch wenn inzwischen feststehen dürfte, dass es auch nach Umsetzung und unter Berücksichtigung der *Enforcement*-Richtlinie bei der bisherigen Rechtslage

---

<sup>409</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Abl EU Nr. L 195 vom 2.6.2004, S. 16, 23; s. dazu *Dreier* GRUR Int 2004, 706 ff.; *Kur* IIC Bd. 35 (2004), 821 ff.;

<sup>410</sup> Eine falsche Deutung aufgrund einer unpräzisen Übersetzung ins Deutsche sieht hierin allerdings *Tilmann* FS Schilling 2007, S. 367.

<sup>411</sup> Als einen eigenen Verschuldensmaßstab qualifiziert diese Voraussetzungen auch *Zahn*, Verletzergevinnaftung, S. 97; vgl. zum Ganzen auch *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 707.

<sup>412</sup> Vgl. zur Schadensersatzregelung der *Enforcement*-Richtlinie und ihrer Umsetzung in deutsches Recht bereits *Dreier* GRUR Int 706, 707 ff.

<sup>413</sup> Für eine sinnrichtige Übernahme des Regelungscharakters der Richtlinie in das deutsche Recht schlägt allerdings *Tilmann* eine wörtliche Übernahme des Art. 13 RL in seinen zur Umsetzung verpflichtenden Teilen vor, vgl. *Tilmann* FS Schilling 2007, S. 367, 371; eine Wandlung „von der dreifachen zur zweifachen Schadensberechnung“ durch die Vorgaben der Richtlinie sieht *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 271 f.

## Kapitel II. Zivilrechtliche Gewinnhaftungsansprüche

---

im Sinne einer eigenen Bemessungsart nach Wahl des Verletzten und eines Vermengungsverbotens der drei unabhängigen Schadensermittlungsarten bleibt,<sup>414</sup> hat die gesetzliche Neuregelung also schon durch ihre sprachliche Ungenauigkeit<sup>415</sup> herzlich wenig zur Erhellung der systematischen Fragen zur dreifachen Schadensberechnung beigetragen.<sup>416</sup> Dass die Gewinnherausgabe nicht (mehr) eindeutig als Anspruch des Verletzten bezeichnet wird, sondern die Formulierung insoweit mindestens auslegungsbedürftig bleibt, ist kein Indiz für oder gegen eine schadensersatzrechtliche Ausrichtung. Eine gewisse Klärungsfunktion wird zum Teil der Formulierung zugesprochen, nach der der Gewinn nun ausdrücklich als Element der „Bemessung des Schadensersatzes“ und nicht mehr „an Stelle“<sup>417</sup> des Schadensersatzes gewährt wird. Allerdings ist der Begriff der „Bemessung“ nicht nur sprachlich wenig geeignet, dem Verletzten ein eigenes Wahlrecht zu verleihen,<sup>418</sup> er führt auch zu einer merkwürdigen Vermengung von materiellem und Verfahrensrecht, da der Anspruch auf Schadensersatz in Form des Verletzergewinns eine materiellrechtliche, die Bemessung oder Schätzung des Schadens oder Gewinns nach § 287 ZPO dagegen eine prozessuale Frage bleibt.<sup>419</sup>

Formal wird die Verletzergewinnherausgabe durch die Neuregelungen zwar unter das Schadensersatzrecht gefasst. Nichtsdestotrotz dürfte sich die von *Schaub*<sup>420</sup> beobachtete Tendenz zur „Abkoppelung“ der Lizenzanalogie und

---

<sup>414</sup> So im Ergebnis bei aller Kritik auch v. *Ungern-Sternberg* FS Loewenheim 2009, S. 351, 364 f.; *Dörre/Maaßen* GRUR-RR 2008, 217, 218; weitere Nachw. bei *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vorbem. §§ 14-19d Rn. 229 sowie *Wild* in Schrickler/Loewenheim, UrhR, § 97 Rn. 166.

<sup>415</sup> Insbesondere durch die Wahl des Begriffs der „Berücksichtigung“ des Verletzergewinns, vgl. nur *Dörre/Maaßen* GRUR-RR 2008, 217, 218; weniger krit. aber *Wild* in Schrickler/Loewenheim, UrhR, § 97 Rn. 166.

<sup>416</sup> Vgl. v. *Ungern-Sternberg* FS Loewenheim 2009, S. 351, 365; v. *Wolff* in Wandtke/Bullinger, UrhR, § 97 Rn. 66.

<sup>417</sup> Vgl. oben Fn. 398.

<sup>418</sup> So wird denn die ganz ähnliche Formulierung in § 33 Abs. 3 S. 3 GWB gerade nicht als Wahlrecht des Verletzten verstanden, s. dazu unten Kap. II. B. 2. c).

<sup>419</sup> Vgl. die entsprechende Kritik zur Formulierung in § 33 Abs. 3 S. 3 GWB bei *Fuchs* Stellungnahme vom 17.9.2004 zur Anhörung vor dem Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, Ausschussdrucks. 15(9)1333, S. 51; ähnlich *Meessen* WuW 2004, 733, 739; s. auch unten Kap. II. B. 2. c) (2).

<sup>420</sup> *Schaub* GRUR 2005, 918, 919 mit Bezug insbesondere auf BGH GRUR 2001, 329 – *Gemeinkostenanteil*; a.A. wohl *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 271.

Gewinnherausgabe vom „klassischen Schadensersatzanspruch“ durch den Perspektivwechsel vom Verletzten auf den Verletzer mit der Neufassung jedenfalls nicht erledigt haben: So finden sich im Zusammenhang der Gesetzesbegründung auch die Formulierungen, ein Schadensersatzanspruch sei „etwas qualitativ und häufig auch quantitativ Anderes als ein Anspruch auf Gewinnherausgabe“ und der erzielte Gewinn vielmehr ein „Faktor“ zur Berechnung des Schadensersatzes, weshalb sich eine Gleichsetzung von Gewinnherausgabe- und Schadensersatzanspruch verbiete.<sup>421</sup> Insgesamt machen die Argumente des Gesetzgebers damit vor allem die dogmatischen Fallstricke im Umgang mit der Verletzergewinnhaftung sichtbar;<sup>422</sup> es lässt sich aus der Neuregelung höchstens eine gesetzgeberische Entscheidung zugunsten einer Beibehaltung des Status Quo in der Praxis, nicht aber eine dogmatische Erläuterung zur Divergenz zwischen schadensersatzrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen und einer Rechtsfolge lesen, die nicht über herkömmliche Berechnungsformen des Schadensersatzes konstruiert werden kann, sondern eher der angemäßen Eigengeschäftsführung zuzuordnen ist.

### (c) Zwischenergebnis

Damit lässt sich die Haftung auf den Verletzergewinn nach Immaterialgutsverletzungen weder über die herkömmliche Schadensermittlung nach §§ 249 ff. noch aus den gesetzlichen Regelungen zur dreifachen Schadensberechnung in Gegenwart und Vergangenheit systematisch schlüssig herleiten.<sup>423</sup>

---

<sup>421</sup> Gegenäußerung der Bundesregierung, Anlage 3 des RegE-Rechtsdurchsetzung, BT-Drucks. 16/5048, S. 61; vgl. dazu auch *Tilmann* FS Schilling 2007, S. 367, 366.

<sup>422</sup> Krit. insoweit zur Divergenz zwischen dem Regelungswortlaut und dem Text der Gesetzesbegründung auch v. *Ungern-Sternberg* FS Loewenheim 2009, S. 351, 360.

<sup>423</sup> Ähnlich i.E. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 274; v. *d. Osten* GRUR 1998, 284 ff.

### (4) *Anspruch sui generis und Sonstiges*

Teilweise wird die Verletzererwerbherausgabe auch als eigenständige Sonderkonstruktion betrachtet, die keiner der herkömmlichen Anspruchskategorien zuzuordnen sei. Dabei lassen sich zwei Tendenzen unterscheiden. Nach der einen Ansicht handelt es sich bei der Haftung auf den Verletzererwerb überhaupt nicht um einen Schadensersatzanspruch, sondern um einen *Entschädigungsanspruch*, der auch ohne gesetzliche Normierung aufgrund von Gerechtigkeitserwägungen anzuwenden sei.<sup>424</sup> Andere Vertreter der Theorie vom Anspruch eigener Art lösen sich nicht gänzlich aus dem bekannten System, sondern versuchen die Rechtsfigur als eine Kombination einzelner Elemente aus der bestehenden Zivilrechtssystematik zu erfassen, als ein besonderes Konstrukt, das Wertungen des Delikts-, Bereicherungs- und Fremdgeschäftsführungsrechts berücksichtigt.<sup>425</sup>

Geteilt sind auch die Ansichten zu einer Einordnung über das Gewohnheitsrecht; während die Rechtsprechung<sup>426</sup> und Teile der Literatur<sup>427</sup> hier angesichts einiger konkreter Entscheidungen und weiterer allgemeiner Ausführungen zur Verletzererwerbherausgabe im Laufe der Jahrzehnte von der erforderlichen Übung ausgehen, lehnen andere Stimmen in der Literatur mit Verweis auf die im Vergleich zur Lizenzanalogie wesentlich niedrigere Zahl an tatsächlich entschiedenen Fällen diese Herleitung ab.<sup>428</sup>

---

<sup>424</sup> BGH GRUR 1962, 509, 512 – *Dia-Rähmchen II* m.w.N.: „Auch dieser Anspruch ist (...), wenn er schon kein echter ‚Schadensersatzanspruch‘ ist, dann jedenfalls als ein Anspruch auf ‚Entschädigung‘ (...) zu bezeichnen.“; vgl. aus den 1930er Jahren mit mehrfachem Verweis auf das „gesunde Rechtsempfinden“ *Lindenmaier ZADR* 1936, 163 f.

<sup>425</sup> *Kraßer*, Patentrecht, § 35 IV d) 2.

<sup>426</sup> Vgl. bereits die Verweise in RGZ 50, 111, 115; RGZ 126, 127, 131 f.; später etwa BGH GRUR 1962, 509, 511 – *Dia-Rähmchen II* m.w.N.; BGH GRUR 1972, 189, 190 – *Wandsteckdose II*.

<sup>427</sup> *Fezer WRP* 1993, 565; *Ullmann GRUR* 1978, 615, 617; vgl. auch *Kraßer*, Patentrecht, § 35 IV d) 2; *Seiler* in *MüKo-BGB* Bd. 4, § 687 Rn. 27; *Brandner GRUR* 1980, 359, 362; *Zahn*, Verletzererwerb, S. 26 m.w.N.

<sup>428</sup> Vgl. *Beuthien/Wasmann GRUR* 1997, 255, 257 f.; v. *d. Osten GRUR* 1998, 284, 285 f.; *Tilmann GRUR* 2003, 647, 649; insb. für das Patentrecht *Haedicke GRUR* 2005, 529, 530; krit. auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 277, 281 mit näheren Hinweisen zu den einzelnen Rechtsbereichen, vgl. *Dreier* ebenda Fn. 157.

Dass es sich bei dem Herausgabeanspruch auf den Verletzergewinn (wie auch auf die angemessene Lizenzgebühr) in Wahrheit lediglich um den Gegenstand einer einheitlichen richterlichen Schadensschätzung nach § 287 ZPO handele, wird nur vereinzelt vertreten.<sup>429</sup> Diese Interpretation könnte womöglich von neuem Interesse sein, nachdem nun der Wortlaut der angelegenen Haftungstatbestände von einer *Berücksichtigung* bei der „*Bemessung*“ des Schadensersatzes spricht. Angesichts des erklärten gesetzgeberischen Willens, nach welchem es durch die Neufassung keine inhaltlichen Abweichungen von den anerkannten Grundsätzen der dreifachen Schadensberechnung geben soll,<sup>430</sup> wird dies allerdings zumindest kurzfristig wohl zu keiner neuen Sicht auf den Gewinnherausgabeanspruch führen

### (5) Zusammenfassung

Eindeutig ist damit im Ergebnis nur, dass die Verletzergewinnherausgabe nach wie vor dem Grunde nach an die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs anknüpft. Weitestgehend unproblematisch ist auch die Auslegung dieser deliktsrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen. Der Streit, ob die Haftung auf den Verletzergewinn nach Immaterialgutsverletzungen nun ihrer Herkunft nach als „atypischer“ Schadensersatzanspruch<sup>431</sup> als ergänzendes oder abgewandeltes deliktisches Sonderrecht mit oder ohne Rückgriff auf Elemente des Bereicherungsrechts oder der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag anzusehen ist, oder ob sie eher als der angemäßen Fremdgeschäftsführung entlehnt, über den „entgangenen Vorteil“ als ein neues Element des Schadensrechts in Ergänzung der §§ 249 ff. BGB<sup>432</sup>, über eine „Rechtsfolgenverweisung“<sup>433</sup> oder einen „objektivierten Schaden“<sup>434</sup> erklärt wird, oder ob die hergebrachte schadensersatzrechtliche Konstruktion aufgrund eines angesichts von Verletzungsanfälligkeit

<sup>429</sup> Möhring GRUR 1931, 419, 429 f.; aufgegriffen von C. Stoll, Dreifache Schadensberechnung, S. 247.

<sup>430</sup> Vgl. oben Fn. 399.

<sup>431</sup> So Schmidt-Salzer JR 1989, 81, 89.

<sup>432</sup> Zahn, Verletzergewinn, S. 89 ff.

<sup>433</sup> Däubler JuS 1969, 49, 53.

<sup>434</sup> Vgl. z.B. Kraßer GRUR Int 1980, 259, 269.

und Beweisschwierigkeiten quasi überschießenden, ursprünglich nur als Nebenzweck vorhandenen Präventionsbedürfnisses eine überkompensatorische Erweiterung erfährt, ist nach wie vor nicht abschließend und vor allem nicht systematisch schlüssig geklärt.

Es soll auch für diese Untersuchung dahingestellt bleiben. Denn im Ergebnis kann die Gewinnhaftung auch des fahrlässigen Rechtsverletzers eines immateriellen Ausschließlichkeitsrechts tatsächlich vor allem als Ergebnis einer Art „Kette von Billigkeitserwägungen“ angesehen werden,<sup>435</sup> das sich von seiner Herkunft, welcher Gestalt diese auch immer sein mag, längst emanzipiert hat.<sup>436</sup> Angesichts der jüngsten gesetzlichen Neuerungen zur Umsetzung der *Enforcement*-Richtlinie ist im Übrigen festzustellen, dass die dreifache Schadensberechnung nach wie vor ein Kind der Rechtsprechung ist und dies bis auf Weiteres auch bleiben wird: Wo im Zuge einer umfassenden Angleichung die Schadensberechnungsvorschriften für alle gewerblichen Schutzrechte und das Urheberrecht normiert werden und sich der Wortlaut wie auch die Begründung jeder präzisen Stellungnahme enthält, vielmehr bereits die Gesetzesbegründung eine Art berichtiger Auslegung nahelegt,<sup>437</sup> hat der Gesetzgeber offensichtlich vor einer Auseinandersetzung mit Herkunft und Legitimation dieses Rechtsinstituts auch und insbesondere in seiner Beziehung zu den europarechtlichen Vorgaben kapituliert.

---

<sup>435</sup> Peifer WRP 2008, 48, 49.

<sup>436</sup> Daher begrüßt etwa Peifer grundsätzlich die gesetzgeberische Angleichung im Sinne eines notwendigen „Verselbständigungsprozesses“, der es ermögliche, die allgemeine Zivilrechtsdogmatik durch diese Sonderregelungen „unbeeinflusst“ zu lassen, vgl. Peifer WRP 2008, 48, 49.

<sup>437</sup> Es sei noch einmal verwiesen auf die Begr. RegE-Rechtsdurchsetzung, BT-Drucks. 16/5048, S. 37.



## 2. Exkurs: Berücksichtigung des Verletzergewinns gem. § 33 Abs. 3 S. 3 GWB

Im Kartellrecht kann seit der Novellierung im Jahre 2005 auch nach Satz 3 des § 33 Abs. 3 GWB im Rahmen des – verschuldensabhängigen<sup>438</sup> – Schadensersatzanspruchs „bei der Entscheidung über den Schadensumfang im Rahmen der richterlichen Schätzung nach § 287 ZPO (...) insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden“.

### a) Hintergrund

Die Vorschrift geht zurück auf die 7. Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>439</sup>, die sich bei der Anpassung des deutschen an das modernisierte europäische Kartellrecht insbesondere unter Berücksichtigung der seit Mai 2004 geltenden neuen EG-Kartellverfahrensordnung<sup>440</sup> (VO 1/2003) als eines der wesentlichen Ziele die Stärkung zivilrechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung<sup>441</sup> durch Schaffung eines „effektiven zivilrechtlichen Sanktionssystems“ vorgenommen hatte, von dem eine „zusätzliche spürbare Abschreckungswirkung“ ausgehen soll.<sup>442</sup> In diesem Sinne wurde unter anderem das Schutzgesetz erfordernis aus § 33 Abs. 1 GWB a.F. gestrichen, das als einer der Hauptgründe für die seltene private Rechtsdurchsetzung ermittelt worden war,<sup>443</sup> so dass heute gem. § 33 Abs. 1 Satz 3 GWB n.F. als Betroffener anspruchsberechtigt ist, wer „als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträch-

<sup>438</sup> Zum Verschuldensmaßstab vgl. insoweit Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 53 f.

<sup>439</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), in Kraft seit dem 1. Juli 2005, in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005, BGBl I 2005, S. 2114.

<sup>440</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der zu Art. 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln v. 16.12.2002, ABl. L 1 v. 4.1.2003, S. 1.

<sup>441</sup> Die bisher von nur geringer praktischer Bedeutung war; vgl. den Überblick bei *Berrisch/Burianski* WuW 2005, 878 ff. Die Begründung zum Gesetzentwurf bezieht sich insoweit ausdrücklich auf „die Vorstellungen der Kommission für eine verbesserte Effizienz des Wettbewerbsschutzes im neuen System der Legalausnahme“ sowie das durch zivilrechtliche Sanktionen wesentlich geprägte Sanktionssystem der USA, Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35.

<sup>442</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35.

<sup>443</sup> Vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH, nach der „jedermann“ berechtigt sein soll, den Ersatz seines Schadens zu verlangen, den er durch einen Vertrag erlitten habe, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen könne, vgl. EuGH GRUR Int 2002, 54, 56 Tz. 26 – *Courage*; *Hartog/Noack* WRP 2005, 1396, 1403 m.w.N.

tigt ist“.<sup>444</sup> Außerdem wurde in § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB n.F. entsprechend US-amerikanischer Grundsätze die Einwendung der Schadensweiterwälzung (*passing-on defense*)<sup>445</sup> bei der Schadensfeststellung ausgeschlossen.<sup>446</sup> Der Bedarf an neuen Regelungen zum Schadensausgleich und zur Prävention ergab sich nach der Begründung zum Gesetzentwurf<sup>447</sup> vor allem zur Kompensation der tendenziell verminderten behördlichen Kontrolle nach Abschaffung des bisherigen Systems der Administrativfreistellung und seiner Ersetzung durch ein System der Legalausnahme.<sup>448</sup>

Auch mit der Regelung des § 33 Abs. 3 S. 3 GWB n.F. wollte der Gesetzgeber ausdrücklich die private Anspruchsdurchsetzung erleichtern, nämlich für solche Fälle, in denen „die Ermittlung des hypothetischen Marktpreises als Grundlage

---

<sup>444</sup> S. zum Ganzen *Hartog/Noack* WRP 2005, 1396, 1403.

<sup>445</sup> Vgl. dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drucks. 15/5049, S. 49.

<sup>446</sup> Vgl. dazu den Gesetzentwurf der Bundesregierung, der die Aufnahme dieser Passage noch mangels Notwendigkeit einer Regelung abgelehnt hatte, Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 54; dazu *Hartog/Noack* WRP 2005, 1396, 1403 f.; *Kahlenberg/Haellmigk* BB 2005, 1509, 1514; *Berrisch/Burianski* WuW 2005, 878, 887; *Bechtold* sieht die Situation entstehen, dass dem Vertragspartner des Kartelltäters, per saldo ohne eigenen Schaden, ein Schadensersatzanspruch zusteht, dem Endabnehmer oder Verbraucher, auf den der Schaden tatsächlich abgewälzt wird, mangels „Betroffenheit“ dagegen nicht, näher *Bechtold* DB 2004, 235, 239 sowie *ders.*, GWB, § 33 Rn. 25 f.

<sup>447</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35; dazu auch *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1391. Die kompensatorische Anspruchsdurchsetzung erleichtern nun außerdem sog. „*follow on*“- Klagen, § 33 Abs. 4 GWB n.F.: Bestandskräftige behördliche Entscheidungen in Kartellverfahren aus einem anderen Mitgliedsstaat binden die Zivilgerichte im Schadensersatzprozess hinsichtlich der Feststellung des Verstoßes an sich („*Tatbestandswirkung*“), nicht dagegen bezüglich Schadenshöhe und Kausalität, vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35 und 54. Formal wird die Mehrgewichtung privater Rechtsdurchsetzung schließlich flankiert und gestärkt durch die ebenfalls im Zuge der 7. Novelle eingeführte einseitig begünstigende Streitwertanpassung in § 89a GWB, die ihrerseits das klägerische Kostenrisiko – das als ein wesentlicher Faktor für die bislang geringe Bedeutung des privaten Rechtsschutzes im deutschen Kartellrecht ausgemacht wurde (vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 69) – im Einzelfall verringern soll, ohne vom Prinzip der Unterliegenshaftung abzuweichen. Zur Vorbeugung missbräuchlicher Klagen (Stichwort „*competitor plaintiff*“) ist die Streitwertanpassung in das Ermessen des Gerichts gestellt, vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 69. Wenn auch die Vorschrift ihr Vorbild laut Regierungsbegründung v.a. im früheren § 23b UWG und vergleichbaren nationalen Gesetzen des Wirtschaftsrechts haben soll, so zeigt sich doch auch hier wieder das gesetzgeberische „*Schielen*“ nach den starken zivilen Rechtsdurchsetzungsinstrumentarien des US-amerikanischen Rechts: Soll doch die Vorschrift im Ergebnis zu einer „Art Erfolgshonorar für den Anwalt“ führen, Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 69; zum Ganzen vgl. *Hempel* WuW 2004, 362, 373 m.w.N.

<sup>448</sup> Diese Argumentation für eine Intensivierung des „*privaten enforcements*“ im Kartellrecht sieht *Bechtold* allerdings als „*irreführend*“ an, da die Kartellverstöße, die auf einer falschen Auslegung einer Legalausnahme des § 2 beruhten, im Allgemeinen nicht schadensersatzrelevant seien und die „*Hardcore*“-Kartelle, auf die die zivilrechtlichen Sanktionen in erster Linie zielten, durch das System der Legalausnahme nicht begünstigt würden, vgl. *Bechtold* DB 2004, 235, 239.

einer Schadensberechnung nach der Differenzmethode mit großen Schwierigkeiten verbunden ist.<sup>449</sup>

**b) Gewinnherausgabeanspruch nach dem Referentenentwurf vom 17.12.2003**

Die Formulierung des § 33 Abs. 3 S. 3 GWB heutiger Fassung erinnert mit dem Begriff der „Berücksichtigung“ an die deutsche Fassung von Art. 13 der *Enforcement*-Richtlinie und damit auch stark an die neue, für alle gesetzlichen Normierungen zum dreifachen Schadensersatz angeglichene Formulierung zum echten Gewinnherausgabeanspruch nach Wahl des Verletzten.<sup>450</sup> Tatsächlich war ein solches Wahlrecht im Referentenentwurf ursprünglich auch für den kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs vorgesehen; diese Anspruchskonzeption soll daher im Folgenden zunächst kurz vorgestellt werden, bevor auf einzelne Punkte zur Auslegung des heute tatsächlich geltenden § 33 Abs.3 S. 3 GWB eingegangen wird.

**(1) Regelungsinhalt der ersten Entwurfsfassung**

Ausdrücklich nach dem Vorbild des gewerblichen Rechtsschutzes sollte der Betroffene an Stelle des Schadensersatzes den anteiligen Gewinn verlangen können, den der Schädiger durch den Kartellrechtsverstoß erzielt hatte, ohne nachweisen zu müssen, dass der erzielte Gewinn auch seinem konkret erlittenen Schaden entsprach.<sup>451</sup> Außer dem Verweis auf das Vorbild der dritten Schadensberechnungsmethode im gewerblichen Rechtsschutz und ergänzendem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz führte die Entwurfsbegründung keine weitere Herleitung, sondern lediglich das Argument effizienterer Durchsetzbarkeit des Ersatzanspruchs an: Es werde dadurch „die Rechtsverfolgung erleichtert.“<sup>452</sup> Der

<sup>449</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 54.

<sup>450</sup> Vgl. dazu soeben Kap. II. B. 1. b) (3) (b).

<sup>451</sup> Begr. RefE-GWB vom 17.12.2003 (n.v.), S. 52; s. auch *Lübbig* in MüKo-GWB § 33 Rn. 110.

<sup>452</sup> Begr. RefE-GWB vom 17.12.2003 (n.v.), S. 24, 52.

Gewinn sollte sich dabei entsprechend den Grundsätzen aus der *Gemeinkostenanteil*-Rechtsprechung<sup>453</sup> errechnen.<sup>454</sup>

### (2) *Kritik*

Die Einführung eines neuen Anwendungsbereichs für die Verletzergewinnhaftung als Schadensberechnungsart außerhalb der dreifachen Schadensberechnung und des Immaterialgüterrechts, „quasi nebenbei“, wäre eine Sensation gewesen – oder schlicht Beleg für einen besonders bedenkenlosen Umgang im Gesetzgebungsverfahren mit Rechtsinstrumenten, die einen aktuellen rechtspolitischen Trend bedienen. Die gesetzgeberische Begründung der Verlagerung der Rechtsdurchsetzung in den privatrechtlichen Bereich angesichts der verminderten behördlichen Kontrollichte durch das neue Prinzip der Legalausnahme allein hätte die Regelung wohl jedenfalls nicht ausreichend gerechtfertigt. Sämtliche wissenschaftlichen Begründungen zum Legitimierungssystem der dreifachen Schadensberechnung setzen vielmehr an der ausschließlichen Rechtszuweisung des Immaterialgüterrechts sowie den Besonderheiten ihrer immateriellen Schutzgegenstände an.<sup>455</sup> Diese Argumentationsmuster wären unmöglich auf das Sonderdeliktsrecht des Wettbewerbsrechts übertragbar.

Für die abstrakte Annahme, der Verletzte hätte bei Einhaltung der kartellrechtlichen Vorschriften regelmäßig den gleichen Gewinn erzielt wie der Verletzer durch die wettbewerbswidrige Absprache, fehlt es im Falle von Kartellrechtsverstößen an den erforderlichen gedanklichen Anknüpfungspunkten. Auch wenn eine Schadensbemessung nach dem Vorbild der Herausgabe des Verletzergewinns schon früher in der kartellrechtlichen Diskussion vorgeschlagen worden war:<sup>456</sup> Der unmittelbare Rückgriff auf die entsprechenden Erkenntnisse im Be-

---

<sup>453</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331f. – *Gemeinkostenanteil*, dazu näher unten Kap. III. E. 5. a) (1).

<sup>454</sup> Vgl. Begr. RefE-GWB vom 17.12.2003 (n.v.), S. 52.

<sup>455</sup> Vgl. oben Kap. II. A. 4 sowie B. 1. a) (1).

<sup>456</sup> Vgl. schon *Steindorff*, der allerdings einen Verzicht auf die Berechnungsart der Herausgabe des Verletzergewinns empfiehlt, und die Schadensberechnung auf die konkrete und eine „abstrakte, pauschalierte Berechnung“,

reich der Immaterialgüterrechte verbietet sich angesichts der ganz unterschiedlichen Konfliktlagen, insbesondere der nicht-ausschließlichen Rechtspositionen, die den Betroffenen über das Kartellrecht vermittelt werden. Damit zusammenhängend wird im Kartellrecht auch nicht von einer im Vergleich zum übrigen Deliktsrecht gesteigerten Eingriffsanfälligkeit und Schutzbedürftigkeit seiner Schutzgegenstände die Rede sein können. Zu guter Letzt wird es sich mangels entsprechender Anknüpfungstatsachen regelmäßig auch nicht um die Schätzung eines konkreten entgangenen Gewinns nach § 252 BGB handeln; hierzu kann auf die Ausführungen zur dreifachen Schadensberechnung verwiesen werden.<sup>457</sup> Die Idee einer Verletzergewinnaftung als präventives Mittel im Zusammenhang des Schadensersatzanspruches im Kartellrecht kommt somit eher willkürlich daher; zur Erreichung einer besseren Abschreckung wären genauso etwa eine Verdoppelung der – bei Versagen eines Nachweises über die Differenzmethode richterlich geschätzten – Schadenssumme<sup>458</sup> oder auch andere pauschale Schadensersatzzahlungen denkbar gewesen.

### c) Heutige Regelung

Bereits durch den zweiten Referentenentwurf<sup>459</sup> und insoweit mit Wirkung bis zur endgültigen Fassung wurde dieser ursprüngliche Vorschlag denn auch grundlegend abgewandelt. Heute kann also nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB „bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 der Zivilprozessordnung (...) insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden“.

---

ausgerichtet an einem hypothetischen Wettbewerbspreis, beschränken möchte, vgl. *Steindorff* ZHR 138 (1974), 504, 518.

<sup>457</sup> Kap. II. B. 1. b) (3) (a).

<sup>458</sup> So der Vorschlag der Monopolkommission, Sondergutachten 41, Tz. 75 ff., 83 mit Hinweis auf die amerikanische Rechtspraxis; daran anknüpfend *Meessen* WuW 2004, 733, 738 f.

<sup>459</sup> Referentenentwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 29.4.2004, n.v.; dazu *Lübbig* in MüKo-GWB, § 33 Rn. 110.

### (1) *Regelungsinhalt*

Mit dem ausdrücklichen Bezug auf die richterliche Schadensermittlung in § 287 ZPO eröffnet § 33 Abs. 3 S. 3 GWB heutiger Fassung nach ganz herrschender Meinung schlussendlich keinen Gewinnherausgabeanspruch des Geschädigten, sondern gibt dem Gericht einen Bemessungsparameter zur Schadensschätzung an die Hand.<sup>460</sup> Der Gewinn des Schädigers soll sich auch im Rahmen des § 33 Abs. 3 S. 3 GWB nach den Umsatzerlösen abzüglich der Herstellungskosten der erbrachten Leistungen sowie abzüglich angefallener Betriebskosten errechnen, ohne dass Gemeinkosten oder sonstige betriebliche Aufwendungen, die ohnehin angefallen wären, abgezogen werden können. Die Begründung nimmt insofern ausdrücklich Bezug auf die Vorbilder aus dem Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz.<sup>461</sup> Bei mehreren Geschädigten kann nur der auf den Anspruchsteller anfallende anteilige Gewinn berücksichtigt werden.<sup>462</sup> Ob der herauszugebenden Gewinn darüber hinaus lediglich als Mehrgewinnanteil gegenüber einem Gewinn ohne rechtswidrige Kartellabsprache zu veranschlagen ist, ist umstritten.<sup>463</sup> Auch die Frage, ob die Vorschrift so zu verstehen sei, dass demjenigen, der einen bereits nach der Differenzmethode kalkulierbaren Schaden hat, je nach Höhe des Schädigergewinns ein Zuschlag gewährt werden kann, ist nicht abschließend geklärt.<sup>464</sup> Sie soll zunächst eine Beweiserleichterung in Form der Annahme darstellen, dass der Verletzergewinn ohne den Rechtsverstoß hätte

---

<sup>460</sup> *Lübbig* in MüKo-GWB, § 33 Rn. 111; *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 33 Rn. 38; *Bornkamm* in Langen/Bunte, Bd. 1, § 33 GWB Rn. 132 ff.; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, § 21 Rn. 69, Fn. 142; *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 401; i.E. ebenso *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 33 Rn. 65, der allerdings die Lesart, dass dem Verletzten ein der dritten Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht entsprechendes Wahlrecht eröffnet werde, für „ebenso“ möglich hält, zumal die Gesetzesverfasser die Vorschrift wohl in diesem Sinne verstanden hätten, vgl. insoweit nicht eindeutig Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35; zum Ganzen auch *Lutz* WuW 2005, 718, 728; *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1395; *Hempel* WuW 2004, 362, 370.

<sup>461</sup> Vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35.

<sup>462</sup> Dazu *Lübbig* in MüKo-GWB, § 33 Rn. 111.

<sup>463</sup> Für eine solche Einschränkung *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 33 Rn. 38; *Hempel* WuW 2004, 368, 370; a.A. *Schütt* WuW 2004, 1124, 1130; offen gelassen bei *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34a Rn. 63.

<sup>464</sup> Dies bejahend wohl – kritisch – *Meessen*, der für die Zukunft gar den Schmerzensgeldtabellen ähnliche Preislisten für Opfer von Kartellverstößen fürchtet, WuW 2004, 733, 738; darauf Bezug nehmend die Stellungnahme des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit vom 17.9.2004, Ausschussdrucks. 15(9)1333, S. 51.

vom Verletzten selbst erzielt werden können;<sup>465</sup> dies spricht dafür, dass im Falle eines konkret berechenbaren Schadens eine Erhöhung des zu zahlenden Betrages auf den Verletzergeinn nicht erfolgen kann, so wie sie auch bei der dreifachen Schadensberechnungsart durch das Vermengungsverbot ausgeschlossen ist. Zugleich beinhaltet die Fiktion des entsprechenden Gewinns beim Verletzten für § 33 Abs. 3 S. 3 GWB, wenn er auch keinen durchsetzbaren Anspruch des Geschädigten darstellen soll, wohl zumindest eine gewisse Abwertung oder zumindest Auflockerung des Kompensationsprinzips gegenüber den Nebenzwecken der Prävention bzw. Abschreckung. Dies gilt umso mehr, als sich die Gewinnberechnung ausweislich der amtlichen Begründung an den präventionsorientierten Grundsätzen der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung<sup>466</sup> orientieren soll.<sup>467</sup> Zumindest kann es als weiteres Zeichen einer zunehmenden Privatisierung von Rechtsdurchsetzung angesehen werden, dass die Neuregelung zur Sicherstellung einer „ausreichenden Abschreckungswirkung“ ausdrücklich die Gewährleistung zum Ziel hat, dass die „Kartellrendite“ nicht beim kartellrechtsverletzenden Unternehmen verbleibt. Wenn dann im Regelfall (!) diese „Abschöpfung“ durch den Geschädigten erfolgen soll, dessen Schaden in diesem Fall „zugleich“ ausgeglichen werde,<sup>468</sup> kann dies zwar auch für eine Aufstockung des konkret ermittelten Schadens bis zur Höhe des Schädigergewinns sprechen; der Verweis der Gesetzesbegründung auf die dritte Schadensberechnungsart im Immaterialgüterrecht<sup>469</sup> – ob man diesen nun für legitim hält oder nicht, dazu sogleich unten – dürfte dies aber zumindest bisher ausschließen.

---

<sup>465</sup> Lübbig in MüKo-GWB, § 33 Rn. 110; Reh binder in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 33 Rn. 38.

<sup>466</sup> BGH GRUR 2001, 329, 330 ff. – *Gemeinkostenanteil*, vgl. unten Kap. III. E. 5. a) (1).

<sup>467</sup> Der Gewinn soll sich auch hier aus den Umsatzerlösen abzüglich der Herstellungskosten der erbrachten Leistungen sowie abzüglich angefallener Betriebskosten errechnen, wobei, der *Gemeinkosten* - Entscheidung des BGH folgend, Gemeinkosten oder sonstige betriebliche Aufwendungen, die auch ohne das wettbewerbswidrige Verhalten angefallen wären, nicht abzugsfähig sein sollen, vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 54 sowie demgegenüber BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>468</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 36.

<sup>469</sup> Vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35.

### (2) *Kritik*

Im Schrifttum wurde die Vorschrift als im Detail zu unbestimmt<sup>470</sup> und verfassungswidrig<sup>471</sup>, als eine Abkehr vom zivilrechtlichen Schadensbegriff im Kartellrecht und daher als systemwidrig<sup>472</sup> kritisiert. Tatsächlich ist die Formulierung ähnlich wie bei den Neuregelungen zur dritten Schadensberechnungsmethode zumindest insoweit problematisch, als hier mit dem direkten Verweis auf § 287 ZPO materielles und Prozessrecht unglücklich vermengt werden, da die Einbeziehung des Gewinns in die Berechnung des Schadensersatzes auf materiellrechtlicher, die Schadensschätzung dagegen auf verfahrensrechtlicher Ebene zum Tragen kommt.<sup>473</sup> Im Übrigen unterscheidet sich die Formulierung insoweit zwar vom Wortlaut der vereinheitlichten Neuregelungen für die dritte Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht, nach denen der Verletzergewinn schlicht „bei der Bemessung“ des Schadensersatzes berücksichtigt werden kann. Ob diese Nuance – denn die „Bemessung“ des Schadensersatzes, also die Entscheidung über dessen Umfang obliegt gerade nach § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO im Streitfall dem Richter, ob er hierfür nun noch auf eine Schätzung zurückgreifen muss oder nicht – die unterschiedlichen Lesarten tatsächlich rechtfertigt, bleibt allerdings zweifelhaft. Vielmehr spricht vieles dafür, dass bei Abfassung beider Regelungen auf Seiten der Gesetzesverfasser wenig Bereitschaft bestand, sich mit der Systematik und den besonderen Vorausset-

---

<sup>470</sup> *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1395; *Meessen* WuW 2004, 733, 738; *Hempel* WuW 2004, 362, 370.

<sup>471</sup> *Meessen* WuW 2004, 733, 738 f. unter Berufung auf die Rechtsprechung des BVerfG, nach welcher sich zum einen der Gesetzgeber mit der Entscheidung für ein bestimmtes rechtliches System einer „bindenden Sachgesetzlichkeit“ unterwerfe, deren Missachtung ohne zureichenden sachlichen Grund den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzen könne, vgl. BVerfGE 55, 72, 88 m.w.N.; und nach der zum anderen eine „der Sachlage zuwiderlaufende Gesetzesgestaltung, die die wahren Absichten des Gesetzgebers verschleierte,“ das Rechtsstaatsprinzip verletze, vgl. BVerfGE 17, 306, 318.

<sup>472</sup> So *Meessen* WuW 2004, 733, 738 f., der anstelle dieses „Systembruchs“ für einen präventiv orientierten „Systemwechsel“ etwa in Form eines zweifachen Schadensersatzes, wie ihn die Monopolkommission nach amerikanischem Vorbild vorgeschlagen hatte (Monopolkommission, Sondergutachten 41, Tz. 75 ff., 83) eintritt: „Verfassungsrechtlich gesehen wäre gegen einen derartigen Systemwechsel, der natürlich einer eingehenden wettbewerbspolitischen Diskussion und sorgfältigen Abstimmung mit den anderen Sanktionen bedürfte, nichts einzuwenden. Der derzeit vorgeschlagene halbe Schritt über private Austauschgerechtigkeit hinaus in Richtung präventiver Wirkung ist jedoch nicht als Systemwechsel, sondern als Systembruch zu werten“, *Meessen* WuW 2004, 733, 739.

<sup>473</sup> Vgl. die Stellungnahme von *Fuchs* vom 17.9.2004 zur Anhörung vor dem Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, Ausschussdrucks. 15(9)1333, S. 51; ähnlich *Meessen* WuW 2004, 733, 739.



zungen eines Schadensersatzes in Form der Verletzergeinnherausgabe vertieft auseinanderzusetzen und sich hierbei verbindlich festzulegen.<sup>474</sup>

Auch gehen wie üblich die Prognosen über den praktischen Nutzen der Regelung auseinander; während solche Förderung privater Rechtsdurchsetzung zum Teil als ergänzende Variante zur konkreten Schadensberechnung<sup>475</sup> oder gar als ein Weg zur „Mobilisierung der Eigeninitiative Privater zur Verhinderung, Beseitigung oder Kompensation von Wettbewerbsbeschränkungen“<sup>476</sup> begrüßt wird, sehen andere die Abschreckungswirkung der Vorschrift angesichts der Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Verletzergeinns<sup>477</sup> oder aufgrund der Anrechnung auf die Vorteilsabschöpfung nach § 34 Abs. 2 GWB ins Leere laufen,<sup>478</sup> zumal die potentiellen Kläger mangels Vorhersehbarkeit der Schadensersatzsumme keine gesteigerte Motivation hätten, die Kostenrisiken eines Prozesses einzugehen.<sup>479</sup>

### d) Fazit

Das Beispiel des § 33 Abs. 3 S. 3 GWB zeigt exemplarisch, welche Faszination die Möglichkeit einer deliktischen Gewinnhaftung gerade für die Gesetzesverfasser im privaten Wirtschaftsrecht offenbar ausübt. Es hat den Anschein, als hätten die Autoren einzelner Referenten- und Gesetzesentwürfe die Betonung der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung zum Anlass genommen, um eher ex-

---

<sup>474</sup> Vgl. zum Wortlaut und zur Kritik an den Neuregelung zur dritten Schadensberechnungsart bereits oben Kap. II. B. 1. b) (3) (b); zur Interpretationsbedürftigkeit des § 33 Abs. 3 S. 3 GWB vgl. *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 33 Rn. 63, 65 über Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35; zum Vorwurf der Unbestimmtheit und damit Verfassungswidrigkeit wegen der Fülle an Unklarheiten in § 33 Abs. 3 S. 3 GWB vgl. *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1395; *Meessen* WuW 2004, 733, 737 ff.; *Hempel* WuW 2004, 362, 370.

<sup>475</sup> *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 401.

<sup>476</sup> *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1392, Fn. 103; ähnlich *Hempel* WuW 2004, 362, 369 f.: Wenn die Entwurfsbegründung (hier noch zum RefE GWB) in Anlehnung an die Rechtslage in den USA [Leitentscheidung: *Hanover Shoe, Inc. vs. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968)] ausdrücklich die präventive Bedeutung der Schadensersatzklage hervorhebe, so sei das „eine explizite Abkehr von der überkommenen Schadensersatzrechtsdogmatik, nach der das Schadensersatzrecht nur dem Ausgleich von Vermögenseinbußen dient.“ Diese „Klarstellung“ sei im Sinne einer effektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung zu begrüßen.

<sup>477</sup> *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 33 Rn. 38 m.w.N.

<sup>478</sup> Eine „geringe praktische Bedeutung“ erwartet etwa *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 33 Rn. 65.

<sup>479</sup> *Meessen* WuW 2004, 733, 739, der daneben eine neue Wettbewerbsverzerrung im Markt des Geschädigten fürchtet, „und zwar zwischen denjenigen, die einen solchen Zuschlag erhalten und denjenigen, die das Pech haben, nicht geschädigt zu sein, und daher auch keinen Zuschlag erhalten können“, *Meessen*, ebenda.

perimentell denn auf Grundlage einer stringenten Dogmatik die Möglichkeiten und Grenzen eines zivilrechtlichen Gewinnherausgabeanspruchs auszuloten; als ein Produkt dieser Strömung kann wohl letztendlich auch § 10 UWG gesehen werden. Da § 33 Abs. 3 S. 3 GWB dem Wortlaut nach lediglich eine Vorschrift zur Beweiserleichterung darstellt, die dem Verletzten kein eigenes Recht im Sinne einer Anspruchsgrundlage vermittelt, und im Übrigen von zweifelhaftem praktischen Nutzen ist, wird in der Folge dieser Untersuchung nur noch vereinzelt auf diese eingegangen.

### **3. Berücksichtigung des Verletzergewinns bei der Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen**

Soweit eine Persönlichkeitsrechtsverletzung sich ausschließlich oder überwiegend als Ehrverletzung, das Persönlichkeitsrecht also in seinem ideellen Kern treffend, darstellt, sind mangels eines Vermögenswertes der entstandenen Beeinträchtigung nach herrschender Meinung weder die dreifache Schadensberechnung, noch etwaige Ansprüche aus Bereicherungsrecht oder wegen angemaßter Eigengeschäftsführung anwendbar.<sup>480</sup> Die Geltendmachung einer Ersatzzahlung auch wegen immaterieller Beeinträchtigungen ist seit der *Herrenreiter*-Entscheidung des BGH<sup>481</sup> aus dem Jahre 1958 jedoch allgemein anerkannt; die Auffassungen über deren Rechtsgrund und deren konkrete Bemessung unterliegen seither allerdings einigen Wandlungen in der Fortentwicklung des diesbezüglichen Richterrechts, in jüngerer Zeit insbesondere zugunsten einer stärkeren Betonung auch verhaltenssteuernder, also präventiver Ansätze.<sup>482</sup>

Anders als die Immaterialgüterrechte sowie deren vermögenswerte persönlichkeitsrechtliche Teilaspekte wie das Namensrecht oder der Bildnisschutz nach

---

<sup>480</sup> Vgl. zu dieser Unterscheidung oben Kap. II. A. 1. b); BGH GRUR 1958, 408, 409 – *Herrenreiter*; BGH GRUR 1959, 430, 433 – *Caterina Valente*; BGH GRUR 1996, 373, 374 – *Caroline von Monaco*.

<sup>481</sup> BGH GRUR 1958, 408, 409 – *Herrenreiter*.

<sup>482</sup> Etwa BGH GRUR 1995, 224, 229 f. – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; BGH GRUR 1996, 373, 374 – *Caroline von Monaco*; näher hierzu sogleich unten.

§§ 22 ff. KUG sowie die Fälle, in denen wirtschaftliche Interessen inzwischen unstreitig mit in den Schutzbereich einbezogen sind,<sup>483</sup> wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seinem Kernbereich im deutschen Deliktsrecht kompensatorisch nur über ein richterrechtliches Konstrukt geschützt.<sup>484</sup> Voraussetzung für diesen Anspruch auf „Geldentschädigung“<sup>485</sup> ist zum einen der schwerwiegende Eingriff in ein Persönlichkeitsrecht,<sup>486</sup> zum anderen muss ein hinreichender Schutz über andere Rechtsbehelfe ausgeschlossen sein.<sup>487</sup> Die Rechtsprechung reagierte damit auf eine zunehmend wirtschaftliche Ausrichtung der Massenmedien, die mit einem Instrument wie der inzwischen auch ausdrücklich präventiv ausgerichteten Geldentschädigung an einer empfindlichen Stelle getroffen werden sollen.<sup>488</sup>

### a) Rechtliche Herleitung

Mangels eigener gesetzlicher Normierung<sup>489</sup> und angesichts eines dringenden Bedarfs an einem effektiven, nicht nur negatorischen Rechtsdurchsetzungsinstrument zivilrechtlicher Art wurde die Rechtsfolge der sog. „Geldentschädigung“ entwickelt, eines Schadensersatzanspruches, der entgegen bzw. über § 253 Abs. 1 BGB hinaus einen immateriellen Schaden ersetzt, ohne Schmerzensgeldanspruch nach § 253 Abs. 2 BGB oder in einem sonstigen Sondertatbestand wie beispielsweise § 97 Abs. 2 UrhG normiert zu sein: Seine ursprüngliche extensive bzw. analoge Anwendung des alten § 847 BGB über das Merkmal

---

<sup>483</sup> Dazu *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, S. 49 ff., 108 ff.; zur Frage, inwieweit eine Geldentschädigung zur Prävention auch bei Verletzungen des Urheberpersönlichkeitsrechts eingreifen könnte, vgl. *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 76 m.w.N.

<sup>484</sup> Ein Deliktsschutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist erstmals mit der *Leserbrief-* Entscheidung in BGHZ 13, 334, 338 ff zu verzeichnen; daneben existieren die grundsätzlich vorrangigen Instrumentarien der Gegendarstellung, des Widerrufs und des Unterlassungsanspruchs; vgl. dazu etwa den Überblick bei *v. Holleben*, Geldersatz, S. 48 ff.

<sup>485</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 1995, 224, 228 ff. – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; BGH GRUR 1996, 373, 374 – *Caroline von Monaco*; krit. *Canaris* FS Deutsch 1999, S. 85, 86 ff.

<sup>486</sup> Dazu unten Kap. III. C. 3. (objektive Schwere des Eingriffs) und Kap. III. D. 2. (Schwere des Verschuldens).

<sup>487</sup> Dazu ebenfalls näher unten, insb. Kap. III. E. 8. b).

<sup>488</sup> Vgl. *Prinz* NJW 1996, 953, 956 f.; *v. Holleben*, Geldersatz, S. 31.

<sup>489</sup> Zu den verschiedenen gescheiterten Reformbestrebungen vgl. den Überblick in der *Soraya-* Entscheidung des BVerfG GRUR 1974, 44 f.

einer „Freiheitsberaubung im Geistigen“<sup>490</sup> hat der BGH schließlich ebenso wie die Bezeichnung als „Schmerzensgeld“ aufgegeben.<sup>491</sup> Inzwischen wird die Geldentschädigung vielmehr als Ersatzanspruch *sui generis* angesehen, dessen „Wurzeln“ nach einem Bild von *Steffen* zwar noch im Schmerzensgeldanspruch verlaufen, dessen „Gene“ jedoch dem Verfassungsrecht entstammen, genauer den Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG, die den Anspruch daher „auf ihre Art“ zur Entfaltung brächten.<sup>492</sup> Gestützt wird sie von der Rechtsprechung inzwischen unter bewusster Überschreitung der Grenzen des § 253 Abs. 1 BGB<sup>493</sup> (bzw. § 847 BGB a.F.) direkt auf § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG;<sup>494</sup> getragen wird diese rechtliche Hilfskonstruktion von der zustimmenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1973 zum Fall *Soraya*, die vor allem auf die seit den Gründerzeiten des BGB geänderten Möglichkeiten des „Einbruchs in den persönlichen Bereich des einzelnen“ und den damit verbundenen erhöhten Schutzbedarf abstellte.<sup>495</sup>

### b) Gegenstand des Entschädigungsanspruchs

Da die Geldentschädigung nur in Fällen der Verletzung von ideellen Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts greift, geht es hierbei wie im Falle des Schmerzensgeldes nicht um den Ersatz eines Vermögensschadens; erreicht werden sollte wie beim Schmerzensgeld neben dem angemessenen Ausgleich der ideellen Beeinträchtigung vielmehr zunächst – in einer Art „Zwischenstel-

---

<sup>490</sup> BGH GRUR 1958, 408, 410 – *Herrenreiter*; nach *Medicus* wurden damit aber „die Grenzen der zulässigen Analogie sicher überschritten“, *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 831.

<sup>491</sup> Terminologische Überreste finden sich noch vereinzelt, z.B. bei *Steffen* NJW 1997, 10, der allerdings an anderer Stelle selbst den Gebrauch des Begriffs „Schmerzensgeld“ in diesem Zusammenhang als *lapsus linguae* bezeichnet, so zitiert bei v. *Holleben*, Geldersatz, S. 32, Fn. 138.

<sup>492</sup> *Steffen* NJW 1997, 10; zust. v. *Holleben*, Geldersatz, S. 32.

<sup>493</sup> Die Nichtaufnahme des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in die Regelung des § 253 Abs. 2 BGB im Zuge der Reformierung des Schadensrechts ist dabei nicht als gesetzgeberische Ablehnung des Geldentschädigungsanspruchs zu werten; sie wird vielmehr damit begründet, dass es sich bei letzterem ohnehin um einen dogmatisch eigenständigen Anspruch handele, der unmittelbar auf den Schutzauftrag aus Art. 1 und 2 Abs. 1 GG zurückgehe, vgl. die Begr. zum Gesetzentwurf der Bundesregierung eines zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 7.12.2001, BT-Drucks. 14/7752, S. 24 f.

<sup>494</sup> Ausdrücklich in BGH GRUR 1996, 373, 374 – *Caroline von Monaco*.

<sup>495</sup> BVerfG GRUR 1974, 44, 45 – *Soraya*.

lung<sup>496</sup> – eine fühlbare Genugtuung des Verletzten.<sup>497</sup> Darüber hinaus liegt inzwischen ein gewichtiger Aspekt bei der Zuerkennung von Geldentschädigungen nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen in der Prävention rücksichtsloser Zwangskommerzialisierungen, denen das Persönlichkeitsrecht ansonsten weitgehend schutzlos ausgeliefert wäre.<sup>498</sup> Dies kann womöglich als eine Weiterentwicklung des Genugtuungsgedankens angesehen werden, ist aber in jedem Fall mit einem Perspektivwechsel weg von dem durch die Genugtuung zu besänftigenden Opfer<sup>499</sup> hin zu dem abzuschreckenden Verletzer verbunden.

Die Ausrichtung der Geldentschädigung auf über die kompensatorische Restitution und den Genugtuungsgedanken hinausgehende Präventionszwecke zugunsten, wie *Dreier* darlegt, einer Stärkung des Güterschutzes,<sup>500</sup> macht sie aufgrund der ihr innewohnenden Möglichkeiten der „Feinsteuerung“<sup>501</sup> zu einem potentiell sehr effektiven Schutzinstrument für bislang defizitär geschützte Rechtsgüter.<sup>502</sup> Angesichts dieser Entwicklung weg vom Schmerzensgeldanspruch und hin zur eigenständigen<sup>503</sup> Anspruchsform der Geldentschädigung, wird allerdings umgekehrt die Gefahr einer Vermischung materieller und immaterieller Anknüpfungspunkte<sup>504</sup> und einer erschwerten Prognose des Ausmaßes etwa der

---

<sup>496</sup> Dazu *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 345.

<sup>497</sup> BGH GRUR 1958, 408, 410 – *Herrenreiter*; vgl. zum Schmerzensgeld BGH NJW 1955, 1675, 1676; BGH GRUR 1962, 105, 107 – *Ginsengwurzel*; zu den insoweit bestehenden Unterschieden im Verhältnis zum herkömmlichen Schmerzensgeld *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 94 ff.; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 147; *Deutsch* ZRP 1998, 291, 292.

<sup>498</sup> Ausdrücklich seit BGH GRUR 1995, 224, 229 – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; dem folgend BGH GRUR 1996, 373, 374 – *Caroline von Monaco*; BGH NJW 1996, 985, 987 („*Caroline III*“); *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 345 ff.; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 147 f., jew. m.w.N.; den Präventionszweck nur für „extreme“ Ausnahmefälle akzeptierend *Damm/Rehbock*, Widerruf u.a., Rn. 948, 951.

<sup>499</sup> Insoweit ist auch der Sanktionscharakter der Genugtuung „kein Selbstzweck“; dazu und grundsätzlich zur Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes sowie der hieran geübten Kritik vgl. nur die Zusammenfassung bei *v. Holleben*, Geldersatz, S. 34 ff. m.w.N.

<sup>500</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 345.

<sup>501</sup> *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 148.

<sup>502</sup> *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 148 m.w.N.

<sup>503</sup> Vgl. BGH GRUR 1995, 224, 229 – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; BGH GRUR 1996, 373, 374 – *Caroline von Monaco*; a.A. wohl *Damm/Rehbock*, Widerruf u.a., Rn. 948.

<sup>504</sup> *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 148.

Verhaltenssteuerung gesehen.<sup>505</sup> Trotz seiner Nähe zum Schmerzensgeldanspruch wird der Anspruch auf Geldentschädigung im Übrigen auch als Anspruch *sui generis* mit eigenständigen Voraussetzungen eingeordnet.<sup>506</sup>

### c) Berücksichtigung des Verletzergewinns

Unter Betonung vor allem der Präventionsaspekte kam der BGH schließlich in der *Caroline I*- und den darauf folgenden Entscheidungen<sup>507</sup> dazu, als einen wesentlichen Faktor zur Bemessung der Höhe der zu leistenden Zahlung den Gewinn des Verletzers heranzuziehen.<sup>508</sup> Als Begründung für diese neue Gewichtung der Prävention bei der Ermittlung einer angemessenen Entschädigung stellten die Richter darauf ab, dass es sich in diesem Fall um eine „rücksichtslose Zwangskommerzialisierung“, um einen vorsätzlichen Rechtsbruch zur Verfolgung eigener kommerzieller Interessen gehandelt habe.<sup>509</sup> Um insoweit eine Rechtsschutzlücke zu füllen, müsse die „fühlbare“ Geldentschädigung der Höhe nach ein Gegenstück dazu bilden, dass die Persönlichkeitsrechte zur Gewinnerzielung verletzt worden seien. Daraus ist nach den Ausführungen des BGH zwar ausdrücklich nicht zu folgern, dass in solchen Fällen eine „Gewinnabschöpfung“ vorzunehmen wäre; die Höhe der Entschädigung solle aber geeignet sein, einen echten Hemmungseffekt gegenüber derartigen Verletzungen herbeizuführen.<sup>510</sup>

---

<sup>505</sup> Klüber, Persönlichkeitsschutz, S. 148, der für den Einsatz von Präventionsüberlegungen allerdings zumeist die Beachtung „sich intuitiv erschließender ökonomischer Gesetzmäßigkeiten“ als ausreichend ansieht, Klüber, a.a.O., S. 148, 282 ff.

<sup>506</sup> BGH GRUR 1995, 224, 229 – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; Steffen NJW 1997, 10; v. Holleben, Geldersatz, S. 32; a.A. Damm/Rehbock, Widerruf u.a., Rn. 948.

<sup>507</sup> Es folgten insgesamt vier Entscheidungen über Persönlichkeitsrechtsverletzungen zu Lasten der Prinzessin Caroline von Monaco durch Printmedien des Burda-Verlages aufeinander: BGH GRUR 1995, 224 – *Erfundenes Exklusiv-Interview* („*Caroline I*“); BGH GRUR 1996, 373 – *Caroline von Monaco* („*Caroline II*“); BGH NJW 1996, 985 (Sohn der Prinzessin von Monaco – „*Caroline III*“); BGH NJW 1996, 1128 („*Caroline IV*“).

<sup>508</sup> BGH GRUR 1995, 224, 229 – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; aus jüngerer Zeit BGH GRUR 2005, 179, 181 f. – *Tochter von Caroline von Hannover*; s. auch Müller in Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 51 Rn. 21 ff.; krit. Canaris FS Deutsch 1999, S. 85, 86 ff; zust. Prinz NJW 1996, 953 ff; Klüber, Persönlichkeitsschutz, S. 151; v. Holleben, Geldersatz, S. 31 m.w.N. zur Diskussion in der Literatur; krit., im Ergebnis jedoch wohl zust. Dreier, Kompensation und Prävention, S. 348 ff.; den Präventionsgedanken nur in „extremen Ausnahmefällen“ als gerechtfertigt sehen Damm/Rehbock, Widerruf u.a., Rn. 951.

<sup>509</sup> BGH GRUR 1995, 224, 229 – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; nach Damm/Rehbock, Widerruf u.a., Rn. 1003, könne nur bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Rechtsbruch überhaupt von einer Verfolgung eigener kommerzieller Interessen des Mediums ausgegangen werden.

<sup>510</sup> BGH GRUR 1995, 224, 229 f. – *Erfundenes Exklusiv-Interview*.

Eine konkrete, gar betriebswirtschaftlich fundierte Gewinnermittlung hat denn auch das Oberlandesgericht Hamburg bei der Umsetzung dieser Vorgaben als nicht erforderlich und nicht angezeigt angesehen;<sup>511</sup> die unmittelbare Anknüpfung an den Verletzergevinna führte, so der Senat, bei der Ermittlung eines angemessenen Ausgleichs der erlittenen Verletzung zum einen dann zu inkonsistenten Ergebnissen, wenn der Täter mit einer schweren Verletzung wirtschaftlich einen Verlust erlitten hätte, und wäre andererseits auch insoweit nicht gerechtfertigt, als die Gewinnerzielung als solche kein Indiz für die Intensität der erlittenen Beeinträchtigung sei.<sup>512</sup> Auch die Präventionszwecke machten eine Entschädigung mindestens in Höhe des Verletzergewinns in den Fällen rücksichtsloser Zwangskommerzialisierung nicht unbedingt erforderlich.<sup>513</sup> Damit bleibt die Entscheidung hinsichtlich der konkreten Art und Weise, wie der Verletzergevinna nun in die Bemessung der Geldentschädigung einfließen soll, recht offen.<sup>514</sup>

Über den Ersatzanspruch nach immateriellen Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts lässt sich also keine echte Gewinnhaftung im Sinne eines Gewinnherausgabeanspruchs des Geschädigten begründen – von seiner Schutzrichtung und seiner Normfunktion her ist er dennoch interessant. Da, wie oben

---

<sup>511</sup> OLG Hamburg NJW 1996, 2870, 2872; ebenso *Müller* in Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 51 Rn. 34; a.A. *Prinz*, der hierfür konkrete Berechnungsmodelle vorschlägt, vgl. *Prinz* NJW 1996, 953, 956 f.; zum Entwurf eines Gewinnabschöpfungsanspruchs bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch die Medien vgl. *Alexy*, Gewinnabschöpfung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, S. 267 ff.

<sup>512</sup> OLG Hamburg NJW 1996, 2870, 2872.

<sup>513</sup> Davon unabhängig aber deutlich höhere Entschädigungssummen als bisher, OLG Hamburg NJW 1996, 2870, 2872; für eine konkrete Berechnungsart mit echtem Hemmungseffekt in Anlehnung an das Bußgeld- oder Tagessatzsystem dagegen *Prinz* NJW 1996, 953, 956 f.; für einen echten Gewinnabschöpfungsanspruch insoweit *Alexy*, Gewinnabschöpfung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, S. 267 ff.; differenziert *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 348 ff.; hinsichtlich der Präventionswirkung zust., eine Gewinnabschöpfung wegen ihrer Nähe zum Bereicherungsrecht aus dogmatischen Gründen aber ablehnend v. *Holleben*, Geldersatz, S. 69 f m.w.N.

<sup>514</sup> Ähnlich v. *Holleben*, Geldersatz, S. 71, der angesichts einerseits der dogmatischen Unschärfen zwischen Schadensersatz, Schmerzensgeld- und Bereicherungsanspruch und andererseits der mangelnden Konkretetheit der Einbeziehung des Gewinns in die Bemessung der Entschädigung zu dem Ergebnis kommt, die Geldentschädigung passe letztlich gar nicht auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch rein ökonomisch motivierte Medienunternehmen, vgl. v. *Holleben*, a.a.O., S. 72. Zumindest wird hieran das spezifische Spannungsfeld bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die kommerziellen Massenmedien deutlich: Was dem einen ein ideelles Recht außerhalb vermögenswerter Kategorien ist, stellt für den anderen eine geldwerte Geschäftsmöglichkeit dar. Für eine Orientierung weniger am Gewinn des Verletzers als an einem fiktiven Lizenzbetrag vgl. insofern auch *Müller* in Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 51 Rn. 34.

dargestellt, die ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts im Verletzungsfall nach herkömmlicher Meinung nicht über die Präventionswirkung der dreifachen Schadensberechnung geschützt sind, schließt auch das Konstrukt der Geldentschädigung insoweit eine Lücke der Rechtsdurchsetzung. Inwieweit es nun in Zukunft bei der Frage der Gewinnhaftung überhaupt noch auf die Frage nach möglicher Kommerzialisierung oder Nicht-Kommerzialisierung eines beeinträchtigten Persönlichkeitsrechts(teils) ankommen wird, hängt neben der Frage nach der Güterqualität der einzelnen Persönlichkeitsrechtsteile maßgeblich davon ab, ob und in welchem Umfang die Gesichtspunkte der Prävention – und unter Umständen auch der Sühne<sup>515</sup> – mit in die Gewichtung einbezogen werden.<sup>516</sup> Eine Gleichbehandlung im Sinne einer Gleichvergütung aller Persönlichkeitsrechtsverletzungen, mit denen der Verletzer wirtschaftliche Vorteile erzielt hat, wäre zumindest durch eine einheitliche, gewinnbezogene oder an der fiktiven Lizenzgebühr orientierte Haftungsregelung möglich.<sup>517</sup> Dies könnte langfristig auch zu mehr Transparenz und Rechtssicherheit hinsichtlich der Bemessung der Entschädigungszahlungen führen<sup>518</sup> und womöglich auch zu einem stärkeren Hemmungseffekt.<sup>519</sup> In diesem Bereich ist die Entwicklung allerdings im Fluss und ihr Ende vorerst nicht abzusehen; daher wird im Folgenden auch auf diese Sonderform der Gewinnberücksichtigung nur am Rande und in individuellem Zusammenhang eingegangen.

---

<sup>515</sup> Vgl. zum Regelungszweck noch unten Kap. III. A. 2.

<sup>516</sup> Zur Frage einer Berücksichtigung der Präventionsaspekte über die Fälle schwerwiegender Eingriffe durch die Massenmedien hinaus eingehend *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 353.

<sup>517</sup> Vgl. auch *Wagner* GRUR 2000, 717, 720.

<sup>518</sup> Vgl. dazu *Wagner* Verhandlungen 66. DJT Bd. I, A 88 ff.; a.A. wegen der Besonderheiten der Geldentschädigung aus ihrer Genugtuungsfunktion *Müller* Verhandlungen 66. DJT Bd. II/1, L 19; als realitätsfernes „juristisches Glasperlenspiel“ angesichts eines ausreichenden bestehenden Systems der Geldentschädigung lehnt eine Gewinnabschöpfung auch *Gounalakis* ab, *Gounalakis* Verhandlungen 66. DJT Bd. II/2, L 170 f.

<sup>519</sup> Für einen Geldersatz, der im Sinne wirksamer Verhaltenssteuerung mindestens das Niveau einer angemessenen Lizenz oder den vom Verletzer erzielten Gewinn erreichen sollte, daher *Wagner* GRUR 2000, 717, 720.



**C. Stärkung privater Rechtsdurchsetzung in UWG und GWB  
durch verletzergewinn- und verletzervorteilsbezogene Ver-  
bandsansprüche**

Neben den bisher dargestellten normierten und/oder gewohnheitsrechtlich gewachsenen, in jedem Fall aber formal in die herkömmliche Zivilrechtsdogmatik eingefassten, auf den Verletzergewinn bezogenen Ansprüchen vorwiegend aus dem Bereich der Immaterialgüterrechte existiert eine neue Form „echter“ normierter Gewinn- bzw. Vorteilsabschöpfungsansprüche, die sich als *sui-generis*-Ansprüche auch von ihren Voraussetzungen her in keine der herkömmlichen Figuren der Zivilrechtssystematik einfügen<sup>520</sup> und die während einer allgemeinen Diskussion um geeignete zivilrechtliche Sanktionen für einige Jahre geradezu als rechtspolitische Strömung erschienen.<sup>521</sup> Gemeinsam ist diesen Ansprüchen die direkt und ausschließlich auf Abschöpfung eines unrechtmäßig erlangten Gewinns gerichtete Rechtsfolge; die Perspektive richtet sich also von Anfang an nicht auf den Schaden oder Nachteil des Verletzten,<sup>522</sup> sondern umgekehrt auf das „Zuviel“ im Vermögen der rechtswidrig handelnden Partei. Dabei wurde der jüngere § 34a GWB ausdrücklich dem Vorbild des älteren § 10 UWG nachgeschaffen.<sup>523</sup> Trotz der übereinstimmenden bzw. sich ergänzenden Zielrichtungen des Lauterkeits- und des Kartellrechts<sup>524</sup> bestehen zwischen deren Sanktionensystemen, auch den zivilrechtlichen Rechtsfolgen, nach den Novellierungen von 2004 bzw. 2005 weiterhin einige Unterschiede, wenn nicht gar im Detail sogar Widersprüche.<sup>525</sup> Dabei spielt allerdings stets eine Rolle, dass Kar-

---

<sup>520</sup> Dazu sogleich näher unter Kap. II. C. 1. b).

<sup>521</sup> Vgl. schon oben Kap. I. A. 1.; für eine Übertragung des Konzepts des § 10 UWG für Konstellationen des allgemeinen Deliktsrechts *Wagner* Verhandlungen 66. DJT Bd. II/2, L 182 ff.; vgl. dazu *Oetker* in MüKo-BGB Bd. 2, § 249 Rn. 506 f.; zu einer Ergänzung der behördlichen Sanktionen im Kapitalmarktrecht durch privatrechtliche Ansprüche *Binninger*, Gewinnabschöpfung als kapitalmarktrechtliche Sanktion, S. 198 ff.

<sup>522</sup> Zu den Anforderungen an eine Beeinträchtigung von Interessen Dritter als Tatbestandsvoraussetzung s. allerdings unten ab Kap. III. F. 2. b).

<sup>523</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 55.

<sup>524</sup> Dazu bereits oben Kap. II. A. 2.; *Köhler* WRP 2005, 645 ff.

<sup>525</sup> A.A. wohl *Köhler* (zum RegE GWB), WRP 2005, 645, 647: „nicht in Widerspruch zueinander“; zur Notwendigkeit einer sanktionsbezogenen Abgrenzung zwischen beiden Rechtsbereichen vgl. aber *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 50 ff.

tell- und Lauterkeitsrecht, wie oben dargestellt,<sup>526</sup> unterschiedliche Regulierungs- und Rechtsdurchsetzungstraditionen zugrunde liegen. Die für diese Untersuchung relevanten Divergenzen der privatrechtlichen Abschöpfungsansprüche liegen insbesondere in der unterschiedlichen Reichweite von Vorteil des Schädigers nach § 34a GWB und Unlauterkeitsgewinn nach § 10 UWG,<sup>527</sup> in der fehlenden Aktivlegitimation von Verbraucherverbänden zur Geltendmachung der kartellrechtlichen Vorteilsabschöpfung<sup>528</sup> sowie in dem Bezug auf den Verletzergewinn als normiertes Element der Schadensbemessung nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB,<sup>529</sup> der in § 9 UWG bisher richtigerweise nicht nachvollzogen wurde.<sup>530</sup>

Geht man im Übrigen von den zuvor besprochenen Formen der sich – wenn auch über rechtliche Fiktionen – im Rahmen und „Korsett“ des deliktischen Schadensersatzsystems nach §§ 823, 249 ff. BGB bewegenden Gewinnhaftung aus, so ist in den neueren Abschöpfungsansprüchen des Wettbewerbsrechts insoweit eine gewisse Verselbständigung zu verzeichnen, die allerdings auch neue Herausforderungen bei der Auslegung bisher unbekannter Tatbestandsvoraussetzungen schafft, auf die im weiteren Verlauf der Untersuchung noch einzugehen sein wird.

### 1. Lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG

Als erster dieser unmittelbar auf einen Unrechtsgewinn bezogenen Haftungsansprüche und zugleich als die wohl rechtspolitisch umstrittenste<sup>531</sup> Norm der

---

<sup>526</sup> Vgl. Kap. II. A. 5.

<sup>527</sup> Dazu unten Kap. III. E. 7. b).

<sup>528</sup> Die noch im RegE GWB vorgesehen war, vgl. BT-Drucks. 15/3640, S. 11; näher unten Kap. III. B. 2.

<sup>529</sup> Während beim Schadensersatz des Mitbewerbers nach § 9 UWG der Verletzergewinn nur in den Ausnahmefällen der den Immaterialgüterrechten vergleichbaren Leistungspositionen zum Tragen kommt, dann allerdings auch in Form eines Herausgabeanspruchs des Verletzten im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung, vgl. dazu bereits Kap. II. B. 1. a) (2).

<sup>530</sup> Denkbar, wenn auch nicht erforderlich, wäre insofern nur eine Normierung der dreifachen Schadensberechnung für die Fälle des ergänzenden Leistungsschutzes nach § 4 Nr. 9 UWG gewesen, s. vorherige Fn.

<sup>531</sup> Vgl. zur Diskussion etwa *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42 f.; *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12 ff.; *Leistner/Pothmann* WRP 2003, 815, 829 f.; *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559 ff.; *Sack* WRP 2003, 549 ff.; *ders.*

UWG-Novelle vom 08.07.2004<sup>532</sup> wurde die „Gewinnabschöpfung“ nach § 10 UWG in das Lauterkeitsrecht eingeführt. Im weiteren Verlauf der Arbeit stellt sie den Schwerpunkt der Untersuchung dar.

**a) Allgemeines**

**(1) Regelungshintergrund**

Auch die Einführung der echten Gewinnabschöpfung zielte – insoweit ähnlich der dreifachen Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht – auf die Behebung von Durchsetzungsdefiziten ab.<sup>533</sup> Der insoweit bisher „stumpfen Waffe“<sup>534</sup> des lauterkeitsrechtlichen Rechtsschutzes, dessen Hauptinstrumentarien Abmahnung, Unterlassungsverfügung und Unterlassungsklagen – ähnlich der ursprünglichen Problematik im Bereich der Verletzung von Persönlichkeitsrechten – als negatorische Rechtsinstitute vor allem für die Zukunft wirkten,<sup>535</sup> wurde eine nach dem Wortlaut der Gesetzesbegründung mit „Sanktionscharakter“<sup>536</sup> ausgestattete, am Ziel der negativen Prävention ausgerichtete Norm zur Seite gestellt.<sup>537</sup> Diese soll nun für die Fälle bereits begangener, für den Verletzer wirtschaftlich vorteilhafter Wettbewerbsverstöße durch Abschöpfung des Unlauterkeitsgewinns die ansonsten in manchen Fallkonstellationen<sup>538</sup> typischerweise ausfallende „Auslesefunktion des Wettbewerbs“ übernehmen<sup>539</sup> und im Ergebnis dem bekannten Satz „Unlauterer Wettbewerb lohnt sich immer“<sup>540</sup> weitgehend die Grundlage entziehen.<sup>541</sup> Im Fokus der Überlegungen standen da-

---

BB 2003, 1073, 1080 f.; Köhler GRUR 2003, 265 f.; vgl. auch die Übersicht zur Kritik bei v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 105 ff. m.w.N.

<sup>532</sup> BGBl I 2004, S. 1414 ff.

<sup>533</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23.

<sup>534</sup> So Köhler GRUR 2003, 265.

<sup>535</sup> Zu dieser Problematik bereits Schrickler GRUR 1979, 1, 3 m.w.N.

<sup>536</sup> Vgl. Begr. RefE UWG, GRUR 2003, 298, 309 f.

<sup>537</sup> Zur eingehenderen Normzweckanalyse vgl. unten Kap. III. A. 4.

<sup>538</sup> Zu den für § 10 UWG wesentlichen und für diese Untersuchung relevanten Fallgruppen vgl. näher unten Kap. III. C. 1.; zu einzelnen Fallgruppen und zur der Einführung des Anspruchs zugrunde liegenden Motivation eingehend auch v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 1 ff., zur Gesetzesgenese ebenda Rn. 59 ff.; Stadler/Micklitz WRP 2003, 559; Micklitz/Stadler, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 25 ff.

<sup>539</sup> Alexander WRP 2004, 407, 417.

<sup>540</sup> Vgl. Schrickler GRUR 1979, 1, 3 und dort Fn. 17; m.w.N. Lehmann GRUR Int 2004, 762, 763 Fn. 17.

<sup>541</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 13.

## Kapitel II. Zivilrechtliche Gewinnhaftungsansprüche

---

bei vor allem die Fälle der sog. Bagatell- und Streuschäden, bei denen der Unternehmer in einer einmaligen Aktion – so dass negatorischer Rechtsschutz insoweit keine Wirkungskraft entfalten kann<sup>542</sup> – gegen lauterkeitsrechtliche Vorschriften verstößt und damit einen Gewinn erzielt, während der Verstoß auf Seiten der einzelnen Abnehmer zu vergleichsweise geringen wirtschaftlichen Einbußen führt.<sup>543</sup> Dann besteht bei dem einzelnen Kunden bzw. Verbraucher ein „rationales Desinteresse“<sup>544</sup> an der Durchsetzung seines individuellen Anspruches gegen den Verletzer, während sich gleichzeitig angesichts der Schwierigkeiten beim Nachweis des eigenen Schadens<sup>545</sup> regelmäßig auch kein Konkurrent findet, der auf dem Klagewege Schadensersatz nach § 9 UWG geltend machen würde.<sup>546</sup>

Die Entstehung des heutigen § 10 UWG ist daher vor dem Hintergrund einer immer weiter zunehmenden Bedeutung<sup>547</sup> Verbraucherschützender Aspekte in einem Rechtsbereich zu sehen, dessen Durchsetzungsinstrumentarien den lauter handelnden Wettbewerbern bisher einen weitestgehend funktionsfähigen und unmittelbaren, den Verbrauchern allerdings nur reflexhaften Schutz boten. Gerade wo der Wettbewerber einen eigenen Schaden nicht geltend machen konnte oder wollte, reduzierte sich insoweit auch der reflexhafte Schutz für die Verbraucher.<sup>548</sup> Der Schaffung des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs gingen dementsprechend bereits frühere Reformbestrebungen mit dem Ziel einer besseren Durchsetzbarkeit auch von Verbraucherrechten im Wettbewerbsrecht voran, etwa in Form des Vorschlags einer „Mehrerlösabschöpf-

---

<sup>542</sup> V. Braunmühl bezeichnet daher gerade die Tätigkeit der Verbraucherverbände als „Sisyphosarbeit“, v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 1; vgl. auch ausführlich Fehlemann, Abschöpfungsansprüche, S. 53 ff.

<sup>543</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23; zurückgehend auf Micklitz/Stadler, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 34 ff.; s. auch Stadler/Micklitz WRP 2003, 559; Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 47.

<sup>544</sup> Hopt/Baetge in Basedow/Hopt et. al., Bündelung gleichgerichteter Interessen, S. 46.

<sup>545</sup> Dazu vgl. etwa Kemper, Beweisprobleme im Wettbewerbsrecht, S. 139 f.; Teplitzky GRUR 1987, 215 ff.

<sup>546</sup> Micklitz/Stadler, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 68; zu den Fallgruppen der Streuschäden Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 48 ff.

<sup>547</sup> Einen entsprechenden „Umbildungsprozess“ seit den zwanziger Jahren des Zwanzigsten Jahrhunderts konstatiert für das deutsche Recht Schrickler GRUR Int 1973, 694, 695.

<sup>548</sup> So bereits Schrickler GRUR Int 1973, 694, 695.

fung<sup>549</sup> oder auch eines „kollektiven Schadensersatzanspruches“<sup>550</sup> aus Regierungsentwürfen der Jahre 1978<sup>551</sup> und 1982<sup>552</sup>, wobei letzterer nach dem sog. „Abtretungsmodell“ eine vorherige Abtretung einzelner individueller Ansprüche an den Verband vorausgesetzt hätte. Diese und weitere Bestrebungen<sup>553</sup> ließen sich allerdings rechtspolitisch nicht durchsetzen.<sup>554</sup>

Dass die Schaffung des § 10 UWG schließlich doch gelang, erklärt sich aus dem Zusammenhang der grundlegenden Novellierung des gesamten UWG mit der Reform von 2004, mit der das deutsche Lauterkeitsrecht modernisiert, liberalisiert, nach europäischen Vorgaben harmonisiert und der Verbraucherschutz im UWG verankert bzw. gefestigt werden sollte.<sup>555</sup> Die Frage, ob mit § 10 UWG die diesbezüglich verfolgten Zwecke erreicht wurden, ob also etwa der Verbraucherschutz bei Streuschäden verbessert und die nach Art. 13 der EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken<sup>556</sup> erforderliche Errichtung abschreckender Sanktionen bewerkstelligt und damit eine bessere Durchsetzung des Lauterkeitsrechts gewährleistet wurde, oder ob nicht vielmehr Privatisierungs- und Verbraucherschutzbestrebungen hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung zumindest punktuell in Widerspruch miteinander geraten, muss allerdings bis heute gestellt werden; sie wird im weiteren Verlauf dieser Untersuchung noch einmal angesprochen werden.<sup>557</sup>

---

<sup>549</sup> Grauel/Luhrenberg WRP 1980, 521 ff m.w.N.

<sup>550</sup> Seit den 70er Jahren; dazu ausführlich Micklitz/Stadler, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 14 ff; Wimmer-Leonhardt GRUR 2004, 12, 15.

<sup>551</sup> BT-Drucks. 8/1670.

<sup>552</sup> BT-Drucks. 9/1707.

<sup>553</sup> Weitere Beispiele bei Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 16 f.

<sup>554</sup> Vgl. dazu etwa v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 6 ff. m.w.N.

<sup>555</sup> S. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 1; dazu auch Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 28; Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 45 f. m.w.N.

<sup>556</sup> Art. 13 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005 (oben Fn. 11), ABl. Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22, 31: „Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest, die bei Verstößen gegen die nationalen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie anzuwenden sind, und treffen alle geeigneten Maßnahmen, um ihre Durchsetzung sicherzustellen. Diese Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein“; zu Sanktionen und Rechtsdurchsetzung im Zusammenhang mit dem Richtlinienvorschlag auch Köhler/Lettl WRP 2003, 1019, 1047 f.

<sup>557</sup> S. unten ab Kap. V. B. 2.

### **(2) Anwendungsbereich**

Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG ist als rein lauterkeitsrechtliche Norm ausschließlich bei Verletzungen der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel des § 3 UWG sowie von § 7 UWG einschlägig.<sup>558</sup> Nach seiner aktuellen Ausgestaltung ist er damit aber zugleich für alle Fallgruppen von Lauterkeitsverstößen offen,<sup>559</sup> soweit hierbei die weiteren, im Folgenden näher bezeichneten Tatbestandsmerkmale des § 10 Abs. 1 UWG erfüllt sind.

### **(3) Regelungsinhalt**

Nach § 10 Abs. 1 UWG kann, wer dem § 3 oder § 7 UWG vorsätzlich zuwiderhandelt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, von den gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden. Bei diesen Berechtigten handelt es sich um qualifizierte Verbände und Einrichtungen, nicht jedoch den unmittelbar verletzten Endabnehmer oder Konkurrenten.<sup>560</sup>

Nach § 10 Abs. 2 S. 1 UWG sind auf den herauszugebenden Gewinn Leistungen des Schuldners an Dritte oder den Staat anzurechnen bzw. dem Schuldner entsprechende Zahlungen nachträglich zu erstatten, § 10 Abs. 2 S. 2 UWG. In dem – bisher nur theoretischen Fall – dass mehrere Gläubiger in Konkurrenz zueinander den Anspruch nach § 10 Abs. 1 UWG geltend machen, kommen nach § 10 Abs. 3 UWG die Regelungen der §§ 428 bis 430 BGB zur Anwendung. Nach § 10 Abs. 4 S. 1 UWG ist der Anspruchsgläubiger gegenüber der „zuständigen Stelle“ – nach § 10 Abs. 5 UWG das Bundesamt für Justiz – über die Gel-

---

<sup>558</sup> In der ersten Fassung von 2004, vor der Trennung des Belästigungstatbestandes des § 7 UWG von der Generalklausel des § 3 UWG im Jahre 2008, bezog sich § 10 Abs. 1 UWG ausschließlich auf § 3 UWG.

<sup>559</sup> Insoweit ausdrücklich auch die Begr. RegE 1.UWGÄndG, BT-Drucks. 16/10145, S. 30: Die Bezugnahme auf das Verbot unzulässiger geschäftlicher Handlungen in § 10 Abs. 1 UWG werde (redaktionell) geändert, damit alle Fälle des § 3 UWG einschließlich seines Abs. 3 von § 10 UWG eindeutig erfasst würden. Zur Frage, ob die Regelung des § 10 UWG auch zur Lösung aller Fallgruppen geeignet ist, vgl. unten Kap. IV. C.

<sup>560</sup> Dazu näher unten Kap. III. B. 2.

tendmachung des Gewinnabschöpfungsanspruchs auskunftspflichtig. Von dieser Stelle kann der Anspruchsgläubiger schließlich Ersatz seiner Aufwendungen bis zur Höhe des Gewinns verlangen, Abs. 4 S. 3, soweit diese nicht vom Anspruchsschuldner ausgeglichen wurden, Abs. 4 S. 2. Unterliegt der Anspruchsteller, bestehen für ihn daher keine Aufwendungserstattungsansprüche.<sup>561</sup>

#### **(4) Entstehungsgeschichte**

Die Diskussion um die hoch umstrittene Norm war von Anfang an Ausdruck der widerstreitenden Hoffnungen und Befürchtungen, die Verbraucherschützer und Wirtschaftsverbände hinsichtlich einer stärkeren Durchsetzbarkeit des Lauterkeitsrechts einerseits und seiner Liberalisierung andererseits hegten. Im Zuge der entsprechenden rechtspolitischen Auseinandersetzungen erfuhr der Wortlaut des Entwurfs zum Gewinnabschöpfungsanspruch mehrere tiefgreifende Veränderungen. Da diese in Teilen für Interpretation, Verständnis und Auslegung der Norm von Interesse sind, sollen die wichtigsten Schritte bezüglich des Kerntatbestandes<sup>562</sup> im Folgenden gesondert dargestellt werden.

##### **(a) Vorentwürfe zu § 10 UWG**

Dem lauterkeitsrechtlichen Novellierungsvorhaben und damit den konkreten Überlegungen zu einem Gewinnabschöpfungsanspruch gingen mehrere Gutachten aus den Reihen der Rechtswissenschaft voran, die aus unterschiedlichen Blickwinkeln zu dem Ergebnis kamen, dass die Einführung einer Verbandsklage zur Behebung bestehender Durchsetzungsdefizite – vornehmlich bezogen auf den Bereich der sog. Bagatell- und Streuschäden<sup>563</sup> – geeignet und geboten sei. Nach Entwürfen von *Stadler* und *Micklitz* über eine verbraucherschutzorientierte Verbandsklage<sup>564</sup> legten schließlich *Köhler*, *Bornkamm* und *Henning-Bodewig*,

---

<sup>561</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 83.

<sup>562</sup> Zum Hintergrund einzelner Nebenregelungen wie der nachträglichen Anrechnung und zum Verfahren sei nur auf die ausführliche Darstellung und Nachw. etwa bei *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 246 ff. verwiesen.

<sup>563</sup> Dazu näher unten Kap. III. F. 1.

<sup>564</sup> Aufgrund dogmatischer Bedenken zur Vereinbarkeit einer Verbandsleistungsklage mit der Konzeption des deutschen Schadensrechts hatte *Stadler* zunächst eine Lösung über die Gruppenklage vorgeschlagen, vgl. noch

Mitglieder der Arbeitsgruppe des Bundesjustizministeriums zur Modernisierung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb und zur Erarbeitung von Vorschlägen für eine Harmonisierung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf europäischer Ebene (AG-UWG), ihren sog. „Professorenentwurf“ (ProfE-UWG)<sup>565</sup> vor. Der dort vorgesehene „Mehrerlösanspruch“ in § 9 Abs. 2 S. 1 ProfE-UWG<sup>566</sup> war in seinem Anwendungsbereich auf vier Fallgruppen planmäßiger lauterkeitswidriger Täuschung beschränkt.<sup>567</sup> In diesen Fällen sollten nach § 8 Abs. 2 Nr. 3 ProfE-UWG befugte Verbände berechtigt sein, den Verantwortlichen „auf Herausgabe des auf Kosten der Verbraucher erzielten Gewinns (Mehrerlös) in Anspruch“ zu nehmen. Es handelte sich nach diesem Entwurf um einen Anspruch auf Zahlung direkt an die Verbände, wobei allerdings eine Zweckbindung zur satzungsgemäßen Verwendung der Mittel vorgesehen war, § 9 Abs. 2 S. 5 ProfE-UWG. Im Gegensatz zur heutigen Fassung des Gewinnabschöpfungsanspruchs war außerdem in § 9 Abs. 2 S. 3 ProfE-UWG ein ausdrücklicher Verweis auf die richterliche Schadensschätzung nach § 287 ZPO enthalten.<sup>568</sup>

*Last but not least* ist der Gewinnabschöpfungsanspruch auch im Zusammenhang mit der etwa zeitgleich entwickelten europäischen *unfair-trade*-Richtlinie zu sehen, die allerdings einer Regelung wie § 10 UWG zwar nicht entgegensteht,

---

Stadler in Brönneke, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 1, 48 f.; für eine Verbandsleistungsklage anschließend Micklitz/Stadler, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 125 ff., die nun zwar einen verschuldensabhängigen Anspruch *sui generis* entwerfen, zu dessen Durchsetzung aber Beweiserleichterungen bezüglich des Verschuldens und der Gewinnhöhe vorschlagen, vgl. auch Stadler/Micklitz WRP 2003, 559 ff.; eine ausführlichere Darstellung aller Gutachten findet sich bei v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 60 ff.

<sup>565</sup> Veröffentlicht in WRP 2002, 1317 ff; vorangegangen war dem eine unveröffentlichte Vorversion, die in § 10 Abs. 1 Nr. 2 die Mehrerlösabschöpfung lediglich von einfachem Verschulden abhängig machte und sie nicht auf bestimmte Fallgruppen beschränkte. Dieser Entwurf findet sich im Wortlaut wiedergegeben bei v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 67.

<sup>566</sup> S. Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig WRP 2002, 1317, 1322, 1327.

<sup>567</sup> Danach sollte die Gewinnabschöpfung nur dann greifen, wenn „Verbraucher über den Wert einer Ware oder Dienstleistung, über Verdienstmöglichkeiten oder Gewinnchancen, über das Bestehen einer Zahlungspflicht oder über das Zustandekommen einer Verbindung zu einem Telekommunikationsmehrwertdienst oder die dabei anfallenden Gebühren planmäßig getäuscht und dadurch zum Bezug von Waren oder Dienstleistungen veranlasst“ worden seien, vgl. Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig WRP 2002, 1317, 1322.

<sup>568</sup> Heute nur noch erwähnt in der Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.



umgekehrt aber auch nicht zu ihrer Einführung verpflichtet hätte.<sup>569</sup> Und wenn auch in den übrigen europäischen Rechtsordnungen in vergleichbaren Regelungsbereichen eine gewisse Tendenz zu Verbandsleistungsklagen besteht,<sup>570</sup> so spielt § 10 UWG durch seine konkrete Ausgestaltung mit der Auszahlung des Gewinns an die Staatskasse doch auch hier eine Sonderrolle.<sup>571</sup>

### **(b) Die Entwürfe im Gesetzgebungsverfahren**

Ohne Begrenzung auf die Fallgruppen nach dem vorausgegangenen Professo-  
renentwurf, aber mit deutlichem Bezug auf die Anwendungsfälle der Bagatell-  
und Streuschäden war im Referentenentwurf (RefE-UWG) eine Gewinnab-  
schöpfung in § 9 Abs. 1 vorgesehen.<sup>572</sup> Danach sollte, „wer dem § 3 vorsätzlich  
oder grob fahrlässig zuwiderhandelt und hierdurch systematisch einer Vielzahl  
von Abnehmern einen Schaden zufügt“, von den berechtigten Verbänden „auf  
Herausgabe des auf Kosten der Abnehmer erzielten Gewinns in Anspruch ge-  
nommen werden“ können. Die Vorschrift enthielt damit zur Konkretisierung des  
abzuschöpfenden Gewinns ein scheinbar dem Bereicherungsrecht entlehntes  
Element, die Gewinnerzielung „auf Kosten“ der Abnehmer.<sup>573</sup> Daneben findet  
sich in § 9 Abs. 4 RefE-UWG erstmals die Regelung, dass der abgeführte Ge-  
winn nach Abzug der zur Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Auf-  
wendungen an den Bundeshaushalt auszukehren sei.

§ 10 Abs. 1 des darauf folgenden Regierungsentwurfs (RegE-UWG)<sup>574</sup> ver-  
schärfte den Verschuldensmaßstab auf vorsätzliches Handeln und ließ dafür die  
Merkmale der „systematischen“ Zuwiderhandlung sowie des „Schadens“ entfal-  
len. So lautete der Gewinnabschöpfungsanspruch in dieser Fassung: „*Wer dem  
§ 3 vorsätzlich zuwiderhandelt und hierdurch auf Kosten einer Vielzahl von Ab-*

<sup>569</sup> *Schaub* GRUR 2005, 918, 922.

<sup>570</sup> *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 88 ff., 92.

<sup>571</sup> So auch *Schaub* GRUR 2005, 918, 922.

<sup>572</sup> Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 23.1.2003 mit Begründung, abgedr. GRUR 2003, 298, 299.

<sup>573</sup> Dazu näher unten Kap. III. F. 2. a).

<sup>574</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 7.5.2003, BT-Drucks. 15/1487.

*nehmern einen Gewinn erzielt, kann von den gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses Gewinns in Anspruch genommen werden.*“ Der Gewinn sollte dann nach § 10 Abs. 4 S. 1 RegE-UWG nach Abzug der zur Geltendmachung erforderlichen Aufwendungen durch die Anspruchsgläubiger an den Bundeshaushalt abgeführt werden müssen.<sup>575</sup>

Der Gewinnabschöpfungsanspruch in seiner bislang letzten Fassung geht schließlich auf die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses<sup>576</sup> zurück. Nach dem heutigen Wortlaut des § 10 Abs. 1 UWG ersetzt nun die Formulierung „zu Lasten“ das vorangegangene „auf Kosten“, und der Anspruch des Aktivlegitimierten richtet sich – zur Vereinfachung des Verfahrens<sup>577</sup> – auf Zahlung direkt an den Bundeshaushalt.

### **b) Dogmatische Abgrenzungen**

Angesichts einer gewissen tatbestandlichen Unschärfe auch des § 10 Abs. 1 UWG – einige Tatbestandselemente wie etwa die Begriffe „Abnehmer“, „Vielzahl“ sowie „zu Lasten“ sind trotz des langwierigen Ringens um die richtige sprachliche Fassung des Anspruchs zumindest interpretationsbedürftig und in ihrer Auslegung bislang umstritten – wären eine Einordnung oder zumindest die Feststellung einer dogmatischen Verwandtschaft zu einem oder mehreren etablierten Zivilrechtsinstituten für die Tatbestandsauslegung hilfreich,<sup>578</sup> eine deutliche Abgrenzung von diesen immerhin auch erhellend. Im Vergleich zu anderen privatrechtlichen Haftungsarten ergeben sich aber bereits auf den ersten Blick ganz grundlegende Differenzen. Im Folgenden soll daher belegt werden, dass § 10 UWG von seiner Rechtsnatur her insbesondere weder dem Bereicherungs-

---

<sup>575</sup> Um Klagen aus dem „letztlich sachfremden Motiv der Einnahmeerzielung“ vorzubeugen, vgl. Begr. RefE UWG, abgedr. GRUR 2003, 298, 310.

<sup>576</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 15/2795, S. 8, 21.

<sup>577</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 15/2795, S. 21.

<sup>578</sup> Vgl. Micklitz/Stadler, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 97 ff.

noch dem Schadensersatzrecht oder dem Prinzip der Geschäftsführerhaftung folgt, sondern als Anspruch *sui generis* einzuordnen ist.<sup>579</sup>

### (1) Bereicherungsrecht

Die quasi in letzter gesetzgeberischer Sekunde abgeänderte ursprüngliche Formulierung des „auf Kosten“ der Abnehmer erzielten abzuschöpfenden Gewinns sollte „klarstellen“, dass der Tatbestand des § 10 Abs. 1 UWG nur dann greife, wenn der lauterkeitswidrigen Gewinnerzielung „unmittelbar ein Vermögensnachteil der Abnehmer“ gegenüberstehe.<sup>580</sup> So haben denn viele Autoren die Gewinnabschöpfung als vor allem oder zumindest auch bereicherungsrechtlich beeinflusst angesehen,<sup>581</sup> zumal zugleich das Tatbestandsmerkmal des „Schadens“ nach § 9 Abs. 1 RefE-UWG<sup>582</sup> auf Seiten der Abnehmer aus dem Wortlaut des Regierungsentwurfs gestrichen worden war. Die letztlich gewählte Formulierung „zu Lasten“, einem insoweit grundsätzlich „unbelasteten“ Tatbestandsmerkmal, sollte nach der Begründung zur Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses wiederum „klarstellen“, dass die „Ermittlung von einzelfallbezogenen Nachteilen“ nicht erforderlich, es vielmehr ausreichend sei, wenn durch den Verstoß bei einer Vielzahl von Abnehmern eine wirtschaftliche Schlechterstellung eingetreten sei.<sup>583</sup> So verneint etwa *Goldmann* eine bereicherungsrechtliche Einordnung aus dem Grunde, dass der abzuschöpfende Gewinn nicht wie bei §§ 812 ff. BGB das „Äquivalent“ des wirtschaftlichen Nachteils

---

<sup>579</sup> Da auch insoweit das Ergebnis bereits vorweggenommen werden kann, wird sich diese Darstellung auf die wichtigsten Gesichtspunkte beschränken. Eine weitere Untersuchung bietet hierzu die Dissertation von *Leicht* aus dem Jahre 2009, die sich vor allem mit der dogmatischen Qualifikation des § 10 Abs. 1, 2 UWG und deren Konsequenzen befasst, s. *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 281 ff.

<sup>580</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>581</sup> Etwa *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 15 f.; *Alexander* WRP 2004, 407, 418; vgl. schon *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 117 ff., die die Möglichkeiten einer Konstruktion des Anspruchs nach Vorbild der Eingriffskondition oder einer Rechtsfolgenverweisung auf das Bereicherungsrecht untersucht hatten; kritisch gegenüber dem „bereicherungsrechtlichen Ansatz“ die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/1487, S. 34; in der Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24 ist im erweiterten Zusammenhang von „aufgedrängter Bereicherung“ die Rede, um die ausnahmsweise Nichtanrechnung von geldwerten Leistungen an den Abnehmer bei der Bestimmung von dessen Nachteil zu erläutern.

<sup>582</sup> Vgl. RefE UWG, abgedr. GRUR 2003, 298, 299.

<sup>583</sup> Begr. Beschlussempfehlung Rechtsausschuss UWG, BT-Drucks. 15/2795, S. 21.

der Abnehmer sei.<sup>584</sup> Welche Form der Beeinträchtigung bei den Abnehmern nach dem heutigen Wortlaut nun in welchem Verhältnis zu einer Vermögensmehrung beim Verletzer erforderlich ist, wird im weiteren Verlauf der Untersuchung dargestellt werden.<sup>585</sup>

Auch wenn spätestens in der Streichung der Formulierung „auf Kosten“ allgemein eine Abkehr des Gesetzgebers von einer bereicherungsrechtlichen Ausrichtung der Gewinnabschöpfung gesehen wird,<sup>586</sup> bleibt nicht von der Hand zu weisen, dass der Tatbestand hier – wie auch das Bereicherungsrecht – an die Rückgängigmachung einer zu Unrecht erlangten Vermögensmehrung anknüpft<sup>587</sup> und etwa auch die Verrechnungsregeln des § 10 Abs. 2 UWG an die Vorschrift zur Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB zumindest erinnern<sup>588</sup>. Welches nun im Bereicherungsrecht die entsprechende parallele Fallgestaltung wäre – die Eingriffs- oder die Leistungskondiktion<sup>589</sup> – kann dabei letztlich dahingestellt bleiben. Denn Aufbau und Systematik des § 10 UWG fügen sich schon unabhängig von der Formulierungsfrage „auf Kosten“ oder „zu Lasten“ und trotz der oben angesprochenen Ähnlichkeiten aus recht offensichtlichen Gründen nicht in die bereicherungsrechtliche Dogmatik ein.

Ein solcher Grund liegt zum einen im Auseinanderfallen von Aktivlegitimation und individueller Vermögenseinbuße bzw. wirtschaftlicher Schlechterstellung und damit einhergehend im Fehlen einer restitutiven Komponente hinsichtlich

---

<sup>584</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 12.

<sup>585</sup> Unten ab Kap. III. F. 2. b).

<sup>586</sup> *V. Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 90; *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 12.

<sup>587</sup> So auch *v. Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 87 f.; ähnlich *Köhler* („Herausgabe von ‚etwas Erlangtem‘“) in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 5.

<sup>588</sup> So *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 562; *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 15 f.; *v. Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 88, der dort allerdings zu Recht darauf hinweist, dass im Bereicherungsrecht durch den Vorrang des Ausgleichs der Vermögensverschiebung der Grund für den Wegfall der Bereicherung grundsätzlich unerheblich ist, während im Falle des nach seiner Auffassung auch pönal geprägten § 10 UWG nur solche Zahlungen abzugsfähig sind, die zur Befriedigung von Ansprüchen aufgrund der Zuwiderhandlung geleistet wurden.

<sup>589</sup> Vgl. dazu ausführlich *Leicht*, der sich mit guten Argumenten für eine „strukturelle Parallelität“ eher mit der Leistungskondiktion ausspricht, wenn sich auch § 10 UWG letztendlich nicht als solche einordnen lasse, vgl. *Leicht*, a.a.O., S. 247, 283 f. m.w.N.

des von der Unlauterkeit betroffenen Grundgeschäfts.<sup>590</sup> Es findet sich keine bereicherungsrechtlich zu lösende Situation, in der der Anspruch auf Auskehr des ohne „Behaltensgrund“ Erlangten<sup>591</sup> oder eines Wertersatzes nicht beim Entreicherten selbst läge,<sup>592</sup> es also nicht um einen konkreten Ausgleich der ungerechtfertigten Bereicherung ginge. Im Falle der Gewinnabschöpfung liegt aber die – wie auch immer konkret geartete – „wirtschaftliche Schlechterstellung“ ausdrücklich bei den Abnehmern, bei denen es sich ausweislich der Gesetzesbegründung grundsätzlich um Marktteilnehmer aller Wirtschaftsstufen im Waren- und Dienstleistungsverkehr handeln kann,<sup>593</sup> und weder bei den von ihrer Interessenausrichtung teilweise ganz verschiedenen Verbänden und Einrichtungen gem. § 10 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG noch beim Bund als Empfänger der Abschöpfungszahlungen. Selbst wenn man die wirtschaftliche Schlechterstellung bzw. das bereicherungsrechtlich „Erlangte“ – wie bei der Verletzergewinnherausgabe im Immaterialgüterrecht z.T. vertreten – über die unbefugte Ausnutzung einer Rechtsposition<sup>594</sup> konstruieren wollte, so ergäbe sich dennoch kein eigener Anspruch der nach § 10 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 2-4 UWG aktivlegitimierten Institutionen oder gar des Bundes.<sup>595</sup>

Zum anderen fällt sofort der Unterschied in den Verschuldensanforderungen<sup>596</sup> zwischen dem Bereicherungsausgleich nach §§ 812 ff. BGB und dem Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG auf; er erklärt sich insbesondere aus den Unterschieden im Verständnis der den jeweiligen Rechtsinstituten zugrundelie-

---

<sup>590</sup> Vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 5; Leicht, Gewinnabschöpfung, S. 282; s. auch Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 11.

<sup>591</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 87 mit Bezug auf ein Zitat Köhlers bei der Anhörung vor dem Rechtsausschuss zum UWG-Gesetzgebungsverfahren am 14.01.2004.

<sup>592</sup> Grundlegend etwa Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 67 I; den bereicherungsrechtlichen Ansatz hinsichtlich § 10 UWG aus diesen Gründen ablehnend Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 5; v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 87; Wimmer-Leonhardt GRUR 2004, 12, 16; Sack WRP 2003, 549, 552.

<sup>593</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24 i.V.m. der Definition des Begriffes „Marktteilnehmer“ in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG, s. dazu Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

<sup>594</sup> Zur Problematik der positiven Zuweisung insoweit Leicht, Gewinnabschöpfung, S. 284 f. m.w.N.

<sup>595</sup> Micklitz/Stadler, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 101 f. und S. 118 f.; v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 87.

<sup>596</sup> Hierauf stellt auch Köhler ab in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 5.

genden Normzwecke. Während das Bereicherungsrecht als in hohem Maße dem Billigkeitsrecht angehörende Ausgleichsordnung unter besonderer Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben im Rechtsverkehr<sup>597</sup> grundsätzlich verschuldensunabhängig eingreift,<sup>598</sup> sieht der Gesetzgeber § 10 Abs. 1 UWG als vor allem von Sanktions- und Präventionszwecken getragenen Anspruch an und hält daher einen Verletzungsvorsatz auf Seiten des Anspruchschuldners für erforderlich.<sup>599</sup>

### (2) *Schadensersatzanspruch*

Auch eine direkte Einordnung als schadensersatzrechtliche Figur scheitert im Prinzip schon auf den ersten Blick an der fehlenden Anspruchs- und Gewinneinziehungsberechtigung des unmittelbar Geschädigten bzw. umgekehrt am fehlenden eigenen Schaden<sup>600</sup> des Anspruchsinhabers, kurz am Auseinanderfallen von Anspruchsberechtigung und Schaden.<sup>601</sup> Mangels einer „atypischen Schadensverlagerung“ im Sinne eines Schadens, der nur ausnahmsweise bei einem anderen als dem Aktivlegitimierten entstanden wäre, lässt sich die Gewinnabschöpfung auch über die Figur der Drittschadensliquidation deliktsrechtlich nicht erfassen.<sup>602</sup>

---

<sup>597</sup> BGHZ 36, 232, 235; Palandt/*Sprau* Einf v § 812 Rn 1; *Looschelders*, SchuldR BT, Rn. 1011 m.w.N.

<sup>598</sup> Nach *Larenz/Canaris* sind Bereicherungsansprüche „in ihrer primären Funktion völlig unabhängig von einer Zurechnung im Verhalten des Schuldners“, *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 67 I 1. b.); v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 89, weist darauf hin, dass zwar in Sonderkonstellationen wie nach §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, 820 Abs. 1 BGB oder nach § 819 Abs. 2 BGB auch im Bereicherungsrecht Verschulden eine Rolle spielt, dies aber dann erst auf der Rechtsfolgenebene der §§ 818 ff. relevant ist, indem dem Bereicherungsschuldner aufgrund besonderer Umstände die bereicherungsrechtstypischen Privilegien aus § 818 Abs. 3 BGB entzogen werden, vgl. dazu BGHZ 83, 293, 299.

<sup>599</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; die Frage, ob dem letzten Endes zuzustimmen ist, wird weiter unten erörtert, s. Kap. V. A. 2.

<sup>600</sup> Im Zuge der Diskussion um die Einordnung der neuen Gewinnabschöpfungsklage wurde auch das Modell etwa der griechischen Verbraucherverbandsklage diskutiert. Dort wird über den Weg eines „überindividuellen Interesses“ ein eigener, immaterieller, doch mit Geld zu kompensierender Schaden des Verbandes fingiert, vgl. (für das deutsche Rechtssystem ablehnend) *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 99 sowie *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16.

<sup>601</sup> Ebenso i.E. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 94 f.; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 11; *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 281.

<sup>602</sup> Näher v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 95 m.w.N.; dazu auch *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16.

Auch wenn Ausgangspunkt der gesamten rechtspolitischen Diskussion um die Verbandsklage ein kollektiver Schadensersatzanspruch (insbesondere nach dem Abtretungsmodell)<sup>603</sup> war, so finden sich in der jetzigen Terminologie des Anspruchs kaum noch an das Schadensrecht erinnernde Merkmale. *Köhler* weist aber zu Recht darauf hin, dass das Erfordernis der vorsätzlichen Zuwiderhandlung aus § 10 Abs. 1 UWG dem Tatbestand einer unerlaubten Handlung entspreche. Auch das Deliktsrecht setzt ein Verschulden des Anspruchsgegners voraus, das allerdings nur im Sonderfall des § 826 BGB in einem Vorsatz des Täters bestehen muss<sup>604</sup> und üblicherweise bereits bei (leicht) fahrlässigem Handeln des Verletzers vorliegt.

Der Gewinnabschöpfungsanspruch soll zwar gerade keinen individuellen Schaden ausgleichen, aber immerhin durch die Abschöpfung zu Unrecht erlangter Gewinne den ansonsten zu befürchtenden Ausfall jeglicher Kompensation ersetzen.<sup>605</sup> Neben dieser Zweckrichtung auf Kompensations“ersatz“ rückt auch der Präventions- bzw. Sanktionsaspekt die Gewinnabschöpfung zumindest in die Nähe des Schadensrechts:<sup>606</sup> Zwar liegt dem Deliktsrecht grundsätzlich der Ausgleichsgedanke zugrunde,<sup>607</sup> es finden sich aber als „Nebenprodukte“<sup>608</sup> auch Präventions-<sup>609</sup> und Genugtuungsfunktionen,<sup>610</sup> die in jüngerer Zeit immer stär-

---

<sup>603</sup> *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 19 ff.

<sup>604</sup> Die sittenwidrige vorsätzliche Schädigung ist deshalb an die im Vergleich zum übrigen Deliktsrecht strengeren Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit und des Vorsatzes geknüpft, da es sich hierbei um einen Auffangtatbestand für Schadenszufügungen, die nicht auf die Verletzung eines der nach §§ 823 ff. BGB geschützten Rechtsgüter beruhen, handelt, vgl. *Palandt/Sprau* § 826 Rn. 1; *Looschelders*, SchuldR BT, Rn. 1288.

<sup>605</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23.

<sup>606</sup> So insbesondere mit Bezug auf die Herausgabe des Verletzergewinns im gewerblichen Rechtsschutz noch *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, 1. Aufl., § 10 Rn. 10, der allerdings in der Folgeauflage nur noch auf die Ausgleichsfunktion der Verletzergewinnherausgabe abstellt, vgl. *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 11, dort jedoch auch Rn. 99.

<sup>607</sup> Etwa *Palandt/Grüneberg* Vorb v § 249, Rn 2.

<sup>608</sup> Etwa *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 98.

<sup>609</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil* für den gewerblichen Rechtsschutz; vgl. auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 346 ff.; *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 98; v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 125 ff.; für die Verletzung von Persönlichkeitsrechten BGH GRUR 1995, 224, 229 f. – *Erfindenes Exklusiv-Interview*; zur stärkeren Betonung der Kompensation und Prävention im Rahmen des Anspruchs auf Schmerzensgeld nach der Neuregelung des § 253 Abs. 2 BGB *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 86 f; *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 560; *Wagner* NJW 2002, 2049, 2054; *ders.* ZEuP 2000, 200, 207; v. *Braunmühl* a.a.O. Rn. 122; enger aber *Palandt/Grüneberg* Vorb v § 249 Rn. 2, § 253 Rn. 10; zur Betonung der abschreckenden Wirkung des § 611a Abs. 2 BGB durch den EuGH *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 86 f.

ker betont werden. Allerdings liegt bei der Gewinnabschöpfung im Vergleich zum allgemeinen Deliktsrecht eine (noch) stärkere Betonung der präventiven und sanktionierenden Elemente<sup>611</sup> vor. Im Vergleich zu den dem Billigkeitsrecht zugehörigen Bereicherungsansprüchen<sup>612</sup> ähneln sich die Gewinnabschöpfung und die herkömmlichen deliktischen Rechtsfolgen jedoch zumindest insoweit in ihrer Zielrichtung.

Dieser Verwandtschaft der Normzwecke stehen aber unterschiedliche systematische Konzepte gegenüber. Insbesondere ist im Schadensrecht – abgesehen von der Berechnungsmethode nach dem Verletzererwerb im Immaterialgüterrecht – grundsätzlich unbeachtlich, ob der Verletzer überhaupt geldwerte Vorteile aus der Tat hatte und wenn ja, ob solche noch in seinem Vermögen vorhanden sind. Die Gewinnabschöpfung aber stellt nur auf den zu Unrecht im Vermögen des Täters noch vorhandenen Gewinn ab und hat damit – insoweit wieder ähnlich dem Bereicherungsrecht – primär das „Zuviel“ auf der Seite des Anspruchsgegners im Blick.<sup>613</sup> In diesem Zusammenhang ist es auch konsequent, dass nach § 10 Abs. 2 S. 1 UWG von dem herauszugebenden Gewinn die Leistungen in Abzug zu bringen sind, die der Schuldner auf Grund der Zuwiderhandlung an Dritte, etwa im Wege individueller Schadensersatz- oder Bereicherungsklagen, oder an den Staat – etwa durch Bußgeld- oder Strafzahlungen – erbracht hat.<sup>614</sup> Deliktische und straf- bzw. ordnungsrechtliche Ansprüche dagegen bestehen grundsätzlich unabhängig voneinander und nebeneinander.

---

winnabschöpfung, S. 87; EuGH NJW 1984, 2021, 2022; *Rosengarten* NJW 1996, 1935, 1936 f.; *M. Körner* NJW 2000, 241, 244; v. *Braunmühl* a.a.O. Rn. 123.

<sup>610</sup> Bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, vgl. Palandt/*Grüneberg* Vorb v § 249, Rn 2; BGHZ 18, 149, 154; nach *Deutsch* komme allerdings in der Genugtuungsfunktion „der eigentliche nachtatliche Präventionszweck der Haftung“ zum Durchbruch, vgl. *Deutsch* ZRP 1998, 291, 292 m.w.N.; zur Genugtuungsfunktion im Rahmen des Schmerzensgeldes bzw. der Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen vgl. auch noch unten Kap. III. A. 2.

<sup>611</sup> Vgl. unten Kap. III. A. 4.c).

<sup>612</sup> Vgl. soeben Kap. II. C. 1 b) (1).

<sup>613</sup> So auch v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 87; daher für eine auf der Rechtsfolgenseite bereicherungsrechtlich konstruierte Verbandsklage *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 117.

<sup>614</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 88.



**(3) *Fremdgeschäftsführung***

Dem Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 Abs. 1 UWG liegt auch nicht die für die Schadensrechnungsart der Verletzergewinnherausgabe so bedeutsame Rechtsfigur der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 687 Abs. 2 BGB zugrunde. Zwar bestehen deutliche Parallelen: Neben der Rechtsfolge der echten Gewinnabschöpfung lässt sich etwa beider lückenschließende Funktion zur Ergänzung des Deliktsrechts nennen.<sup>615</sup> Wie oben dargelegt wird zu diesem Zweck bei der Verletzergewinnhaftung im Immaterialgüterrecht, vereinfacht gesagt, fingiert, dass der Verletzer die wirtschaftliche Verwertung des Nutzungsrechtes anstelle des eigentlichen Rechtsinhabers vornimmt. Grundsätzlich lässt sich diese Konstellation rechtlich auch als eine Haftung des angemäßen Eigengeschäftsführers verstehen, wenn auch im Falle der objektiven Schadensberechnung mit herabgesetztem Verschuldenserfordernis.<sup>616</sup> In Bezug auf die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG scheidet eine solche Einordnung zum einen am Fehlen eines entsprechenden Zuweisungsgehalts des zugrundeliegenden Schutzrechts: Da sich aus dem Lauterkeitsrecht nur relative Rechtspositionen ableiten lassen, führt der Verletzer einer lauterkeitsrechtlichen Norm in aller Regel kein fremdes Geschäft im Sinne der Wahrnehmung fremder Interessen durch Eingreifen in einen fremde Sphäre.<sup>617</sup> Damit hängt zum anderen die Tatsache zusammen, dass die von der Rechtsverletzung unmittelbar Benachteiligten – nach § 10 Abs. 1 UWG die „Abnehmer“ – in aller Regel eigenhändig rechtsgeschäftlich tätig werden, wenn auch unter dem Vorzeichen der durch den Wettbewerbsverstoß begründeten Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfreiheit.<sup>618</sup> Die lauter-

---

<sup>615</sup> *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 285.

<sup>616</sup> Dazu bereits oben Kap. II. B. 1. a) (3).

<sup>617</sup> So auch *Goldmann*: „...und schon gar nicht eines gerade des geschädigten Abnehmers“, *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, 1. Aufl., § 10 Rn. 10 (in der Folgeauflage gestrichen); ähnlich *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 285; zum Regelungsgehalt der Geschäftsführung ohne Auftrag insoweit *Palandt/Sprau Einf v § 677 Rn. 3 ff.*

<sup>618</sup> Vgl. dazu *Alexander* WRP 2004, 407, 418.

keitsrechtliche Gewinnabschöpfung fügt sich also insoweit auch nicht in das System des Geschäftsbesorgungsrechts ein.<sup>619</sup>

Aus einem anderen Blickwinkel betrachtet bleibt das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag gleichwohl interessant. Durch die Geltendmachung eines Gewinnabschöpfungsanspruches zur Zahlung an einen Dritten, hier den Bundeshaushalt, könnten die aktivlegitimierten Verbände ein eigenes Geschäft des Bundes besorgen.<sup>620</sup> Mangels einer tatbestandlichen Verpflichtung des Aktivlegitimierten zum Tätigwerden im Einzelfall kommt eine Einordnung unter die echte unentgeltliche Geschäftsbesorgung nach § 662 BGB nicht in Betracht.<sup>621</sup> Es ist aber hier an die Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 677 BGB zu denken. Ließe sich die Gewinnabschöpfung als ein Sonderfall dieser Vorschrift qualifizieren, hätte dies vor allem Auswirkungen auf die Auslegung des dem Geschäftsführer zustehenden Aufwendungsersatzanspruches. Wäre über § 677 BGB die Vorschrift des § 683 BGB (zumindest analog) anwendbar, dann könnten nämlich die aktivlegitimierten Verbände und Einrichtungen, solange sie im Einklang mit dem (mutmaßlichen) Interesse des Geschäftsherrn, hier des Bundes, handelten, wie der Beauftragte nach §§ 662, 670 BGB (analog) Ersatz ihrer Aufwendungen verlangen. Dies hätte für die Anspruchsteller den Vorteil, dass ihnen auch im Unterliegensfalle ein Ersatzanspruch zustünde.<sup>622</sup>

Hiergegen sprechen aber letztlich gewichtige Gründe: Zunächst greift der Tatbestand der echten Geschäftsführung ohne Auftrag nur ein, wenn der Geschäfts-

---

<sup>619</sup> Ebenso i.E. *Leicht*, der allerdings vor allem darauf abstellt, dass sich die Rechtsfolge Gewinnabschöpfung nicht mit dem Willensprinzip als kategorieprägendem Merkmal des Geschäftsbesorgungsrechts in Einklang bringen lasse, vgl. *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 285.

<sup>620</sup> Dafür sprechen etwa auch die in § 10 Abs. 4 S. 1 UWG festgelegten Auskunftspflichten und der Anspruch auf Aufwendungserstattung aus § 10 Abs. 4 S. 2 UWG, vgl. *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16.

<sup>621</sup> So auch v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 97, der zwar in Frage stellt, ob es sich bei der Gewinnabschöpfung tatsächlich um ein ursprünglich der Sorge des Staates obliegendes Geschäft handele, v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, a.a.O. (mit Bezug auf BGHZ 56, 204, 207 sowie Palandt/*Sprau* § 662 Rn 7), der aber angesichts der Einziehung „auf fremde Rechnung“ im Ergebnis ebenfalls das Vorliegen eines zumindest auch fremden Geschäftes annimmt.

<sup>622</sup> V. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 98 m.w.N.

fürer ein Geschäft für einen anderen besorgt hat, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt gewesen zu sein, § 677 BGB. Diese „sonstige Berechtigung“ ist dabei weiter zu verstehen als die Beauftragung nach § 662 BGB und kann sich aus unterschiedlichsten Rechtspositionen und Rechtsbeziehungen ergeben.<sup>623</sup> Inwieweit nun das Einziehen der Unrechtsgewinne durch die Aktivlegitimierten aufgrund der gesetzlichen Regelung gegenüber dem Bund als „berechtigt“ im Sinn des § 677 BGB anzusehen ist, kann dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn man eine solche Berechtigung verneinte, so hätte der Gesetzgeber eine großzügigere Auslegung des Erstattungsanspruches aus § 10 Abs. 4 S. 2 UWG vorerst ausgeschlossen. Denn wie sich aus § 10 Abs. 4 S. 3 UWG als *lex specialis* ergibt, ist der Aufwendererstattungsanspruch auf die Höhe des an den Bundeshaushalt abgeführten Gewinns beschränkt und damit im Falle der erfolglosen Geltendmachung des Gewinnabschöpfungsanspruches von vorneherein ausgeschlossen.<sup>624</sup> Dies entspricht auch herrschender Lehre und Rechtsprechung, die schon die Annahme einer Fremdgeschäftsführung und damit die Anwendung der Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag ausschließen, soweit das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn bereits ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, insbesondere dann, wenn durch sie eine in anderen Regelungen vorgesehene oder dem Gefüge der Vertragsrechtsordnung zugrundeliegende Risikoverteilung unterlaufen würde.<sup>625</sup> Die Regelungen des § 10 UWG sind daher nach dem jetzigen Wortlaut als insoweit abschließend anzusehen.<sup>626</sup>

---

<sup>623</sup> Dazu Palandt/*Sprau* § 677 Rn. 11.

<sup>624</sup> So ausdrücklich die Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 15/2795, S. 8, 21 f.; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 98; ähnlich *Goldmann*, der auf die immer noch unzureichende Risikobeteiligung des Bundes als Anspruchsbegünstigten hinweist, da der Bund nach der jetzigen Regelung zwar am Delkreder-Risiko des Beklagten, nicht aber am eigentlichen Prozessrisiko beteiligt sei, *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 127.

<sup>625</sup> Dazu BGH NJW 2000, 72, 73; Palandt/*Sprau* § 677 Rn. 7a m.w.N.

<sup>626</sup> In diesem Zusammenhang weist v. *Braunmühl* darauf hin, dass umgekehrt auch die in § 10 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 UWG geregelten Abführungs- und Auskunftspflichten gegenüber dem Bund als abschließend zu betrachten seien, damit dem Verband darüber hinaus nicht aus der Geschäftsführung ohne Auftrag resultierende, weitergehende Nebenpflichten entsprechend §§ 677, 681 Satz 2 i.V.m. § 666 BGB aufgebürdet werden könnten, v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 98.

### (4) *Sonstiges*

Zur dogmatischen Abgrenzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs lassen sich darüber hinaus noch weitere Rechtsfiguren heranziehen. So scheitert etwa eine Einordnung als Prozessstandschaft<sup>627</sup> daran, dass es sich bei § 10 Abs. 1 UWG eindeutig um einen eigenen materiellrechtlichen Anspruch der aktivlegitimierten Verbände und Einrichtungen und nicht der betroffenen Abnehmer handelt.<sup>628</sup> *Goldmann* grenzt den Gewinnabschöpfungsanspruch gegen den erweiterten Verfall aus § 73d StGB mit dem Argument ab, bei § 73d StGB handele es sich um eine Vorschrift, die lediglich „präventiv-ordnende“ Ziele verfolge, und nicht, wie er es für § 10 UWG annimmt, einen „pönalen Charakter“ besitze.<sup>629</sup> Darüber hinaus handelt es sich bei dem Verfall um eine vom Gericht angeordnete „Maßnahme eigener Art“<sup>630</sup> im Strafverfahren und damit zum einen um keinen materiellrechtlichen Tatbestand und zum zweiten nicht um den Anspruch eines privaten Rechtsträgers, vgl. § 73 Abs. 1 S. 1 StGB. Eine Einordnung des § 10 UWG als Verfallsvorschrift käme daher ohnehin nicht in Betracht. Mangels der Übertragung von Hoheitsaufgaben scheitert schließlich auch eine Einordnung der Gewinnabschöpfung als Beleihungstatbestand.<sup>631</sup>

### (5) *Anspruch sui generis*

Der Gewinnabschöpfungsanspruch gem. § 10 Abs. 1 UWG wird nach all dem einhellig als Anspruch *sui generis* betrachtet.<sup>632</sup> *Von Braunmühl* beschreibt ihn zusammenfassend als einen „auf Leistung gerichteten materiellen Verbandsanspruch, dessen Terminologie ohne Bezug gerade zum Schadensersatzrecht

---

<sup>627</sup> Zu den Argumenten vor Schaffung des § 10 UWG vgl. *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S.106.

<sup>628</sup> Vgl. nur *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16 m.w.N.; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 96.

<sup>629</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 13 m.w.N.

<sup>630</sup> Vgl. nur BGH NJW 2002, 3339 ff.

<sup>631</sup> *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 96, wobei für ihn angesichts der gemeinschaftsrechtlichen Bestrebungen zur Zusammenarbeit im Verbraucherschutz diese Möglichkeit ein „nach wie vor interessanter Ansatzpunkt“ bleibt.

<sup>632</sup> Vgl. nur *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 5; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 100; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 11; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 18 f; *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 285; *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16; *Schaub* GRUR 2005, 918, 921.

bleibt, dafür eine – wenn auch nicht konsequente und in der endgültigen Fassung deutlich abgeschwächte – Ausrichtung hin zum Bereicherungsrecht ahnen lässt und daneben auf Elemente der Fremdgeschäftsführung zurückgreift“.<sup>633</sup> Köhler hingegen fasst zusammen, § 10 entspreche „im Tatbestand zwar einem Schadensersatzanspruch“, weil er eine vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen §§ 3 oder 7 UWG erfordere, sei auf der Rechtsfolgenseite dagegen bereicherungsrechtlich geprägt, da er ähnlich § 812 Abs. 1 S. 1 BGB auf die Herausgabe eines „Erlangten“ abziele. Er hält § 10 Abs. 1 UWG für „am ehesten“ mit § 852 S. 1 BGB vergleichbar.<sup>634</sup> Leicht schließlich bezeichnet die Gewinnabschöpfung auf der Tatbestandsebene als „kategoriegemischte“ Norm, der eine „dogmatisch hybride Konstruktion“ zugrunde liege.<sup>635</sup> Folglich handele es sich insoweit um einen quasi typenkombinierten<sup>636</sup> Anspruch, der auf der Rechtsfolgensebene und der Wertungsebene aber von der selben Konstruktion einer geschäftsbesorgungsrechtlichen Herausgabe (von Leicht als „Gestionshypothese“ bezeichnet) dominiert werde, wie sie von der dritten Schadensberechnungsmethode angewandt werde.<sup>637</sup>

## (6) *Stellungnahme und Folgerungen*

Auch wenn die Konzeption des § 10 UWG wie so oft im Falle neuer Rechtsgedanken<sup>638</sup> in Anlehnung an vorbekannte Institute erfolgt sein mag: Der lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch wird über einen vollkommen neuen,

---

<sup>633</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 100; ähnlich Wimmer-Leonhardt, da nicht die Kompensation eines Schadens, sondern die Abschöpfung eines wettbewerbswidrig erworbenen Vermögenszuwachses zu Abschreckungszwecken im Vordergrund stehe, Wimmer-Leonhardt GRUR 2004, 12, 16; a.A. Leicht, der eine Ähnlichkeit mit dem Bereicherungsrecht i.E. ablehnt, Leicht, Gewinnabschöpfung, S. 288.

<sup>634</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 5.

<sup>635</sup> Leicht, Gewinnabschöpfung, S. 289.

<sup>636</sup> Die Frage der Anwendbarkeit der Absorptionsmethode oder der Kombinationsmethode aus der Auslegung typengemischter Verträge auf den Fall eines Anspruchs *sui generis* führt Leicht in seiner Arbeit zu § 10 UWG ein, vgl. Leicht, Gewinnabschöpfung, S. 45.

<sup>637</sup> Leicht, Gewinnabschöpfung, S. 289 ff.

<sup>638</sup> So schon Schmidt-Salzer zur dogmatischen Verortung der dreifachen Schadensberechnung, Schmidt-Salzer JR 1969, 81, 89.

letztlich originären Verbandsanspruch *sui generis* gewährt. Für ein anderes Ergebnis ist angesichts des oben Dargestellten kein Raum.

Insofern hilft auch der durch *Köhler* aufgestellte Vergleich mit § 852 S. 1 BGB nicht wesentlich weiter. Nach dieser Vorschrift kann ein Ersatzpflichtiger, der durch eine unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt hat, auch nach Eintritt der Verjährung des gegen ihn gerichteten Schadensersatzanspruchs auf die Herausgabe des Erlangten nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung in Anspruch genommen werden. Dieser Anspruch unterliegt dann der längeren Verjährung nach § 852 S. 2 BGB. Tatsächlich vermischen sich in dieser Norm deliktsrechtliche Elemente auf der Tatbestandsseite mit bereicherungsrechtlichen Bezugnahmen auf der Rechtsfolgenseite, und es ist *Köhler* insoweit zuzustimmen, dass sich auch § 10 Abs. 1 UWG in dieser Weise lesen ließe. Allerdings handelt es sich bei der Regelung des § 852 S. 1 BGB lediglich um eine Rechtsfolgenverweisung, so dass der ursprüngliche Anspruch trotz Anwendung bereicherungsrechtlicher Normen ein deliktischer bleibt, der nur der Höhe nach auf die Summe der Bereicherung begrenzt ist.<sup>639</sup> Bei § 10 UWG dagegen handelt es sich zum einen um eine eigenständige Anspruchsgrundlage, zum anderen vermischen und modifizieren sich in ihm die Elemente unterschiedlicher Provenienz deutlich stärker als in § 852 BGB, indem etwa das Merkmal „zu Lasten“ – das auch nach seiner Umänderung vom früheren Wortlaut „auf Kosten“ zumindest einen bereicherungsrechtlichen Anklang besitzt – bereits zu den Anspruchsvoraussetzungen zählt<sup>640</sup> oder indem mangels einer Anspruchsberechtigung des einzelnen Geschädigten eine Kompensation im Sinne des Schadensrechts überhaupt nicht stattfindet, nicht stattfinden kann.

Ob man nun aber wie *Köhler* das Erfordernis eines vorsätzlichen Rechtsverstoßes als Indiz dafür sieht, dass die Gewinnabschöpfung tatbestandlich eher im

---

<sup>639</sup> Palandt/*Sprau* § 852 Rn. 2.

<sup>640</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 179.

Deliktsrecht zu verorten ist, in der Rechtsfolge dann aber einem bereicherungsrechtlichen Institut entspricht, ob man wie *von Braunmühl* von einer grundsätzlich bereicherungsrechtlich orientierten Konstruktion mit Abwandlungen und zusätzlichen Elementen aus Schadensrecht und Geschäftsführung ohne Auftrag ausgeht oder ob man mit *Leicht* auf Tatbestandsebene einen typenkombinierten Anspruch und auf der Rechtsfolgen- und der Wertungsebene dominierendes Geschäftbesorgungsrecht annimmt, ist eine Interpretations- und Wertungsfrage, die nicht unmittelbar zu Ergebnissen für die Auslegung des § 10 UWG führt. Es bleibt vielmehr in erster Linie festzuhalten: Der Tatbestand des Gewinnabschöpfungsanspruchs lässt sich im Ergebnis mit keiner der herkömmlichen systematischen Kategorien des deutschen Zivilrechts komplett erfassen<sup>641</sup> und orientiert sich auch nicht – insoweit wohl anders als noch die Verletzergewinnherausgabe im Immaterialgüterrecht<sup>642</sup> – an einem systematisch dominanten, insbesondere schadensersatzrechtlichen oder bereicherungsrechtlichen Element, das Abweichungen dogmatisch absorbieren<sup>643</sup> würde. Da der Gewinnabschöpfungsanspruch auch mehr ist als ein „Hybrid“<sup>644</sup> als Summe einzelner aus anderen Rechtsinstituten entlehnter Bestandteile, können bei seiner Auslegung bereicherungsrechtliche, deliktsrechtliche oder Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag zumindest nicht ohne Weiteres in Kombination herangezogen werden,<sup>645</sup> vielmehr ist der Gewinnabschöpfungsanspruch zunächst „nach den ihm eigenen Zwecken und im Sinne der Wahrung seiner Praktikabilität“<sup>646</sup>, d.h. aus sich heraus und „autonom“, auszulegen.

---

<sup>641</sup> Vgl. *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 5; im Ergebnis ebenso *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 11 ff.

<sup>642</sup> Vgl. oben Kap. II. B. 1. b) (5).

<sup>643</sup> Zur entsprechenden These von *Leicht* vgl. bereits oben Fn. 636 bzw. *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 45.

<sup>644</sup> Vgl. *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 289.

<sup>645</sup> Insofern nicht ganz widerspruchsfrei *Leicht*, der zum Ergebnis kommt, dass zumindest auf der Tatbestandsebene die Kombinationsmethode (s. auch oben Fn. 636) bei der Auslegung zum Tragen kommen könne, s. *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 289. Dies würde aber streng genommen voraussetzen, dass sich der Anspruch in mehrere einzelnen Rechtskategorien zuordenbare Elemente aufteilen ließe, was letztlich nicht der Fall ist; entsprechend lässt sich denn auch nach Ansicht von *Leicht* der Tatbestand höchstens in Einzelpunkten durch einfachen Rückgriff auf bereits bestehende Definitionen und Rechtsbegriffe erfassen, vgl. *Leicht*, a.a.O., S. 289, 291 ff.

<sup>646</sup> So v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 100.

Von Bedeutung könnten die Grundsätze und Erkenntnisse aus den bekannten zivilrechtlichen Materien jedoch dort sein, wo einzelne Elemente ihnen üblicherweise oder zwingend zugeordnet werden und eine Auslegung im Sinne des inneren Zusammenhangs der Normen geboten und hilfreich ist.<sup>647</sup> So wird sich die Beurteilung des Verschuldensmaßstabs immer auch an den Wertungen des Deliktsrechts orientieren, und wer das Merkmal „zu Lasten“ auslegen möchte, muss sich im Zweifel mit dessen bereicherungsrechtlicher Implikation – oder auch Nicht-Implikation angesichts des Wegfalls des vorherigen Merkmals „auf Kosten“ – auseinandersetzen. Auf der Rechtsfolgenseite wiederum liegt der Bezug zur Gewinnermittlung im Rahmen der dritten Schadensberechnungsmethode nahe. Entsprechende Her- und Ableitungen müssen angesichts der autonomen Qualität der Gesamtregelung des Gewinnabschöpfungsanspruchs jedoch stets mit Vorsicht vorgenommen werden.<sup>648</sup> Um daher zu überprüfen, wie tauglich die Anwendung von Auslegungsansätzen zu einzelnen Tatbestandselementen anderer Anspruchstypen zum Verständnis, zur Auslegung sowie letztlich zur Bewertung des § 10 UWG tatsächlich sein kann, werden im späteren Verlauf der Untersuchung die bereits ausgewählten Ansprüche einander bezüglich einiger wesensbestimmender Merkmale gegenübergestellt. Dabei werden strukturellen Ähnlichkeiten und Unterschiede der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung insbesondere im Vergleich zur dritten Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht herausgearbeitet.

### **2. Die kartellrechtliche Vorteilsabschöpfung durch Wirtschaftsverbände**

In Fällen vorsätzlicher kartellrechtlicher Verstöße besteht auch in § 34a GWB ein gegenüber Schadensersatzansprüchen und behördlicher Vorteilsabschöpfung

---

<sup>647</sup> Vgl. auch *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 291 ff., der mit Verweis auf *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 100 allerdings zwar einerseits die Kompetenz des Gesetzgebers betont, auch kategoriefremde Normen zu schaffen, vgl. *Leicht*, a.a.O., S. 285 f., andererseits aber die Anwendbarkeit der Kombinationsmethode zur Auslegung typengemischter Verträge auf § 10 UWG annimmt (s. bereits oben Fn. 636 sowie Fn. 645), wenn er daraus auch ebenfalls nur „vorsichtig“ weitere Konsequenzen ziehen möchte, *Leicht*, a.a.O., S. 289.

<sup>648</sup> Ähnlich *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 291.



subsidiärer<sup>649</sup> zivilrechtlicher Vorteilsabschöpfungsanspruch von Wirtschaftsverbänden<sup>650</sup> nach dem Vorbild des § 10 UWG. Wie letzterer richtet sich auch § 34a GWB grundsätzlich auf die Rechtsverfolgung in Fällen von Bagatell- und Streuschäden mit Breitenwirkung auf eine Vielzahl von Betroffenen, wenn zugleich mit individuellen Schadensersatzklagen nicht zu rechnen ist.<sup>651</sup> Voraussetzung ist neben einem vorsätzlichen Kartellverstoß i.S.d. § 34 Abs. 1 GWB<sup>652</sup> auch hier die Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder, insoweit abweichend vom Wortlaut des § 10 UWG, von Anbietern.<sup>653</sup>

### a) Hintergrund und Entstehungsgeschichte

Anders als im Lauterkeitsrecht haben auf die unberechtigten Einnahmen des Delinquenten gerichtete Rechtsfolgen im Kartellrecht eine gewisse Tradition. Soweit mit der großen Reform des GWB von 2005 sowohl die Mehrerlösabschöpfung aus § 34 GWB a.F. als auch der mehrerlösabhängige Sonderbußgeldrahmen nach § 81 Abs. 2 Satz 1 GWB a.F. abgeschafft wurden, bedeutete dies keine Abkehr des Gesetzgebers von diesem System; vielmehr erlebt es geradezu eine Renaissance, war doch die Ausweitung nicht nur der verwaltungs-, sondern auch der zivilrechtlichen Sanktionen für den Gesetzgeber nach Abschaffung des bisherigen Systems der Administrativfreistellung und seiner Ersetzung durch ein System der Legalausnahme von hohem Stellenwert – angesichts der nun tendenziell verminderten behördlichen Kontrolldichte gegenüber wettbewerbsbe-

<sup>649</sup> Vgl. § 34a Abs. 1 a.E., Abs. 2 GWB; dazu auch unten Kap. III. E. 8. f).

<sup>650</sup> Insoweit inzwischen anders als in § 10 UWG und noch im RegE GWB, vgl. BT-Drucks. 15/3640, S. 11, 55; zur Kritik s. sogleich unten.

<sup>651</sup> Vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 36, 55 f.

<sup>652</sup> Hier besteht im Vergleich zu § 10 UWG die Besonderheit, dass nach § 34a Abs. 5 i.V.m. § 33 Abs. 4 GWB die Feststellung eines Verstoßes in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde, der Kommission oder einer Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedsstaates für die Geltendmachung der Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB Tatbestandswirkung entfaltet, *Bornkamm* in Langen/Bunte, § 34a Rn. 6.

<sup>653</sup> Vgl. aber auch insoweit noch den RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 11, in dem ebenfalls nur die „Abnehmer“ genannt sind; die Änderung sollte letztendlich einer „Klarstellung“ dienen, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drucks. 15/5049, S. 49; zum Ganzen noch unten Kap. III. F. 3. a).

schränkendem Verhalten.<sup>654</sup> Die Schaffung des § 34a GWB ist wie die Neuregelungen im Rahmen des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs<sup>655</sup> Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, angesichts dieser Situation ein effektives privatrechtliches Instrumentarium zur Durchsetzung des Kartellrechts zu schaffen.<sup>656</sup> Es soll insbesondere eine potentielle Rechtsdurchsetzungslücke<sup>657</sup> geschlossen werden, die sich dadurch ergeben könne, dass die Kartellbehörde im Einzelfall im Rahmen ihres Aufgreif- und Verfolgungsermessens nicht tätig werde.<sup>658</sup>

Da die Vorschrift des § 34a GWB dem damals gerade eingeführten § 10 UWG unmittelbar nachempfunden wurde, kann sie weder eine vergleichbare Entwicklungsgeschichte noch eine entsprechend intensive eigene rechtspolitische und – dogmatische Diskussion im Vorfeld vorweisen.<sup>659</sup> Es wurde vielmehr offensichtlich das für das Lauterkeitsrecht frisch entwickelte Instrument aus rechtspolitischen Gründen – bzw. zur Schließung auch der letzten denkbaren Rechtsdurchsetzungslücke<sup>660</sup> – in das Kartellrecht übernommen. Bezüglich der Vorgeschichte und dogmatischen Einordnung des Anspruchs kann daher an dieser Stelle in weiten Teilen auf die lauterkeitsrechtliche Literatur und das oben hierzu Dargestellte verwiesen werden.

---

<sup>654</sup> Vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35; zu Einzelheiten der Stärkung insbesondere von Schadensersatzinstrumenten s. bereits oben Kap. II. A. 5. sowie Kap. II. B. 2. a) m.w.N.

<sup>655</sup> Vgl. oben Kap. II. B. 2. a) zu § 33 Abs. 3 S. 3 GWB.

<sup>656</sup> Vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35 unter lit. aa).

<sup>657</sup> *Emmerich* spricht hingegen von einer „Sanktionslücke“, vgl. *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34a Rn. 3.

<sup>658</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 36. Auch nach *Glöckner* wäre es für das Funktionieren des Wettbewerbs „kurzsichtig“, die Einhaltung des Kartellrechts allein der Kontrolle durch die Behörden zu überlassen, da deren Kapazitäten begrenzt seien und umgekehrt private Wettbewerbsteilnehmer oft einen besseren Einblick in die Einzelheiten des Verstoßes und ein „vitales Eigeninteresse“ an der Rechtsdurchsetzung hätten, vgl. *Glöckner* WRP 2007, 490, 494.

<sup>659</sup> Obgleich sich dennoch einige kritische Besprechungen im Zusammenhang der Stärkung der privatrechtlichen Durchsetzungsinstrumentarien des Kartellrechts insgesamt finden, vgl. etwa *Hempel*, der § 34a GWB als „das deutsche Gegenstück zur US-amerikanischen *class action*“ beschrieben hat, *Hempel* WuW 2004, 362, 372; vgl. auch *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1391; krit. etwa auch *Emmerich*, der § 34a GWB als „eigenartige Regelung“ bezeichnet, *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34a Rn. 3. Ein den Reaktionen auf § 10 UWG entsprechender „Aufschrei“ ist im Kartellrecht gleichwohl ausgeblieben, vgl. *Stadler* in Augenhöfer, Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, S. 117, 118.

<sup>660</sup> Auch *Bornkamm* wertet die Einführung des Anspruchs als Zeichen dafür, dass der Gesetzgeber mit der 7. GWB-Novelle nichts „unversucht lassen wollte“, um dem Kartelltäter die Kartellrendite zu entziehen, *Bornkamm* in Langen/Bunte, Bd. 1, § 34a Rn. 1.

Daneben allerdings ist die privatrechtliche Vorteilsabschöpfungs Vorschrift des Kartellrechts insbesondere hinsichtlich ihrer konkreten Auslegung – etwa des Begriff des „Vorteils“ – auch von den Regelungen zur Mehrerlösabschöpfung und der neuen behördlichen Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB n.F. beeinflusst.<sup>661</sup>

## b) Praktikabilitätsbedenken

Die knappe Behandlung des § 34a GWB im Rahmen der weiteren Untersuchung hat neben dem zeitlichen Nachrang des § 34a GWB gegenüber dem lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch einen weiteren Grund: Mehr noch als bei der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG wird in der Literatur der praktische Nutzen der Regelung des § 34a GWB bezweifelt.<sup>662</sup> Auch wenn beide Vorschriften gleichermaßen den Klageberechtigten wenig Anreiz zum Tätigwerden bieten,<sup>663</sup> ist hinsichtlich der praktischen Relevanz des § 34a GWB tatsächlich noch wesentlich mehr Skepsis angezeigt<sup>664</sup> als bezüglich der lauterkeitsrechtlichen Schwestervorschrift. Dies ergibt sich zuvörderst aus einem erst durch den Vermittlungsausschuss eingeführten Unterschied in der Aktivlegitimation:<sup>665</sup> Die im Regierungsentwurf zu § 34a Abs. 1 GWB noch mit umfasste Anspruchsberechtigung von Verbraucherverbänden<sup>666</sup> ist nun einer Aktivlegitimation aus-

---

<sup>661</sup> Vgl. etwa *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 10.

<sup>662</sup> Etwa *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 1; *Hempel* verweist auf sämtliche Einwände, die auch schon gegen § 10 UWG erhoben wurden und plädiert stattdessen für eine an das deutsche Zivilrecht angepasste class action, die dann ihrerseits zweckmäßigerweise keine Schadensberechnungsmethode in Form des Verletzergewinns beinhalten solle, s. *Hempel* WuW 2004, 362, 372 f. m.w.N.; auch *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1391 sieht für die Vorschrift „kein wirkliches Bedürfnis“ und ihrer Anwendung eine „Vielzahl von Zweifelsfragen“ entgegenstehen und schlägt stattdessen unter Berufung auf das Hauptgutachten 2002/2003 der Monopolkommission, BT-Drucks. 15/3610, Tz. 113 a.E., eine Diskussion über die Schaffung wirksamer Schadensersatz-Verbandsklagemöglichkeiten zur Geltendmachung von Streuschäden bei schuldhaften Kartellverletzungen vor, *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1391; s. auch die krit. Stellungnahme des Bundesrates zum RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 78; *Bornkamm*, Stellungnahme vom 20.9.2004 zur Anhörung vor dem Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, Ausschussdrucks. 15(9)1359, S. 2; ausführlich in jüngerer Zeit *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 193 ff.

<sup>663</sup> Vgl. nur *Rehbinder* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, KartellR, § 34a Rn. 1; *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, § 34a Rn. 6; *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a Rn. 1.

<sup>664</sup> Ähnlich *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a Rn. 2: „Bedingungen im Lauterkeitsrecht deutlich günstiger“.

<sup>665</sup> Diese Einschätzung findet sich auch bei *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a Rn. 1 f.

<sup>666</sup> Vgl. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 11, 55; offensichtlich aufgrund eines redaktionellen Versehens wurde der Begriff der „Einrichtungen“ aus der amtlichen Überschrift jedoch nicht entfernt.

schließlich von Berufs- und Wirtschaftsverbänden nach § 33 Abs. 2 GWB gewichen.<sup>667</sup> Diese Änderung ist deshalb von besonderer praktischer Relevanz, da im Kartellrecht – anders als im Lauterkeitsrecht – die Verbände bei der Rechtsdurchsetzung bisher kaum eine Rolle spielen,<sup>668</sup> auch wenn ihnen dies etwa anhand von Unterlassungsansprüchen auch vor der Novellierung möglich gewesen wäre.<sup>669</sup> Mit *Emmerich* kann man angesichts dessen die Regelung des § 34a GWB als eine „im Grunde auf Verbraucherverbände zugeschnitten[e]“<sup>670</sup> ansehen, die nach der ersatzlosen Streichung des Klagerechts dieser Verbände „ihre Sinnfälligkeit eingebüßt“ hat,<sup>671</sup> die jedenfalls aber eine erhebliche Schwächung erfahren hat. Entsprechend ist, während die Verbände im Rahmen des Lauterkeitsrechts von der Vorschrift des § 10 UWG schon einigen Gebrauch gemacht haben, im Kartellrecht eine entsprechende praktische Bedeutung derzeit nicht absehbar.<sup>672</sup>

Im Übrigen blieben genügend weitere Hürden bei der Anspruchsdurchsetzung, die eine Vorteilsabschöpfung durch Verbände in ihrer jetzigen Ausgestaltung wenig praktikabel erscheinen lassen.<sup>673</sup> So zielt die Vorschrift ausweislich der Regierungsbegründung durch das auch hier hoch angesetzte Vorsatzerfordernis<sup>674</sup> vor allem auf sog. *Hardcore*- Fälle,<sup>675</sup> in denen der Vorsatz ganz offen-

---

<sup>667</sup> Dazu krit. *Lutz* WuW 2005, 718, 729 f.

<sup>668</sup> Es fehle im Vergleich zum Lauterkeitsrecht insbesondere an Verbänden, die sich die Durchsetzung des Kartellrechts zum Ziel gesetzt hätten, *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a Rn. 2, 3; vgl. *ders.* in seiner Stellungnahme zum RegE GWB zur Anhörung vor dem Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit vom 20.9.2004, Ausschussdrucks. 15(9)1359, S. 2; *Kling/Thomas*, Kartellrecht, § 21 Rn. 83.

<sup>669</sup> Ähnlich *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a Rn. 3.

<sup>670</sup> Dabei ist *Emmerich* wohl so zu verstehen, dass die altruistische Geltendmachung des § 34a GWB (wie auch des § 10 UWG) auch angesichts der wahrzunehmenden Mitgliederinteressen höchstens von Verbraucherverbänden, keinesfalls jedoch von Wirtschaftsverbänden gem. § 33 Abs. 2 GWB zu erwarten wäre, vgl. *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, § 34a Rn. 4, 6.

<sup>671</sup> *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, § 34a Rn. 4.

<sup>672</sup> So auch *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, § 34a Rn. 4; *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a Rn. 1 f.

<sup>673</sup> S. etwa die Aufzählung bei *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a Rn. 1; *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1391.

<sup>674</sup> Als „gewichtigen Geburtsfehler der Vorteilsabschöpfung“ neben dem Fehlen der Anspruchsberechtigung der Verbraucherverbände bezeichnet das Vorsatzerfordernis, auch mit Verweis auf § 10 UWG, *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a Rn. 9; a.A. wohl *Emmerich*, der anders als bei § 10 UWG kaum nennenswerte Einschränkungen sieht, da Kartellrechtsverstöße „eigentlich immer vorsätzlich“ begangen würden, *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, § 34a Rn. 9; zum Tatbestandsmerkmal der Vorsätzlichkeit näher unten Kap. III. D. 3.

sichtlich sei. Gerade in solchen Fällen kartellrechtlicher Kernverstöße ist aber eher unwahrscheinlich, dass die Kartellbehörde trotz Kenntnis im Rahmen ihres pflichtgemäßen Aufgreif- und Verfolgungsermessens von einem Tätigwerden absieht.<sup>676</sup> Angesichts dieses Zusammenspiels aus hohen Anforderungen an das Verschulden im Tatbestand und einer doppelten Subsidiarität, nämlich gegenüber der behördlichen Abschöpfung als auch dem individuellen Schadensersatz, ist Skepsis angebracht, ob sich für § 34a GWB geeignete Anwendungsfälle in nennenswerter Anzahl finden werden;<sup>677</sup> insofern ist die Bezeichnung als „totes Recht“<sup>678</sup> wohl weniger polemisch, als es zunächst scheinen mag. Tatsächlich wurde seit der Einführung des Anspruchs im Jahre 2005 noch kein einziges außergerichtliches oder gerichtliches Vorgehen nach § 34a GWB bei der zuständigen Abteilung des Bundeskartellamtes gemeldet.<sup>679</sup> Es ist letzten Endes jedoch immerhin nicht ausgeschlossen, dass sich angesichts der vielbesprochenen Verlagerungen des kartellrechtlichen Rechtsdurchsetzungssystems hin zu privatrechtlichen Instrumentarien eine entsprechende Entwicklung vollzieht, durch die dann auch § 34a GWB einen eigenen Anwendungsbereich erlangt.<sup>680</sup>

In den folgenden Abschnitten der Arbeit wird nach alledem auf Einzelheiten bei der Auslegung und Bewertung von § 34a GWB nur dort ausdrücklich und gesondert eingegangen, wo sich erhebliche Abweichungen zur Regelung des § 10 UWG ergeben oder dies im Zusammenhang mit Auslegungsfragen zu § 10 UWG von Interesse ist.

---

<sup>675</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 55.

<sup>676</sup> Für diesen Fall soll § 34a GWB jedoch vor allem gedacht sein, vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 36.

<sup>677</sup> Ähnlich *Fuchs*: „Angesichts der doppelten Subsidiarität der Norm (gegenüber einer privaten Verfolgung von Ersatzansprüchen und der behördlichen Vorteilsabschöpfung), wegen Beweisschwierigkeiten und fehlender Klageanreize für Verbände, die über keine Ermittlungsbefugnisse verfügen und im Erfolgsfall die abgeschöpften Vorteile (abzüglich einer Erstattung der ‚erforderlichen Aufwendungen‘, § 34a Abs. 4 Satz 2) an den Bundeshaushalt abführen müssen (§ 34a Abs. 1), dürfte dieses Instrument in der Praxis weitgehend wirkungslos bleiben“, *Fuchs WRP* 2005, 1384, 1391; *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, Rn. 1.

<sup>678</sup> *Kling/Thomas*, Kartellrecht, § 21 Rn. 83; ähnlich *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a Rn. 1: Es sei von Anfang abzusehen gewesen, dass der Anspruch keine praktische Bedeutung haben würde.

<sup>679</sup> Die Meldepflicht ergibt sich aus § 34a Abs. 4 S. 1 GWB; Stand der Information ist der 2.3.2011. Eine frühere Anfrage mit gleichem Ergebnis dokumentiert *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 193.

<sup>680</sup> Ähnlich wohl *Bornkamm*, Ausschussdrucks. 15(9)1359, S. 2.

**D. Zusammenfassung Kapitel II**

Das Immaterialgüterrecht entfaltet seinen Schutz vor allem güterbezogen, dabei aber auch überindividuellen Interessen verpflichtet, und auch das Wettbewerbsrecht stellt güter- und interessenschützende Verhaltensnormen auf; diese können – wie bei den wettbewerbsrechtlich geschützten Leistungspositionen oder dem Geheimnisschutz – eher gegenstandsbezogen sein, sind aber vorwiegend verhaltensbezogen ausgestaltet.<sup>681</sup> Darüber hinaus ist bei allen Überschneidungen im Spannungsfeld von Wettbewerbsbeschränkung und Innovationsschutz und auch eingedenk des Sonderfalls des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes stets der grundsätzliche Unterschied zu beachten, dass Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht über die Verleihung ausschließlicher Rechtspositionen, im Wettbewerbsrecht dagegen über reine Verhaltensanordnungen gewährleistet wird.

In beiden Bereichen haben sich zur Rechtsdurchsetzung ganz eigene Rechtsinstitute entwickelt. Der „künstliche“, ohne unmittelbare Ableitung aus der bestehenden zivilrechtlichen Haftungsdogmatik geschaffene Verbandsanspruch *sui generis* zur Gewinnabschöpfung unterscheidet sich dabei maßgeblich von den bisher bekannten Gewinnhaftungsansprüchen, die bei aller Besonderheit stets in irgendeiner Form auf etablierte Rechtsinstitute des deutschen Privatrechts zurückgeführt werden. Die Gewinn- und Vorteilsabschöpfungsansprüche aus UWG und GWB sind dagegen konzipiert als ausschließlich überindividuell wirkende Anspruchsgrundlagen, deren Aktivlegitimation gelöst ist von einer individuellen Beeinträchtigung des Anspruchsberechtigten; vielmehr sind nach einem *numerus clausus* bestimmte Verbände und Einrichtungen zur Geltendmachung der Gewinnabschöpfung im Allgemeininteresse befugt. Da der Erlös wiederum weder dem unmittelbar Betroffenen<sup>682</sup> noch einem an seiner Statt An-

---

<sup>681</sup> Vgl. Dreier, Kompensation und Prävention, S. 10 f.

<sup>682</sup> Und dass, obwohl er zur Rechtfertigung sowohl der Nichtaufnahme des individuellen Schadensersatzanspruches für den Verbraucher in § 8 Abs. 3 UWG (vgl. Begr. RegE, BT-Drucks 15/1487, S. 22 sowie krit. Stadler/Micklitz WRP 2003, 559, 561 und v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 5), als auch für die Streichung des

spruchsberechtigten zusteht, sondern sich der zivilrechtliche Anspruch – in dieser Form bisher vollkommen unbekannt – auf eine Auszahlung des Unrechtsgewinns an die Staatskasse richtet,<sup>683</sup> lässt sich die Struktur dieser Anspruchsgrundlagen als Dreieck beschreiben, in dem neben die Abnehmer und Wettbewerber als unmittelbar von der unlauteren Wettbewerbshandlung Betroffene einerseits der Klageberechtigte andererseits und schließlich, quasi an der Spitze des Dreiecks, der Bundeshaushalt als Zahlungsadressat des abgeschöpften Gewinns treten.

Die Unterschiede dieser Parteienkonstellation gegenüber herkömmlichen Gewinnhaftungsinstituten spiegeln in gewisser Weise auch den jeweils unterschiedlichen Bezug der Normen zu ihrem Schutzgegenstand wider: Die Verletzergewinnherausgabe im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung reagiert wie die Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen auf die unbefugte Nutzung eines subjektiven Rechts eines anderen, während die wettbewerbsrechtlichen Abschöpfungsansprüche mit einem stärkeren Gemeinwohlbezug<sup>684</sup> die Verletzung objektiver Marktverhaltensregeln sanktionieren. Offenbar um zu garantieren, dass mit der Gewinnabschöpfung tatsächlich nur überindividuelle Ziele verfolgt würden, haben die Gesetzesverfasser sich bei § 10 UWG vom klassischen Zwei-Parteien-Modell gelöst. Dies bedeutet zugleich, dass das Ziel einer konkret-individuellen Kompensation über das Lauterkeitsrecht insoweit wohl weitgehend aufgegeben wurde.

Neben diesen strukturellen Besonderheiten sollen im Verlauf der Untersuchung weitere signifikante Unterschiede, aber auch Gemeinsamkeiten zwischen der

---

praktisch kaum relevanten bisherigen § 13a UWG (dazu etwa *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 13) herangezogen wurde.

<sup>683</sup> Dieses System stieß insbesondere bei Befürwortern des neuen Anspruchs auf Kritik; s. stellvertretend für alle *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 562, nach deren Formulierung sich der Staat von den Verbänden „für die Staatskasse die Kastanien aus dem Feuer“ holen lasse; hierzu noch unten, insbesondere Kap. V. A. 5 e).

<sup>684</sup> Vgl. *Sambuc* in *Harte/Henning*, UWG, Einl. F Rn. 195; zum Güter- und Interessenschutz durch Immaterialgüterrechte und Wettbewerbsrecht vgl. auch *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 10 f.

Gewinnabschöpfung und den anderen gewinnbezogenen Haftungsarten näher dargestellt werden. Ein praktisch ganz erheblicher Unterschied zur herkömmlichen Gewinnhaftung liegt etwa im Vorsatzerfordernis des lauterkeitsrechtlichen wie des kartellrechtlichen Gewinnabschöpfungstatbestandes sowie im Auseinanderfallen von Aktivlegitimation und Empfangsberechtigung der Abschöpfungsbeträge. Als Gemeinsamkeit dagegen fällt zum einen auf, dass alle genannten Rechtsinstitute das Ziel verfolgen, über zivilrechtliche Instrumentarien eine Stärkung von Prävention herbeizuführen. Zum anderen soll sich die Gewinnberechnung, wie sie die Gesetzesbegründung des § 10 UWG vorgibt, weitgehend aus den Grundsätzen des *Gemeinkostenanteil*-Urteils zur dritten Schadensberechnungsart ableiten.<sup>685</sup> Und schließlich haben sich auch einige der aus kompensatorischen Ansprüchen entwickelten Gewinnhaftungsarten inzwischen insoweit „objektiviert“, als sie vom Nachweis des entsprechenden Schadens befreit und – dies gilt zumindest im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung – von der Betrachtung der konkreten „Verhältnisse des Verletzten weitgehend losgelöst“ sind.<sup>686</sup>

Diese und weitere wesentliche Überschneidungen und Abgrenzungen zwischen der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung und den übrigen bisher vorgestellten Ansprüchen – insbesondere der Verletzergewinnherausgabe als dritter Schadensberechnungsmethode – werden im folgenden Abschnitt auf den Ebenen von Normzweck, Tatbestand und Rechtsfolge herausgearbeitet. Denn zum einen können zwischen der Gewinnabschöpfung und der dritten Schadensberechnungsmethode unmittelbare Berührungspunkte in der Anwendung bestehen; im Einzelfall kann eine Immaterialgutsverletzung, etwa eine Markenrechtsverletzung, nämlich gleichzeitig eine Gewinnabschöpfung rechtfertigen, und ebenso kann sich der lauterkeitsrechtliche Schadensersatzanspruch nach § 9 UWG mit

---

<sup>685</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; ähnlich *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 290; näher unten ab Kap. III. E. 1.

<sup>686</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 162; zum Schadenserfordernis bei der dreifachen Schadensberechnungsmethode näher unten Kap. III. C. 2.



der Gewinnabschöpfung überschneiden.<sup>687</sup> Schon um Wertungswidersprüche zu vermeiden ist daher ein systematischer Vergleich und – wenn möglich – eine Übertragung von Auslegungsansätzen insbesondere aus dem Immaterialgüterrecht von Interesse.<sup>688</sup> Die so gewonnenen Erkenntnisse ermöglichen darüber hinaus einen genaueren Blick auf die Möglichkeiten und die Grenzen der praktischen Anwendung des § 10 UWG in seiner heutigen Form, sowie anschließend auf seine tatsächliche Funktions- und Wirkungsweise, seine Effektivität und Verhältnismäßigkeit.

---

<sup>687</sup> *Schaub* GRUR 2005, 918, 921.

<sup>688</sup> Ebenso *Schaub* GRUR 2005, 918, 922; als aus systematischen Erwägungen ausdrücklich „nicht vergleichbar“ sieht Gewinnabschöpfung und dritte Schadensberechnungsmethode allerdings *Goldmann* an, vgl. *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 11; zum Ganzen eingehend unten Kap. III. E. 5. b) (3) sowie III. E. 6. c).



### **Kapitel III. Strukturvergleich**

Wirkungsgrad und Eingriffsintensität eines jeden Rechtsanspruchs hängen vom Zusammenspiel vieler einzelner Elemente ab. Anknüpfend an die vorangegangene Vorstellung einzelner auf den Verletzergewinn bzw. den Verletzervorteil bezogener Haftungsinstitute aus Immaterialgüterrecht, Persönlichkeitsrecht und Wettbewerbsrecht, werden im nächsten Schritt dieser Arbeit im Rahmen einer Strukturanalyse wesentliche, diese Ansprüche in ihrem Charakter bestimmende Parameter untersucht; Ausgangspunkt des Vergleichs sind dabei allerdings stets die elementaren Tatbestands- und Rechtsfolgeelemente des § 10 UWG, so dass gesonderte Ausführungen zu anderen Haftungsfiguren und deren Tatbestandsvoraussetzungen nur an geeigneter Stelle zu Vergleichszwecken vorgenommen werden. Angelegt als Strukturvergleich, erhebt die Untersuchung auch keinen Anspruch auf Vollständigkeit im Sinne einer abschließenden Kommentierung des § 10 UWG oder der übrigen angesprochenen Rechtsinstitute, so dass einige formale, aber auch materiellrechtliche Einzelheiten insbesondere zur Abwicklung der Gewinnabschöpfung unberücksichtigt bleiben oder nur am Rande behandelt werden.

Im Rahmen dieser Strukturanalyse können die Ansprüche in Einzelfragen einander gegenübergestellt und sinnvoll verglichen werden; von Bedeutung ist hierbei vor allem der Vergleich zwischen der Gewinnabschöpfung und der Herausgabe des Verletzergewinns als dritter Schadensberechnungsmethode bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten. Sie ermöglicht auch eine Überprüfung der vorab vorgenommenen Typisierung. Vor allem aber wird hiermit eine Basis geschaffen, um die tatsächliche Wirkungsweise und Wirksamkeit der Gewinnabschöpfung zu bestimmen. Dabei gilt stets: „Unvergleichbares kann man nicht sinnvoll vergleichen, und vergleichbar ist im Recht nur, was dieselbe Aufgabe,

dieselbe Funktion erfüllt.“<sup>689</sup> Vorangestellt wird daher eine Zusammenfassung der jeweiligen Normzwecke, die zunächst so weit als möglich unabhängig von der Ebene der Normwirkung betrachtet werden sollen.<sup>690</sup>

---

<sup>689</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung Rechtsvergleichung, S. 33.

<sup>690</sup> Vgl. dazu etwa gleich unten Kap. III. A. 4. c) (2); eingehend zum Verhältnis von Zweck, Funktion und Wirkungsweise rechtlicher Normen *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 125 ff. m.w.N.

## A. Normzwecke

Zur Auslegung, vor allem aber auch zur Überprüfung der Effektivität und Effizienz einer Norm bedarf es zunächst der Feststellung der mit ihr zuvörderst verfolgten Zwecke.<sup>691</sup> Dabei ist zum einen zwischen Normziel und Normwirkung zu unterscheiden, was allerdings bereits die Gesetzesbegründung zu § 10 UWG weitgehend vermissen lässt.<sup>692</sup> Zum anderen ist eine Differenzierung der unterschiedlichen potentiellen Normzwecke der Gewinnabschöpfung, insbesondere hinsichtlich Prävention, Abschreckung und Strafe dringend erforderlich: Auch *Alexander* stellt für die Abschöpfungsansprüche sowohl aus § 10 UWG als auch aus § 34a GWB schon wegen ihrer Neuheit im Sanktionensystem bezüglich der jeweiligen Normziele eine erhebliche „Unklarheit“ fest, in der er den maßgeblichen Grund für die zurückhaltenden Reaktionen der Rechtswissenschaft sieht.<sup>693</sup>

Von der tatsächlichen Wirkung einer Norm ist der ihr zugrundeliegende Zweck grundsätzlich zu trennen,<sup>694</sup> auch wenn beide einander im Idealfall entsprechen.<sup>695</sup> Dies gilt im Besonderen für die Kategorien von Prävention, Sanktion und Pönalität.<sup>696</sup> Der Zusammenhang zwischen Normzweck, konkreter Normgestaltung und -auslegung sowie der Wirkungsweise der Norm und deren Wechselbeziehung lässt sich für § 10 UWG an folgendem Beispiel verdeutlichen: Es ist bislang strittig, wie genau der abzuschöpfende Gewinn sich errechnet, ob nun der konditional oder der kausal erwirtschaftete Gewinn abzuschöpfen ist, ob die Abschöpfung über den reinen Unlauterkeitsanteil hinausgehen und ob sie den

<sup>691</sup> Grundlegend zum Zweck als Grundlage der Normsetzung bereits *Rudolph von Jhering*, der den Grundgedanken formuliert, „dass der Zweck der Schöpfer des gesamten Rechts ist, dass es keinen Rechtssatz gibt, der nicht einem Zweck, d. i. einem praktischen Motiv seinen Ursprung verdankt“, *Jhering*, *Der Zweck im Recht* Bd. I, Vorrede S. VIII; vgl. auch *Deutsch*, *Allgemeines Haftungsrecht*, § 6 I m.w.N.; eingehend zur Berücksichtigung von Regelungsabsicht, Zweck und Normvorstellung des Gesetzgebers und von objektiv-teleologischen Kriterien bei der Normauslegung *Larenz*, *Methodenlehre*, S. 328 ff.

<sup>692</sup> Vgl. nur die Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23 f.

<sup>693</sup> *Alexander* JZ 2006, 890, 892.

<sup>694</sup> Zur Unterscheidung zwischen Zweck, „Funktion“ und Wirkungsweise vgl. auch eingehend und m.w.N. *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 124 f.; *Best* JR 2003, 336, 339; s. auch sogleich unten Fn. 700.

<sup>695</sup> Vgl. *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 126.

<sup>696</sup> Ähnlich *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 124: Vor allem dann, wenn von „Prävention“ die Rede sei, werde der im Gesetz angelegte und vom Gesetz intendierte präventive Zweck allzu leicht mit der präventiven Wirkung einer Rechtsfolge verwechselt.

Gegenwert der Summe der Abnehmerinteressen übersteigen darf und soll.<sup>697</sup> Mangels klarer gesetzlicher Regelungen oder Vorgaben in der Gesetzesbegründung greifen sämtliche Autoren auf die ihrer jeweiligen Ansicht nach im Vordergrund stehenden Normzwecke, bei Verhältnismäßigkeitserwägungen allerdings auch auf die Normwirkung zurück. Zum Normzweck des § 10 UWG finden sich in den Gesetzesmaterialien jedoch – ähnlich wie zu einigen Tatbestandsfragen – zumindest missverständliche Hinweise.<sup>698</sup> Zur Ermittlung des genauen Normziels lenkt sich der Blick also wiederum auf die Tatbestandsausgestaltung, als das, wie *Dreier* formuliert, „im Normativen Angelegte“<sup>699</sup> des Normzwecks. Hierüber wird die Wirkungsweise der (Haftungs-) Norm schließlich zum Indikator für deren Normziel.<sup>700</sup>

Um hier nicht von einem Zirkelschluss zum nächsten zu stolpern, sondern die wechselseitigen Rückschlüsse im Sinne eines dialektischen Prozesses der Sinn-erhellung in beide Richtungen nutzen zu können,<sup>701</sup> ist eine klare Abgrenzung und stufenweise Eingrenzung der Fragen zu Normzweck und Wirkungsweise bzw. Wirkungsgrad erforderlich. Dafür werden zunächst die Grundlagen zum Normzweck der dritten Schadensberechnungsmethode, der Geldentschädigung nach schweren Persönlichkeitsrechtsverletzungen und der Gewinn- bzw. Vorteilsabschöpfung zusammengefasst dargestellt, bevor in Bezug auf § 10 UWG eine genauere Aufschlüsselung der für diesen relevanten Normzwecke erfolgt.

---

<sup>697</sup> Dazu näher unten ab Kap. III. E. 6.

<sup>698</sup> Gerade hier erweist sich im Übrigen als umsichtig, wenn auch das Bundesverfassungsgericht Gesetzesmaterialien bei der Auslegung von Vorschriften u.a. stets „mit Vorsicht“ und „nur unterstützend“ berücksichtigt sehen möchte: Die Materialien dürften nicht dazu verleiten, die „subjektiven Vorstellungen der gesetzgebenden Instanzen dem objektiven Gesetzesinhalt gleichzusetzen“; der gesetzgeberische Wille könne also nur insofern herangezogen werden, als er auch im Gesetzestext Niederschlag gefunden habe, vgl. näher BVerfGE 62, 1, 45 m.w.N.

<sup>699</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 124.

<sup>700</sup> Vgl. zum Zusammenhang von Funktion und Zweck einer Norm insbesondere *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, § 6 I; *ders.* JZ 1971, 244 f. m.w.N.; zur Vermeidung von Unschärfen gegen eine Gleichsetzung von „Funktion“ und „Wirkungsweise“ einer Norm spricht sich allerdings bei aller sonstiger Zustimmung *Dreier* aus, s. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 124 f.

<sup>701</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 125 f. sowie Fn. 18.

## 1. Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung

Die dreifache Schadensberechnung im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz dient, welche Herleitung man nun auch wählt, im Ergebnis zunächst der Kompensation eines dem Anspruchsinhaber tatsächlich entstandenen – wenn auch insoweit nicht von einer Nachweispflicht erfassten – Schadens durch die Verletzung seines ausschließlichen Rechts.<sup>702</sup> Daneben dient der Anspruch – insbesondere seit der Entscheidung *Gemeinkostenanteil* des BGH – der Sanktionierung und Prävention<sup>703</sup> von Verletzungen an Immaterialgütern als Rechtspositionen, die aufgrund der ihnen immanenten Möglichkeiten ubiquitärer und nichtrivalisierender<sup>704</sup> Nutzungen von einer signifikant gesteigerten Verletzbarkeit sind und bei deren Durchsetzung im Wege des einfachen Schadensersatzes den Verletzten im Einzelfall schier unüberwindbare Nachweis- und Berechnungsprobleme treffen.<sup>705</sup> Ein Präventionsaspekt liegt genau genommen bereits darin, dass dem Inhaber des immateriellen Ausschließlichkeitsrechts im Verletzungsfall ein Ersatzanspruch überhaupt zugestanden und dieser nicht mit dem Argument abgelehnt wird, ein ersatzfähiger Schaden sei – gerade aufgrund der gleichzeitigen Nutzbarkeit durch mehrere, voneinander unabhängige Verwender – gar nicht entstanden.<sup>706</sup> Dem Schuldigen soll ein Nachteil auferlegt und potentielle Schädiger sollen zur Unterlassung von Rechtsverletzungen und zur Aufwendung von Sorgfalt motiviert werden.<sup>707</sup> Insbesondere soll durch die Alternative der Verletzergewinnherausgabe auch eine Präventionslücke geschlossen werden, welche sich bei der Berechnung des Schadens nach der Lizenzanalogie

---

<sup>702</sup> Zu den Konsequenzen einer klarer an ihrer „grundsätzlich kompensatorischen Haftungsfunktion“ ausgerichteten Anwendung und Fortentwicklung der Gewinnherausgabe im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung vgl. *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 281 ff.

<sup>703</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*; *Tilmann* GRUR 2003, 647.

<sup>704</sup> Dazu bereits oben Fn. 225.

<sup>705</sup> Dazu bereits oben Kap. II. B. 1. a) (1); *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 269; ausführlich *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 60 ff.

<sup>706</sup> *Dreier* weist darauf hin, dass es hieran in manchen Fällen des Persönlichkeitsrechtsschutzes und des Wettbewerbsrechts gerade fehlt, vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 138. Darüber hinaus sieht *Helms* bereits in dem Argument, dass der Verletzer eines Schutzrechts nicht besser als der rechtmäßige Nutzer stehen dürfe, unausgesprochene Sanktions- und Präventionserwägungen, vgl. *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 248 Fn. 1035.

<sup>707</sup> *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 269.

daraus ergeben kann, dass der Verletzer wegen des schadensrechtlichen Bereicherungsverbotes<sup>708</sup> mit dieser Methode oft genauso, manchmal sogar besser dasteht, als dies im Wege einer ordnungsgemäßen Lizenzierung der Fall wäre.<sup>709</sup> Dabei trifft den Rechtsinhaber die unkontrollierte Ausnutzung eines fremden Immaterialguts in der Regel wesentlich schwerer als eine einvernehmliche Nutzungshandlung, ist doch das ausschließliche Recht zur Nutzung oder zur Gestattung der Nutzung das einzige Kapital, das das Immaterialgut für seinen Inhaber darstellt.<sup>710</sup>

Dabei kann die Betonung des Präventionsaspekts in der *Gemeinkostenanteil-*Entscheidung im Zusammenhang von Kompensation und Prävention als „Dreh- und Angelpunkt“ der gesamten Gewinnhaftungsdiskussion im Immaterialgüterrecht verstanden werden.<sup>711</sup> Sie ist aber auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass TRIPS und dem folgend die EU-Gesetzgebung zur Harmonisierung von Teilbereichen des Immaterialgüterrechts mit der Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur Schaffung „abschreckender“ Sanktionen den Präventionszweck über das Kriterium der Wirksamkeit mit dem Ziel eines effektiven Rechtsschutzes festgeschrieben haben.<sup>712</sup> Indem die Rechtsprechung außerdem in jüngerer Zeit bei der Frage der Gewinnhaftung innerhalb einer Verletzerkette einen Schaden des Verletzten und daher eine entsprechende Abschöpfungsmöglichkeit grundsätzlich gegenüber allen Stufen der Verletzerkette annimmt, setzt sich die Betonung des verletzerbezogenen Präventionsgedankens fort.<sup>713</sup>

---

<sup>708</sup> Zur Kritik an der herkömmlichen Lizenzanalogie vgl. insoweit nur *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 87 ff. m.w.N.

<sup>709</sup> Insofern bezüglich des Präventionsbedürfnisses bei der Verletzung vermögenswerter Persönlichkeitsrechte einschränkend *Wagner* GRUR 2000, 717, 719; krit. hierzu *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 284 f.

<sup>710</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 87; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 249.

<sup>711</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 248, der für nicht unmittelbar unter § 687 Abs. 2 BGB subsumierbare Sachverhalte eine Rückbesinnung auf das Kompensationsprinzip für erforderlich hält, vgl. *Helms* a.a.O., S. 282 f.

<sup>712</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 522.

<sup>713</sup> BGH GRUR 2009, 856, 862 f. – *Tripp-Trapp-Stuhl*; dazu näher unten ab Kap. III. G. 2. b).



## 2. Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen

Die Einführung des Instituts der Geldentschädigung entsprang vor allem dem Bedürfnis der Rechtsgemeinschaft nach einem effizienteren Rechtsschutz bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten,<sup>714</sup> die spätere Anhebung ihrer Bemessung seit der ersten *Caroline-von-Monaco*-Entscheidung<sup>715</sup> der Erkenntnis, dass die Persönlichkeit aufgrund ihrer Immaterialität in besonderem Maß eines präventiven Schutzes insbesondere vor gezielter, wirtschaftlich motivierter Ausbeutung durch die Massenmedien bedürfe.<sup>716</sup> Dies gilt nach dem zweiten „*Caroline*“- Urteil im Übrigen auch dann, wenn der Verletzer lediglich grob fahrlässig gehandelt hat.<sup>717</sup> Mit der Berücksichtigung des Verletzergewinns als Bezugsgröße soll nach der Begründung des BGH gewährleistet werden, dass die Bemessung der Geldentschädigung die Gewinnerzielungsabsicht des Verletzers quasi spiegelt, ein Gegenstück also zur verwerflichen Intention des Verletzers darstellt.<sup>718</sup> Damit löst sich die Rechtsfolge insoweit vom Aspekt der Eingriffintensität – denn diese ist grundsätzlich in der Sphäre des betroffenen Rechtsträgers zu bewerten – und wendet sich dem Aspekt der effektiven Verhaltenssteuerung auf der Täterseite zu.<sup>719</sup> Von der Höhe der Geldentschädigung müsse, um den aus dem Persönlichkeitsrecht heraus gebotenen Präventionszweck zu erreichen, ein echter Hemmungseffekt für eine ungewollte Vermarktung von Persönlichkeitsrechten ausgehen.<sup>720</sup>

Neben dem Präventionsaspekt beruht die Anknüpfung an den Unrechtsgewinn bei der Entschädigungsbemessung allerdings vor allem auf der auf schmerz-

<sup>714</sup> *Baston-Vogt*, Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts, S. 95 m.w.N.

<sup>715</sup> BGH GRUR 1995, 224, 229 f. – *Erfundenes Exklusiv-Interview*.

<sup>716</sup> Vgl. v. *Holleben*, Geldersatz, S. 37; *Baston-Vogt*, Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts, S. 95 m.w.N.

<sup>717</sup> Vgl. BGH GRUR 1996, 373, 374 – *Caroline von Monaco*; v. *Holleben*, Geldersatz, S. 38; zum Ganzen näher unten Kap. III. D. 2.

<sup>718</sup> Vgl. BGH GRUR 1995, 224, 229 – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; v. *Holleben*, Geldersatz, S. 56.

<sup>719</sup> Vgl. eingehend *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 346 ff., sowie *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 151, jeweils m.w.N.

<sup>720</sup> Vgl. BGH GRUR 1995, 224, 229 f. – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; *Baston-Vogt*, Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts, S. 96 mit Verweis auf die entsprechenden Erwägungen schon bei BGHZ 35, 363, 369 = GRUR 1962, 105, 108 – *Ginsengwurzel*.

geldrechtliche Wurzeln zurückgehenden, von diesen aber emanzipierten Genugtuungsfunktion<sup>721</sup> und damit auf einem im Rufe der Pönalität<sup>722</sup> stehenden Element, zu dessen Gunsten der Präventionsaspekt bereits mit der Entscheidung nach der Zurückverweisung des *Caroline-von-Monaco-Falls*<sup>723</sup> abgeschwächt wurde.<sup>724</sup> Die neben den Ausgleichsgedanken tretende Genugtuungsfunktion ist tatsächlich ein entscheidendes Merkmal des Geldentschädigungsanspruchs.<sup>725</sup> Allerdings ergibt sich – bleibt man bei der oben dargestellten Abgrenzung von den vermögensrechtlichen Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts, bei deren Verletzung bereits die dreifache Schadensberechnung greift – über die Prävention der einzig sinnvolle Zusammenhang zwischen einer Entschädigung wegen immaterieller Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts und einer Herausgabe des damit erzielten Gewinns;<sup>726</sup> denn im Übrigen wiegt ja der Eingriff bezogen auf das ideelle Persönlichkeitsrecht nicht deshalb weniger schwer, weil kein oder nur ein geringer wirtschaftlicher Erfolg damit erzielt wurde.<sup>727</sup> Der Perspektivwechsel von der Besänftigung des Opfers durch Genugtuung hin zu einer Verhaltenssteuerung des Täters durch präventive Abschreckung führt damit zur Idee der Verknüpfung von Ausgleichszahlung und Verletzergewinn.<sup>728</sup>

Das Präventionserfordernis stellt aber in einem Bereich extrem ausbeutungsfährdeter Rechtsgüter, deren Verletzung gleichzeitig intensive Beeinträchtigungen von verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen mit sich bringen

---

<sup>721</sup> Vgl. *Deutsch ZRP* 1998, 291, 292; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 345; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, S. 147 m.w.N.

<sup>722</sup> Vgl. dazu *Deutsch ZRP* 1998, 291, 292; v. *Holleben*, Geldersatz, S. 55; zur Unterscheidung zwischen Prävention und Pönalität, die letzterer im Übrigen ausdrücklich nicht vornimmt, vgl. sogleich im Zusammenhang mit § 10 UWG unter Kap. III. A. 4. c) (2).

<sup>723</sup> In dieser Entscheidung hat das OLG Hamburg den Gedanke an eine Gewinnabschöpfung durch die höchstrichterliche Entscheidung als „verworfen“ betrachtet und auf den Aspekt abgestellt, dass die Schwere des Eingriffs und damit das Genugtuungsbedürfnis von der Höhe des erzielten Gewinns unabhängig sei, vgl. OLG Hamburg NJW 1996, 2870, 2872 ff.

<sup>724</sup> Vgl. eingehend *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 97, 346.

<sup>725</sup> Zur Verletzer- und Verletztenbezogenheit der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldanspruchs vgl. auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 145 f. m.w.N.

<sup>726</sup> *Lange VersR* 1999, 274, 279 f.; *Klüber*, Persönlichkeitsschutz, S. 151 ff.

<sup>727</sup> *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, S. 151.

<sup>728</sup> *Damm/Rehbock*, Widerruf u.a., Rn. 950 wollen allerdings Präventionsziele nur in Ausnahmefällen zulassen und halten auf den Täter abstellende Kriterien bei der Bemessung der Geldentschädigung für zweitrangig und grundsätzlich unvereinbar mit der insoweit vorrangigen Genugtuungsfunktion.

kann, auch eine hinreichende Begründung für diese Verknüpfung dar:<sup>729</sup> Die Verletzung von Persönlichkeitsrechten soll für den kalkulierenden Verleger „unrentabel“ werden.<sup>730</sup> Soweit der Rückgriff auf das Bereicherungsrecht und § 687 Abs. 2 BGB ebenso wie die dreifache Schadensberechnung bei Verletzungen des ideellen Kernpersönlichkeitsrechts ausgeschlossen ist, bleibt für ein zivilrechtliches Instrumentarium, das über das Vermögen des Verletzers verhaltenssteuernd auf diesen einwirkt, nur die Berücksichtigung des Gewinns im Rahmen der Geldentschädigung.<sup>731</sup> Wo andere Instrumente bereits verhaltenssteuernd wirken, soll sich daher umgekehrt der Wegfall des Präventionserfordernisses auch in Form einer niedrigeren Bemessung der Geldentschädigung niederschlagen.<sup>732</sup> In keinem Fall jedoch soll die Geldentschädigung – auch angesichts ihrer Subsidiarität – als willkommene Geldquelle für einen leicht verdienten Zusatzerwerb „umfunktioniert“ werden.<sup>733</sup> *Canaris* wiederum sieht in der aus Gründen der Prävention erhöhten Geldentschädigung einen Ersatz für die fehlende Strafbarkeit der entsprechenden Rechtsverletzungen und weist ihr daher Strafcharakter zu.<sup>734</sup>

Wie fast zehn Jahre später im Zuge der Neuschaffung des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs entfachte sich im Übrigen auch am Anlass dieser jüngeren Rechtsprechung zur Geldentschädigung eine exemplarische Diskussion um die Bedeutung und Legitimation pönaler und präventiver Nebenzwecke und überkompensatorischer Deliktsrechtsfolgen,<sup>735</sup> die bis heute nicht ganz abgeschlossen ist. Ein „Verkümmern“ des Persönlichkeitsrechtsschutzes

---

<sup>729</sup> Vgl. dazu *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 348 f.

<sup>730</sup> *Alexander* JZ 2006, 890, 894.

<sup>731</sup> Zu diesen und weiteren Argumenten ausführlich *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 350 ff.; a.A. v. *Holleben*, Geldersatz, S. 72 f.: Die Berücksichtigung des Gewinns sei insoweit „dogmatisch nicht haltbar“.

<sup>732</sup> V. *Holleben*, Geldersatz, S. 61.

<sup>733</sup> BGH GRUR 1962, 105, 107 – *Ginsengwurzel*; vgl. auch schon die Anforderungen in BVerfG GRUR 1974, 44, 48 f. – *Soraya*; s. auch *Damm/Rehbock*, Widerruf u.a., Rn. 988; zum Vorwurf der Zweiklassenjustiz oder eines „Promibonus“ v. *Holleben*, Geldersatz, S. 73 ff.; *Damm/Rehbock*, Widerruf u.a., Rn. 1001.

<sup>734</sup> *Canaris* FS Deutsch 1999, S. 85, 106 f.

<sup>735</sup> Vgl. etwa *M. Körner* NJW 2000, 241, 244; *Canaris* FS Deutsch 1999, S. 85 f., 105 ff.; *Lange* VersR 1999, 274, 279 f.; *Stürner* AfP 1998, 1 ff.; *Gounalakis* AfP 1998, 10 ff.; *Steffen* NJW 1997, 10; *Prinz* NJW 1996, 953; *Schlechtriem* JZ 1995, 362; *Leutheusser-Schnarrenberger* FS Engelschall 1996, S. 13, 19 ff.

ohne jegliche Sanktion befürchtet dabei die Rechtsprechung,<sup>736</sup> während einige Stimmen aus der Literatur auf die im Vergleich zur Kompensation bisher nur unselbständig wirkende Prävention im deutschen Zivilrechtssystem hinweisen.<sup>737</sup> Wieder andere sehen die Entscheidung des BGH als bei genauerem Hinsehen gar nicht „so spektakulär“<sup>738</sup> an, da eine Funktionserweiterung des Zivilrechts längst stattgefunden habe.<sup>739</sup> Hieran anknüpfend lässt sich die flexible Bemessung der Geldentschädigung letztlich aus der Notwendigkeit erklären, ein akut bestehendes Defizit, sei es nun auf Präventions- und/oder Genugtuungsebene, auszugleichen: Sie wird, wie *Steffen* formuliert, zu „Aushilfaufgaben“ eingesetzt für einen sonst nicht ausreichend befriedigten Bedarf, etwa für „präventive Verhaltenssteuerung, für die der Schadensersatz so wenig ausrichten kann“; als „Sanktion mit oder ohne pönalen Sühnedenken; kurzum: als Entlastungsventil für ein unbefriedigtes Rechtsgefühl“.<sup>740</sup>

### 3. Privatrechtliche Vorteilsabschöpfung und Schadensersatz im GWB

Nach der Begründung zur Gesetzesnovelle von 2005 sollte im Geltungsbereich des GWB eine „Verbesserung der zivil- und bußgeldrechtlichen Sanktionen“ insbesondere der Abschreckung vor Kartellrechtsverstößen dienen.<sup>741</sup> Zunächst gilt hier wie im UWG der Vorrang individueller Ersatzansprüche, darüber hinaus wird das gemeinsame Ziel von § 34 und § 34a GWB wie folgt definiert: Erreicht werden solle „die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils beim Zuwiderhandelnden, unabhängig davon, auf welcher Marktstufe durch die Zuwider-

---

<sup>736</sup> BGH GRUR 1995, 224, 229 – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; 1996, 373, 374 – *Caroline von Monaco*; für den Präventionsgedanken tritt in aller Konsequenz vor allem *Dreier* ein, vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 346 ff.

<sup>737</sup> *Canaris* FS Deutsch 1999, S. 85, 105 m.w.N.; mit Bedenken hinsichtlich des Grundrechtsschutzes aus Art. 5 Abs. 1 GG *Gounalakis* AfP 1998, 10, 16; nach Ansicht von *Damm/Rehbock* ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung der Präventionsaspekt überhaupt nur in Ausnahmefällen, insbesondere bei vorsätzlichen oder hartnäckigen Rechtsverletzungen, im Rahmen der Geldentschädigung zum Tragen komme, *Damm/Rehbock*, Widerruf u.a., Rn. 948, unter Bezug etwa auf BGH GRUR 1995, 224 – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; BGH NJW 1996, 985 – *Caroline III* (Wiederholungsveröffentlichung); BGH NJW 1997, 1148, 1150 – *Chefarzt*.

<sup>738</sup> *M. Körner* NJW 2000 241, 244; ähnlich *Prinz* NJW 1996, 953, 954.

<sup>739</sup> Vgl. dazu etwa *Rosengarten* NJW 1996, 1935 ff.; *M. Körner* NJW 2000 241, 244; *Ebert*, Pönale Elemente, S. 496 ff.

<sup>740</sup> *Steffen* NJW 1997, 10.

<sup>741</sup> RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 2.

handlung der korrespondierende wirtschaftliche Nachteil eingetreten ist.“<sup>742</sup> Die Begründung der Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB übernimmt insbesondere bezüglich der intendierten Abschreckungswirkung gegenüber besonders gefährlichen Verletzungshandlungen weitgehend die entsprechenden Formulierungen aus den Gesetzesmaterialien zu § 10 UWG.<sup>743</sup> Die Möglichkeit der Gewinnberücksichtigung bei der Bemessung des Schadensersatzes nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB soll dagegen vor allem die Anspruchsdurchsetzung bei Berechnungsschwierigkeiten erleichtern<sup>744</sup> und ist damit vor allem vor dem Hintergrund der generellen Bestrebungen des Gesetzgebers zur Stärkung des privaten *enforcement*<sup>745</sup> im GWB zu sehen. Die Neubetonung des Präventionsgedankens im Kartellrecht wird dabei auch getragen von einer Erweiterung der institutionell-funktional orientierten Auffassung des Wettbewerbsschutzes um eine individualrechtliche Berücksichtigung der Interessen der betroffenen Marktteilnehmer.<sup>746</sup>

#### 4. Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG

In den zum Teil heftig geführten rechtswissenschaftlichen Diskussionen während des Gesetzgebungsverfahrens zu § 10 UWG stellten sich dessen vermeintlich pönale Ausrichtung oder Auswirkung oder sein vermeintlicher „Strafcharakter“ als Hauptkritikpunkte dar.<sup>747</sup> Über den tatsächlichen Charakter und die Wirkungen des Gewinnabschöpfungsanspruchs lässt sich allerdings erst nach eingehender Untersuchung seiner Tatbestandsmerkmale eine Aussage treffen. Bestimmend für den Charakter einer Norm ist aber auch ihr Zweck.<sup>748</sup> Daher wird im Folgenden zunächst der Normzweck des § 10 UWG ausführlicher be-

---

<sup>742</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 56.

<sup>743</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23 und Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 55 f.

<sup>744</sup> Insoweit in deutlicher, wenn auch nicht ausdrücklicher Anlehnung an die dritte Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht, vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 54.

<sup>745</sup> Vgl. bereits oben Kap. II. A. 5. sowie II. B. 2. a).

<sup>746</sup> Eingehend *Glöckner* WRP 2007, 490, 494 ff.

<sup>747</sup> Vgl. insb. *Sack* WRP 2003, 549, 552; *ders.* BB 2003, 1073, 1080 f.; *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16; *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42; bereits *Grauel/Luhrenberg* WRP 1980, 521, 525; einen Strafcharakter ebenfalls bejahend *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 10, 13, der hierin jedoch keinen System- oder Verfassungsverstoß sieht.

<sup>748</sup> Vgl. dazu näher unten Kap. IV. E. 1. a).

leuchtet. Dabei wird insbesondere auf die Fragen nach Präventions-, Sanktions- und Strafzielen genauer eingegangen.

#### a) Verbraucher- und Mitbewerberschutz

Mit der Novelle von 2004 bekam der Verbraucherschutz im Bereich des UWG erstmals ausdrücklich eigenständige Bedeutung zugestanden,<sup>749</sup> dem „Theorem einer Schutzzweckparität zwischen Verbraucherschutz und Wettbewerberschutz“ im Lauterkeitsrecht<sup>750</sup> sowie der sozialrechtlichen Auffassung des Wettbewerbsrechts<sup>751</sup> entsprechend und im Sinne der europarechtlichen Einflüsse etwa durch die damals vorliegenden Vorschläge zur EG-Richtlinie über unlautere Praktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern,<sup>752</sup> die bereits die heute in Art. 13 der Richtlinie festgelegte Errichtung „wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender“ Sanktionen gegen Lauterkeitsverstöße vorsahen.<sup>753</sup> Die folgende Harmonisierung mit Umsetzung der Richtlinie im Jahre 2008 führte zu einer weiteren und deutlichen Stärkung des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht.<sup>754</sup>

Neben der ausdrücklichen Erwähnung des Verbrauchers in der Generalklausel des § 3 UWG sollte vor allem der Gewinnabschöpfungsanspruch eine Stärkung der Verbraucherinteressen bewirken.<sup>755</sup> *Von Braunnühl* weist allerdings darauf hin,<sup>756</sup> dass hiermit rechtspolitisch zugleich sowohl der vom Gesetzgeber auf-

---

<sup>749</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 1, 12 f.; zur zunehmenden Bedeutung des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht bereits *Schricker* GRUR Int 1973, 694 ff.

<sup>750</sup> *Fezer* WRP 2003, 127, 128; zust. v. *Braunnühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 4.

<sup>751</sup> Dazu vgl. nur *Fezer* in *Fezer*, UWG, § 1 Rn. 74 ff. sowie § 3 Rn. 151 m.w.N.

<sup>752</sup> Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005 (oben Fn. 11), ABl. Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22 ff.; vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 12; dazu auch *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12 f.; zu Entwicklung und Inhalt näher auch *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 15 ff.

<sup>753</sup> Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken 11.5.2005 (oben Fn. 11), ABl. Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22, 31.

<sup>754</sup> Von einem „Primat der Verbraucherinteressen“ als Auslegungsdirektive bezüglich aller von der Harmonisierung nach der Richtlinie betroffener Regelungen spricht seither etwa *Fezer* in *Fezer*, UWG, § 1 Rn. 63.

<sup>755</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 13 (insoweit allerdings nicht in den Tatbestand des § 10 Abs. 1 UWG übernommen); vgl. auch v. *Braunnühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 4; *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 9 m.w.N.

<sup>756</sup> *V. Braunnühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 5.

grund des hohen wettbewerbsrechtlichen Schutzniveaus „ausdrücklich gewünschte“ und durch die abschließende Regelung der Klagebefugnis nach § 8 Abs. 3 UWG statuierte<sup>757</sup> Ausschluss individueller wettbewerbsrechtlicher Schadensersatzansprüche des Verbrauchers, als auch die ersatzlose Streichung des praktisch ohne Bedeutung gebliebenen § 13a UWG a.F. kompensiert werden sollten.<sup>758</sup>

Der Schutzzweck des § 10 UWG beschränkt sich allerdings nicht auf Verbraucherbelange:<sup>759</sup> Wurden bereits mit der Berücksichtigung des Verbraucherschutzes zusätzliche überindividuelle, kollektive Interessen und Gerechtigkeitsvorstellungen in das UWG transportiert,<sup>760</sup> so werden nun durch die Neutralisierung des zu Unrecht erlangten Wettbewerbsgewinns auch die Wettbewerbsverhältnisse zu den auf dem jeweiligen Markt konkurrierenden Wettbewerbern im Sinne der Rechtsordnung „wieder ins Lot“ gebracht.<sup>761</sup> Geradezu spiegelbildlich zum früher nur reflexhaft wirkenden Schutz des Lauterkeitsrechts zugunsten der Verbraucher<sup>762</sup> sollen nun die verbraucherschutzbezogenen Regelungen des UWG und insbesondere der Gewinnabschöpfungsanspruch reflexhaft auch die Konkurrenten des Zuwiderhandelnden schützen.<sup>763</sup>

#### **b) Vermögensordnende Neutralisierung von Marktversagen und Durchsetzungsdefiziten**

Die Gewinnabschöpfung soll also schon im öffentlichen Interesse an einem funktionsfähigen Wettbewerb<sup>764</sup> eine Verbesserung der Rechtsdurchsetzung im Lauterkeitsrecht insbesondere im Hinblick auf den Verbraucherschutz bewir-

<sup>757</sup> Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks 15/1487, S. 22; dazu auch *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 561.

<sup>758</sup> Vgl. *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 13.

<sup>759</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>760</sup> Vgl. *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 489 m.w.N.

<sup>761</sup> *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 75.

<sup>762</sup> Vgl. dazu nur die Nachw. bei *Steindorff* ZHR 138 (1974), 504, 520.

<sup>763</sup> So *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 9; vgl. auch *Köhler* GRUR 2003, 265.

<sup>764</sup> *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 83.

ken.<sup>765</sup> Bezüglich der Zweckrichtung<sup>766</sup> des § 10 UWG stellen Gesetzmaterialien und Literatur dabei in erster Linie auf die Neutralisierung von Durchsetzungsdefiziten im Bereich der Bagatell- und Streuschäden ab.<sup>767</sup> Gerade im Bereich der Streuschäden sind Fallkonstellationen denkbar, in denen der Zuwiderhandelnde seinen Unrechtsgewinn letztendlich behalten kann, da die benachteiligten Abnehmer von der Verfolgung ihrer – in weiten Teilen durchaus bestehenden – Rechte absehen.<sup>768</sup> Die Verbraucherverbände waren zuvor über § 13 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG a.F. nur zur Durchsetzung negatorischen Rechtsschutzes aktiv legitimiert. Bei den aus § 9 UWG zur Erhebung eines Schadensersatzanspruchs legitimierten Wettbewerbern fehlt es dagegen regelmäßig an einem eigenen nachweisbaren Schaden oder, insbesondere wegen der in der Praxis bestehenden erheblichen Probleme bei der Schadensbeziehung,<sup>769</sup> am nötigen Anreiz, einen solchen Anspruch durchzusetzen.<sup>770</sup> Da der negatorische Rechtsschutz immer nur auf einen konkreten Unterlassungstenor begrenzt ist, er vor allem aber nur für die Zukunft wirkt,<sup>771</sup> stellte sich der Lauterkeitsverstoß als relativ risikoarmes, vielmehr lukratives Geschäft dar: Unlauterer Wettbewerb lohnte sich sozu-

---

<sup>765</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 13; Köhler GRUR 2003, 265 f.; Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 46.

<sup>766</sup> Zum entsprechenden Regelungshintergrund vgl. insoweit schon oben Kap. II. C. 1. 1. a) (1).

<sup>767</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23; ebenso Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 75; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 3; v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 3; Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 29; krit. insoweit Alexander JZ 2006, 890, 892 f.; dazu auch noch unten Kap. III. F. 1.; gar keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf angesichts eines nach seiner Ansicht funktionierenden herkömmlichen Rechtsdurchsetzungssystems im Lauterkeitsrecht sieht dagegen Sack WRP 2003, 549, 557 ff. sowie ders. BB 2003, 1073, 1081.

<sup>768</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23; zust. Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 7; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 3; v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 3.

<sup>769</sup> Zur geringen Bedeutung des Schadensersatzanspruches im Lauterkeitsrecht u.a. wegen dieser Bezifferungsproblematik vgl. bereits die kommentierte statistische Darstellung in der rechtstatsächliche Untersuchung von v. Falckenstein, Schäden der Verbraucher, S. 21 ff.; eine Übersicht gibt auch Dreier, Kompensation und Prävention, S. 119 f.

<sup>770</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 3; zur Problematik der seit jeher beklagten geringen Bedeutung des Schadensersatzanspruches im Wettbewerbsrecht s. Teplitzky GRUR 1987, 215 ff.; Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 4 f., § 10 Rn. 8; zur fehlenden Tauglichkeit des Schadensersatzanspruches zur Bekämpfung von Streuschäden Fehlemann, Abschöpfungsansprüche, S. 55 ff., jew. m.w.N.

<sup>771</sup> Dazu etwa v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 1; Fehlemann, Abschöpfungsansprüche, S. 53 ff. m.w.N.; auch Dreier wirft die Frage auf, ob die auffallend geringe Zahl an gerichtlichen Durchsetzungen von durch Verbände erwirkten Unterlassungsverpflichtungen nicht daraus resultiere, dass der Unterlassungsverpflichtete mit den zuvor begangenen Verstößen sein Ziel bereits erreicht habe, vgl. Dreier, Kompensation und Prävention, S. 120; a.A. Sack, der die herkömmlichen Instrumentarien für ausreichend schnell und bewährt ansieht, Sack WRP 2003, 549, 557 ff.; ders. BB 2003, 1073, 1081.



sagen immer.<sup>772</sup> Um die entsprechende „Rechtsdurchsetzungslücke“ zu schließen, erweiterte der Gesetzgeber die lauterkeitsrechtlichen Anspruchsgrundlagen mit dem „Ziel einer weiteren Verbesserung der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts“.<sup>773</sup> Durch den Gewinnabschöpfungsanspruch soll nach der Gesetzesbegründung „sichergestellt werden, dass sich unlautere Werbung, die den Verbraucher übervorteilt“, gerade nicht mehr lohne.<sup>774</sup>

Bei näherer Betrachtung dieser Erwägungen und des heutigen Regelungsinhalts von § 10 UWG stellt sich allerdings heraus, dass es um eine vollständige Schließung der bestehenden Rechtsdurchsetzungslücke oder die Verbesserung der Rechtsdurchsetzung im eigentlichen Sinne gar nicht gehen kann. Dies würde nämlich voraussetzen, dass diejenigen, deren Rechte bisher nicht oder nur unzureichend durchgesetzt wurden, hiervon auf der Individualebene mehr als nur mittelbar profitierten.<sup>775</sup> Tatsächlich soll die Gewinnabschöpfung – dem Wortlaut nach allerdings ohne Beschränkung auf Bagatellschäden – ein „Marktversagen“<sup>776</sup> korrigieren, indem sie dem Unternehmer den aus dem bewusst vorgenommenen Verstoß erzielten Gewinn entzieht.<sup>777</sup> Sie soll insoweit die Lücke ausfallender oder nicht geltend gemachter Individualansprüche schließen, also (nur) insoweit ein Durchsetzungsdefizit aufheben<sup>778</sup> und dabei für ein effektiveres Lauterkeitsrecht eintreten.<sup>779</sup> Der Entzug von „Unrechtsvermögen“ als

---

<sup>772</sup> Vgl. zum Ganzen etwa *Schricker* GRUR 1979, 1, 2 f.; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 6 m.w.N.

<sup>773</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23.

<sup>774</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 13; zum Regelungshintergrund s. schon oben Kap. II. C. 1. a) (1); dazu auch *Henning-Bodewig* GRUR 2004, 713, 719; *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 13; *Köhler* GRUR 2003, 265; auch *Dreier* sieht ein Kompensationsdefizit im Wettbewerbsrecht vor allem da, wo bis zum Erlass eines präventiv wirkenden Unterlassungsgebotes Schäden bereits kausal verursacht wurden oder eingetreten sind, vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 310.

<sup>775</sup> *Alexander* JZ 2006, 890, 893.

<sup>776</sup> *Alexander* JZ 2006, 890, 893 f.; zu den ökonomischen Voraussetzungen für und Auswirkungen von Streuschäden vgl. *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 21 ff.

<sup>777</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; *Alexander* JZ 2006, 890, 893 f.; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 4; vgl. auch *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 83, 167; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 91.

<sup>778</sup> *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559 f.; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 3, 129; ähnlich *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 46; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 29 mit eingehender Darstellung der Durchsetzungsdefizite, ebenda S. 30 ff.

<sup>779</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 54.

„Funktionsweise“<sup>780</sup> der Gewinnabschöpfung soll also zu Unrecht erlangte Gewinne neutralisieren<sup>781</sup> und hat daher, wenn auch nur bezogen auf den Zuwiderhandelnden, auch „vermögensordnende“ Ziele.<sup>782</sup> Insoweit könnte man von einer einseitig-vermögensordnenden Funktion des § 10 UWG sprechen. Auch aus dem Gedanken des „Fruchtziehungsverbotes“ soll im Übrigen der Gewinn als Frucht des Wettbewerbsverstößes abgeschöpft werden.<sup>783</sup>

#### c) Prävention, Strafe und Sanktion

##### (1) Prävention und Präventionsausfall

Die vermögensordnende Behebung eines Marktversagens durch die Abschöpfung des Unrechtsgewinns ist allerdings kein Selbstweck; durch sie soll vielmehr verhindert werden, dass sich aus der Kenntnis und Sicherheit mangelnder Rechtsdurchsetzung weiterhin ein Anreiz für Marktteilnehmer ergibt, bestimmte Formen von Lauterkeitsverstößen zu begehen.<sup>784</sup> Umgekehrt betrachtet soll der potentielle Zuwiderhandelnde von einem Lauterkeitsverstoß abgeschreckt werden.<sup>785</sup> Dies entspricht dem Gedanken der Prävention, also der Vorbeugung (von lat. *praevenire*, zuvorkommen, verhüten) von (weiteren) Rechtsverletzungen für die Zukunft. Im Fall frei am Markt agierender Unternehmer oder auch im Bereich der anders kaum zu schützenden immateriellen Rechtsgüter geht es dabei vor allem um die Beeinflussung des Verhaltens potentieller Rechtsverletzer im Sinne der Rechtsordnung.

Im Anwendungsbereich der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung wurde vor ihrer Einführung ein erhebliches Generalpräventions- und Durchsetzungsde-

---

<sup>780</sup> Alexander JZ 2006, 890, 892 mit Verweis auf Dreier, Kompensation und Prävention, S. 123 ff. zur Unterscheidung von Zweck, Funktion und Wirkungsweise einer Norm.

<sup>781</sup> Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 156.

<sup>782</sup> So (ohne Einschränkung) Fehle mann, Abschöpfungsansprüche, S. 107.

<sup>783</sup> Vgl. Begr. RefE UWG, GRUR 2003, 298, 310 mit Verweis auf BGH GRUR 1994, 126 f. – Folgeverträge; v. Braumühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 3; Alexander JZ 2006, 890, 894.

<sup>784</sup> Vgl. etwa Micklitz/Stadler in Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht, S. 1339; a.A. Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 245.

<sup>785</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

fizit festgestellt, das sich auch aus dem Kompensationsdefizit bezüglich der Bagatell- und Streuschäden ergab.<sup>786</sup> Effektive Individualansprüche von Abnehmern oder auch Konkurrenten hätten hiergegen zumindest mittelbar eine präventive Wirkung gehabt, da schließlich das Wissen um die entstehenden Kompensationspflichten bei den Marktbeteiligten üblicherweise die Hemmschwelle erhöht, sich rechtswidrig zu verhalten. Diese Hemmschwelle sinkt umgekehrt, wenn der Zuwiderhandelnde in der Praxis mit einer Rechtsdurchsetzung durch die Anspruchsinhaber kaum zu rechnen braucht; solange ihnen selbst nach einer rechtlichen Reaktion ein beträchtlicher Teil der Unrechtseinnahmen verbleibt, werden potentielle Verletzer zu entsprechenden Verhaltensstrategien „geradezu herausgefordert“.<sup>787</sup> Das individualrechtliche Durchsetzungsproblem im Lauterkeitsrecht beschränkt sich dann nicht mehr auf die Beeinträchtigung des einzelnen Verbrauchers, sondern ruft vielmehr auch eine Störung des überindividuellen Interesses am Funktionieren des Wettbewerbs als solchem hervor.<sup>788</sup>

Als Ersatz für den Ausfall der Selbstregulierung des Marktes wie auch der rechtlichen Durchsetzungsinstrumentarien setzt der Gesetzgeber mit dem Gewinnabschöpfungsanspruch daher auf eine Präventionswirkung durch Abschreckung.<sup>789</sup> Genauer gesagt soll der Präventionsausfall kompensiert werden, der dem Zuwiderhandelnden andernfalls wirtschaftliche Anreize für weitere lauterkeitswidrige Maßnahmen böte.<sup>790</sup> Insoweit stellt sich die Gewinnabschöpfung als eine Art Auffangtatbestand zunächst für solche Fälle dar, in denen der Markt das unlaute Verhalten belohnt und sich der Zuwiderhandelnde keinen Individualforderungen ausgesetzt sieht. Um ihren Geltungsanspruch zu behaupten, greift die

---

<sup>786</sup> Vgl. nur v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 3; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 60; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 48; zur vergleichbaren Problematik als Ausgangspunkt für *punitive damages* im US-amerikanischen Recht vgl. *Köndgen* RabelsZ 56 (1992), 696, 723.

<sup>787</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 313.

<sup>788</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 313.

<sup>789</sup> „Der Anspruch dient demnach weniger dem Interessenausgleich sondern vielmehr einer wirksamen Abschreckung.“, Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; zur Abgrenzung der Begriffe Abschreckung und Strafe vgl. sogleich unten Kap. III. A. 4. c) (3).

<sup>790</sup> Vgl. *Alexander* WRP 2004, 407, 417; *ders.* JZ 2006, 890, 894.

Rechtsordnung dann dort korrigierend ein, wo durch die grundsätzlich „rechtsblinden“ wettbewerbsimmanenten Mechanismen rechtswidriges Verhalten nicht nur nicht wirtschaftlich sanktioniert wird, sondern es sich regelrecht auszahlt und wo dadurch eine ungewollte Anreizsituation für potentielle Zuwiderhandelnde entsteht.<sup>791</sup>

Die Abschöpfung des zu Unrecht erwirtschafteten Gewinns scheint dabei grundsätzlich das geeignete Instrument, um die wirtschaftliche Belohnung unlauteren Verhaltens zu neutralisieren.<sup>792</sup> Denn soweit der unlautere Wettbewerb mit § 10 UWG unwirtschaftlich wird, beseitigt dies den Anreiz zu wettbewerbswidrigem Verhalten.<sup>793</sup> Hierdurch kommt eine Gewinnabschöpfung im besten Fall – wenn auch nur mittelbar – wiederum den Abnehmern zugute, nämlich in Form eines besser regulierten Wettbewerbs.<sup>794</sup> Auch *Köhler* ist der Ansicht, soweit die Lenkungsfunction des Haftungsrechts nicht eingreife, lasse sich effektive Abhilfe nur über eine Gewinnabschöpfung schaffen.<sup>795</sup> Aus dem tradierten Rechtssatz „*tort must not pay*“ lässt sich schließlich der Nachweis lesen, dass bereits frühere Generationen an Rechtswissenschaftlern den Zusammenhang zwischen Gewinnabschöpfung und wirksamen Verhaltensanreizen gesehen haben.<sup>796</sup>

In diesem Punkt verknüpft sich also das Ziel des Gewinnabschöpfungsanspruchs, die versagende Auslesefunktion des Marktes zu simulieren,<sup>797</sup> mit ihrem Zweck der Kompensation eines Präventionsausfalls. Der Präventionszweck überlagert dabei schon ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>798</sup> den vermögens-

---

<sup>791</sup> *Alexander* JZ 2006, 890, 893 f.

<sup>792</sup> Zur näheren Überprüfung der Geeignetheit vgl. unten ab Kap. IV. C. 1.

<sup>793</sup> Vgl. *Alexander* WRP 2004, 407, 417; zust. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 83; ähnlich *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 46 m.w.N.; zum ökonomischen Modell zur Verhaltenssteuerung s. unten Kap. IV. A. 3. a).

<sup>794</sup> Vgl. *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 132.

<sup>795</sup> *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 4.

<sup>796</sup> Vgl. *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 663, 679.

<sup>797</sup> Dazu s. *Alexander* WRP 2004, 407, 417; *ders.* JZ 2006, 890, 894; zust. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 2; zum Ganzen auch *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 54 f.

<sup>798</sup> Vgl. oben Fn. 789.

ordnenden Ansatz.<sup>799</sup> Zugleich begrenzt letzterer aber auch die Umsetzung des Abschreckungsgedankens: Die tatbestandliche Vorgabe, dass nur der nach Abzug aller aufgrund des Verstoßes geleisteter Zahlungen verbleibende kausale Unrechtsgewinn abgeschöpft werden kann,<sup>800</sup> verhindert den Übergriff auf das sonstige Vermögen des Zuwiderhandelnden, der zur Verfolgung des Abschreckungsziels zumindest denkbar wäre.<sup>801</sup> Der innere Zusammenhang zwischen Marktversagen, Präventionsziel sowie vermögensordnender Abschöpfungsfunktion des § 10 UWG ergibt sich also insbesondere aus dem Prinzip der „Nachrangigkeit“ der Gewinnabschöpfung gegenüber Individualansprüchen oder anderen, den Gewinn des Zuwiderhandelnden mindernden Rechtsvorgängen.

Eine Präventionsausrichtung ist der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung damit letztlich unproblematisch und auch wohl unstreitig eigen.<sup>802</sup> Es bleibt allerdings ein grober – und im Zusammenhang mit § 10 UWG dazu überaus verbreiteter<sup>803</sup> – Trugschluss, hieraus fast synonym auf eine pönale, also strafende Ausrichtung des Anspruchs zu schließen.<sup>804</sup> Strafe, Sanktion und Prävention sind sowohl begrifflich als auch inhaltlich als Normziele deutlich voneinander

---

<sup>799</sup> Anders aber *Sieme*, der den Abschöpfungsgrund in der objektiven Störung des Wettbewerbs als solchem sieht; Abschreckung und Sanktionierung seien nicht Ziele, sondern nur eine mögliche Nebenfolge der Abschöpfungsregelung. Selbst wenn keine präventive Wirkung erreicht werde, sei die Abschöpfung durch das Ziel gerechtfertigt, die Gewinne aus Wettbewerbsverstößen zu neutralisieren, vgl. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 245. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass nach dieser Ansicht Abschöpfungsregelungen für überkompensatorische Gewinnabschöpfungen in allen Rechtsbereichen denkbar und fast notwendig wären; im Übrigen argumentiert *Sieme* insoweit etwas widersprüchlich, als er gleichzeitig eine verschuldensunabhängige Ausgestaltung des Anspruchs mit der – vom Gedanken der Prävention getragenen – Begründung fordert, dass dann „der Anreiz zur Einhaltung des Gesetzes“ steige, „weil mit jeder Beschränkung des Anwendungsbereichs das Risiko für den Handelnden sinkt, seinen Gewinn zu verlieren“, vgl. *Sieme*, a.a.O., S. 247 f.

<sup>800</sup> Zumindest nach herrschender und zutreffender Ansicht; zu den Anrechnungsvorschriften des § 10 UWG vgl. unten Kap. III. E. 8. sowie Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; zu den Anforderungen an den Kausalzusammenhang unten Kap. III. E. 6. b).

<sup>801</sup> Während umgekehrt ein ausnahmsweiser Wegfall des Präventionsbedürfnisses aus anderen Gründen die Anwendung des Anspruchs nicht hindert.

<sup>802</sup> Vgl. *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 10; *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 72; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 3; v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 114.

<sup>803</sup> Vgl. etwa die Gleichsetzung von Abschreckungsgedanken, Sanktions- und Strafcharakter bei *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 10, 13; *Sack* BB 2003, 1073, 1080; *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16; ähnlich v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 2, 114, differenzierter ebenda Rn. 133.

<sup>804</sup> Vgl. dazu auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 521; *Ebert*, Pönale Elemente, S. 4.

zu unterscheiden,<sup>805</sup> weshalb auf die einzelnen Differenzierungen im Folgenden näher eingegangen werden soll.

#### (2) *Sanktion und Strafe*

Zunächst kann und – zumindest in diesem Zusammenhang – muss die Sanktion oder *sanctio* von der Strafe oder *poena* begrifflich unterschieden werden.<sup>806</sup> Die Gesetzesbegründung zu § 10 UWG spricht etwa von einer „Sanktionswirkung“ der Gewinnabschöpfung, die sich (nur) gegen „besonders gefährliche unlautere Handlungen“ richte, nämlich „solche mit Breitenwirkung, die tendenziell eine größere Anzahl von Abnehmern betreffen können“.<sup>807</sup> Aus Verhältnismäßigkeitserwägungen hinsichtlich dieser Sanktionswirkung leitet der Gesetzgeber das Erfordernis einer auf Verbände und Einrichtungen beschränkten Aktivlegitimation ab.<sup>808</sup> Die Begründung zum Referentenentwurf<sup>809</sup> sprach dagegen sogar noch ausdrücklich von einem „Strafcharakter“ der Vorschrift. Nach Ansicht von *Sack* soll die terminologische Änderung im Regierungsentwurf insoweit keine inhaltliche Abkehr vom Strafcharakter der Vorschrift bedeuten.<sup>810</sup> In der Tat wandeln sich bei gleichbleibendem Tatbestand weder der Zweck einer Norm noch ihr Charakter lediglich aufgrund einer geänderten Terminologie in der Entwurfsbegründung. Zumindest für den in diesem Abschnitt relevanten Untersuchungsgegenstand des Normzwecks der Gewinnabschöpfung ist im Ergebnis jedoch entgegen der Ansicht *Sacks* allein der Begriff der Sanktion, nicht jedoch der der Strafe der für § 10 UWG zutreffende.

Es fallen zunächst zwei Dinge auf: Zum einen spricht auch die Gesetzesbegründung nirgendwo von einem Sanktionszweck, sondern ausschließlich von einer

---

<sup>805</sup> So auch bei *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 284; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 60; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 521 f.; *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 13, 145 ff.

<sup>806</sup> Den Sanktions- mit dem Strafbegriff bzw. dem Begriff „pönal“ ohne Problematisierung gleichsetzend aber etwa *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 105 f.; ähnlich *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 156; vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 114, dort aber auch Rn. 133.

<sup>807</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>808</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>809</sup> Abgedr. in GRUR 2003, 298 ff.

<sup>810</sup> *Sack* BB 2003, 1073, 1080; ähnlich *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16.

Sanktionswirkung bzw. einem Sanktionscharakter der Gewinnabschöpfungsregelung.<sup>811</sup> Die Gesetzesverfasser stellen damit im Zusammenhang mit den Verhältnismäßigkeitserwägungen auf einen ihrer Erwartung nach starken tatsächlichen Eingriffsgehalt der Vorschrift ab, ohne dabei eine Aussage zu über die Prävention hinausgehenden Sanktions- oder Strafzielen auf der Normzweckebe-  
ne zu treffen. Zum Zweiten sind die Begriffe Sanktion und Strafe inhaltlich nicht deckungsgleich.<sup>812</sup> Der der lateinischen *poena* entsprechende deutsche Begriff der Strafe setzt auch nach heutigem Verständnis Zwecke der Buße und Sühne voraus und bedeutet auf der Wirkungsebene stets die Zufügung eines der Schwere von Unrecht und Schuld angemessenen, öffentliche Missbilligung ausdrückenden Übels durch die Allgemeinheit bzw. den Staat ohne unmittelbaren Vorteil für den Verletzten.<sup>813</sup> Gerade die Kriminalstrafe stellt auch nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts neben ihrer Aufgabe, abzuschrecken und zu resozialisieren, vor allem eine angemessene Antwort auf strafrechtlich verbotenes Verhalten dar; Strafe ist dann die Auferlegung eines Rechtsnachteils wegen einer schuldhaft begangenen rechtswidrigen Tat, das Strafübel soll als Ausdruck „vergeltender Gerechtigkeit“ den schuldhaften Normverstoß ausgleichen.<sup>814</sup> Dabei kann der Normzweck durchaus einen dominierenden Einfluss auf die Interpretation des Normcharakters haben, denn auch nach der zitierten Rechtsprechung bestehen durchaus „Sanktionen, die wie eine Strafe wirken“ wie etwa der Verfall; als strafend seien sie jedoch nicht schon deshalb einzuordnen, weil sie faktisch die Wirkung eines Übels entfalteteten, etwa in Form von wirtschaftlichen Einbußen. Es komme vielmehr bei der Beurteilung des „pönalen Charakters“ einer Rechtsfolge auch auf weitere, wertende Kriterien wie insbe-

---

<sup>811</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; zur Frage der tatsächlichen Normwirkung des § 10 UWG s. unten Kap. IV. E.

<sup>812</sup> Ebenso unterscheidend *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 284; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 145; ohne Differenzierung dagegen wohl etwa *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 10.

<sup>813</sup> *Köbler*, Juristisches Wörterbuch, S. 397; vgl. auch etwa *Androulakis* ZStW Bd. 108 (1996), S. 300, 319; *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 283; eine differenzierte Begriffsanalyse zu Zwecken und Funktion des Kriminalstrafrechts findet sich bei *Bottke*, Assoziationsprävention, S. 10 ff.

<sup>814</sup> Umfassende Nachw. bei BVerfG NJW 2004, 2073 f.

sondere den Rechtsgrund ihrer Anordnung und den vom Gesetzgeber mit ihr verfolgten Zweck an.<sup>815</sup>

Das moderne Verständnis von Strafe und Bestrafung umfasst also zum einen die Assoziation einer negativen Reaktion im Sinne einer gewissen Härte<sup>816</sup> und eines „Übergriffs“ auf Rechtsgüter des Delinquenten.<sup>817</sup> Der Zweck der Strafe erschöpft sich eben nicht darin, dem Täter die durch die Tat erworbenen Vorteile wieder zu entziehen,<sup>818</sup> sondern sie ist darüber hinaus beziehungsweise davon unabhängig auf die „Zufügung weiterer Nachteile“ gerichtet<sup>819</sup> und verfolgt damit zumindest auch vergeltende Ziele. Gerade vor diesen Elementen warnen auch die Kritiker einer sogenannten „Privatisierung von Strafrecht“.<sup>820</sup>

Die „Sanktion“ lässt sich dagegen – von lat. *sanctio*, Heilung, Billigung, Strafandrohung zu *sancire*, heiligen, unverbrüchlich festsetzen, bei Strafe verbieten<sup>821</sup> – terminologisch herleiten als „Maßnahme zur Erzwingung eines bestimmten Verhaltens“<sup>822</sup>, und als die „mit einer rechtlichen Regelung verbundene Rechtsfolge“, die „jener zur effektiven Geltung verhelfen soll“.<sup>823</sup> Sie bezeichnet die Inkraftsetzung und die Bestätigung einer Norm sowie die Vorschriften über die Folgen der entsprechenden Normverstöße.<sup>824</sup> Der Begriff der Sanktion umfasst daher zwar auch Rechtsfolgen mit Strafgehalt, ist aber weiter zu verstehen und dabei, wie *Jung* feststellt, gegenüber dem der Strafe „technisch-

---

<sup>815</sup> So zur Verfassungsmäßigkeit des erweiterten Verfalls BVerfG NJW 2004, 2074 m.w.N.; zur Wechselwirkung von Normzweck und Normwirkung insoweit vgl. noch unten Kap. IV. E. 1. a).

<sup>816</sup> Vgl. *Androulakis* ZStW Bd. 108 (1996), S. 300, 319: „Die besondere Missbilligung und die harte Behandlung als Elemente der Strafe sind in- und miteinander verwachsen“.

<sup>817</sup> Vgl. nur die vielzitierte Abgrenzungsformel *Bindings* zu Strafe und Schadensersatz, nach der die Strafe „eine Wunde schlagen“, der Schadensersatz „eine andere heilen“ solle, und zwar, wie es dann weiter heißt, „wenn möglich, ohne eine zweite zu verursachen“, *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung Bd. I, S. 288.

<sup>818</sup> Vgl. BVerfG NJW 2004, 2073, 2074 ff.

<sup>819</sup> *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 283.

<sup>820</sup> *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42; ähnlich *Sack* WRP 2003, 549, 558; zur grundsätzlichen Frage der Trennung von zivil- und strafrechtlicher Haftung vgl. etwa *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 516 ff.

<sup>821</sup> Brockhaus Enzyklopädie Bd. 19, S. 111; Meyers Enzyklopädisches Lexikon Bd. 20, S. 688.

<sup>822</sup> Brockhaus Enzyklopädie Bd. 19, S. 111.

<sup>823</sup> *Creifelds*, Rechtswörterbuch, S. 1033, und zwar „z.B. durch Erlass eines Gesetzesbefehls als Bestätigung eines Rechtssatzes mit Zwangs- oder Strafandrohung zu seiner Durchsetzung“; vgl. auch *Köbler*, Juristisches Wörterbuch, S. 361: „Gesetzesbefehl, Zwangsmaßnahme, Rechtsfolge“.

<sup>824</sup> Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Bd. 20, S. 688.



neutraler“; er verlässt den Gedanken an die „peinliche Strafe“ und ist deshalb „eher dazu angetan, die Brücke zu anderen Reaktionsformen zu schlagen“.<sup>825</sup> Auch von *Braunmühl* bezeichnet deshalb den Ausdruck „Sanktion“ als den im Zusammenhang mit dem Gewinnabschöpfungsanspruch zutreffenderen.<sup>826</sup>

Unter den Begriff lauterkeitsrechtlicher „Sanktionsinstrumente“ werden dementsprechend im Sprachgebrauch zum Teil bereits Abmahnungen und die weitere Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen,<sup>827</sup> aber auch bereicherungs- und schadensersatzrechtliche Rechtsfolgen<sup>828</sup> gefasst. Auch die Gesetzesmaterialien zur UWG-Reform fassen terminologisch unter den Begriff der „Sanktionen“ folgerichtig auch Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche.<sup>829</sup> In der soziologischen Terminologie etwa beschreibt die Sanktion gar jede positive wie negative Reaktion auf normgemäßes wie auch auf abweichendes Verhalten.<sup>830</sup> Für das rechtliche Verständnis des Sanktionsbegriffs dürfte heute allerdings ein anderer Einfluss wesentlich sein: Im europäischen Gemeinschaftsrecht wird der Begriff bereichsübergreifend für rechtliche Reaktionen auf Verstöße verwendet;<sup>831</sup> umgekehrt besteht sogar die Frage, ob die Ermächtigung und Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur Installation von nationalen Sanktionen überhaupt auch den Erlass strafrechtlicher Bestimmungen erfasst.<sup>832</sup> Kriminalstrafrechtliche Rechtsfolgen werden dementsprechend auf europäischer Ebene regelmäßig näher spezifiziert und als „Strafsanktionen“ oder „strafrechtliche Sanktionen“ bezeichnet.<sup>833</sup>

<sup>825</sup> *Jung*, Was ist Strafe?, S. 9; zust. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 133.

<sup>826</sup> V. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 133.

<sup>827</sup> Vgl. *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 175; von zivilrechtlichen Sanktionen oder Sanktionsinstrumenten spricht etwa auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, z.B. S. 114 Fn. 228, S. 504.

<sup>828</sup> Vgl. *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661 ff.

<sup>829</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 14.

<sup>830</sup> Vgl. nur Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 19, S. 111; Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Bd. 20, S. 688.

<sup>831</sup> Beispielhaft Art. 13 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005 (oben Fn. 11), ABl. Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22, 31; ähnlich *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 109.

<sup>832</sup> Vgl. etwa EuGH NJW 2006, 204, 207 Tz. 57; dazu auch *Rübenstahl/Schilling* HRRS 2008, 492, 495 f.

<sup>833</sup> *Rübenstahl/Schilling* HRRS 2008, 492, 495 f.

Die Anknüpfung an eine besondere, gesteigerte Missbilligung als Element des deutschen Begriffs der (Kriminal-) Strafe ist im rechtlichen Sanktionsbegriff also gerade nicht zwangsläufig enthalten. Er umfasst vielmehr unterschiedliche rechtliche Reaktionsformen des öffentlichen wie des privaten Rechts<sup>834</sup> und ist damit insgesamt wenig trennscharf; vielmehr bezeichnet er allgemein eine negative, normbegründende und -durchsetzende Rechtsfolge, die aber keinesfalls zwingend pönal ausgestaltet sein muss. Die Vermutung liegt nahe, dass dieser Begriff gerade aus diesem Grund an die Stelle des umstrittenen „Straf“-Terminus (der sich allerdings wie gesagt lediglich auf eine vorgebliche Wirkung der Vorschrift, nicht auf ihr Normziel bezogen hatte) aus dem Referentenentwurf gesetzt wurde. Und auch wenn die in den Materialien niedergelegten Motive der Gesetzesverfasser gerade bei einer jungen Norm einen wesentlichen Maßstab für deren Zweckbestimmung bilden müssen, ist für § 10 UWG angesichts solcher terminologischer Uneindeutigkeit insoweit Vorsicht geboten.

Es lässt sich festhalten: Solange § 10 UWG sich auf die Abschöpfung von kausalen Unrechtsgewinnen beschränkt und nicht eine darüber hinausgehende Rechtsfolge eröffnet, solange des Weiteren auch aus den Materialien keine ernsthaften Anhaltspunkte für eine vergeltende Ausrichtung der Gewinnabschöpfung ersichtlich sind, kann er jedenfalls vom Normzweck her nicht als „verkappte Strafvorschrift“ bezeichnet werden.<sup>835</sup>

### **(3) Prävention und Strafe**

Auch wenn bei der Diskussion um die Zulässigkeit von Prävention als Ziel zivilrechtlicher Durchsetzungsinstrumentarien gerne synonym von „Pönalität“,<sup>836</sup>

---

<sup>834</sup> Vgl. auch etwa die Bezeichnung „Sanktionensystem“ oder gar „Sanktionenarsenal“ als Überbegriff aller schuldrechtlichen Reaktionsformen auf Vertragsbruch bei *Köndgen* RabelsZ 56 (1992), 696, 698.

<sup>835</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 3; a.A. *Sack* WRP 2003, 549, 552; *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42; *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16 ff.

<sup>836</sup> Vgl. im Zusammenhang mit § 10 UWG v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 114; *Schaub* GRUR 2005, 918, 920 ff.

von „punitiven“ Elementen<sup>837</sup> oder von einem Strafcharakter<sup>838</sup> die Rede ist, haben auch Prävention und Strafe nicht nur graduelle Unterschiede aufzuweisen, sondern dem Grunde nach bereits unterschiedliche Zielrichtungen: Prävention richtet sich in die Zukunft, Strafe dagegen knüpft in ihrer Zumessung an ein besonderes Unwerturteil und damit eine persönliche Schuld des Täters bei der Begehung an (vgl. § 46 Abs. 1 S. 1 StGB) und ist insoweit in die Vergangenheit gerichtet. Selbst wenn man also davon ausginge, dass „pönale“ Elemente einen Fremdkörper im deutschen Zivilrechtssystem darstellten, ließe das – und diese Differenzierung lässt die Diskussion auch um § 10 UWG oftmals vermissen<sup>839</sup> – nicht den Schluss zu, dass selbiges auch für Präventionsaspekte gälte.<sup>840</sup> Umgekehrt lässt eine präventive Ausrichtung der Gewinnabschöpfung nicht auf deren strafenden oder gar strafrechtlichen Charakter schließen.<sup>841</sup> Vor dem Hintergrund der Vorgaben von TRIPS und *Enforcement*-Richtlinie fordert *Schaub*<sup>842</sup> folgerichtig eine intensivere Beschäftigung mit Funktionen und dogmatischer Einordnung der bestehenden Sanktionen im Hinblick auf ihre Abschreckungswirkung und auf die Grenzziehung zwischen präventivem und pönalem Charakter; in diesem Sinne soll hier für § 10 UWG eine nähere Begriffsbestimmung und Abgrenzung zwischen Abschreckung, Prävention und Strafe vorgenommen werden.

---

<sup>837</sup> So *Rinnert/Küppers/Tilmann* FS Helm 2002, 337, 354 zur Entscheidung BGH GRUR 2001, 329 ff. – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>838</sup> *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16; *Sack* BB 2003, 1073, 1080; *ders.* WRP 2003, 549, 552; *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42.

<sup>839</sup> Etwa bei *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16; *Sack* BB 2003, 1073, 1080; *ders.* WRP 2003, 549, 552.

<sup>840</sup> Ebenso bereits *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 522 m.w.N.; *Ebert*, *Pönale Elemente*, S. 5 m.w.N. zur Diskussion über Pönalität im deutschen Deliktsrecht; *Neuberger*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 60; a.A. wohl *Köndgen*, der für die Gewinnabschöpfung als mögliche Sanktion vorsätzlichen Vertragsbruchs plädiert, damit dieser Vertragsbruch keinen Vorteil mehr verspreche, diese Rechtsfolge aber als „eindeutig“ strafend ansieht, obgleich er die Gewinnabschöpfung insoweit auf die Anreizfunktion im Dienste der Schadensprävention beschränkt sieht, vgl. *Köndgen* *RabelsZ* 56 (1992), 696, 729 f.

<sup>841</sup> Ebenso *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 74; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, *UWG*, § 10 Rn. 3; *Stadler* in *Augenhofer*, *Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, S. 117, 126; *Gärtner*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 165; *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 521 m.w.N.

<sup>842</sup> *Schaub* GRUR 2005, 918, 920.

Zwar soll die Kriminalstrafe nach heutigem Verständnis auch präventiv wirken, ihr wohnen aber nach der in das StGB eingeflossenen Vereinigungstheorie<sup>843</sup> in bestimmender Weise Elemente wie Sühne und Vergeltung inne. „Strafe“ als solche ist damit selbst im Strafrecht kein eigentlicher Zweck, sondern ein Instrument zu Erreichung bestimmter Ziele, die durchaus im Widerspruch zueinander stehen können („Antinomie der Strafzwecke“<sup>844</sup>): Nach § 46 Abs. 1 S. 1 StGB ist die Schwere der Schuld Grundlage für die Strafzumessung, was als Ausfluss des Sühne- und Vergeltungsgedankens gewertet wird.<sup>845</sup> Daneben sind nach § 46 Abs. 1 S. 2 StGB Spezial- und Generalprävention zu berücksichtigen. Auch wenn der Gewinnabschöpfungsanspruch seine Präventionsziele ebenfalls durch eine auf die Vergangenheit – nämlich die unlauter erwirtschafteten Gewinne – bezogene Rechtsfolge verfolgt, wäre Strafe als echtes Normziel des § 10 UWG daher nur dann anzunehmen, wenn mit ihm über das Präventions- und Vermögensordnungsziel hinaus unmittelbar Zwecke der Vergeltung oder Sühne verfolgt würden.<sup>846</sup> In der Gesetzesbegründung findet sich hierzu jedoch kein Hinweis, auch ist nirgendwo die Rede davon, dass den geprellten Abnehmern durch die Gewinnabschöpfung mehr als nur höchst mittelbar Genugtuung verschafft,<sup>847</sup> dass an dem Zuwiderhandelnden „Vergeltung“ geübt<sup>848</sup> oder dass mit der Rechtsfolge dem Zuwiderhandelnden ein „weder unter dem Gesichtspunkt des Ausgleichs noch unter dem der Durchsetzung der Rechtsordnung zu rechtfertigendes Übel“<sup>849</sup> zugefügt werden sollte. Ohne ein solches Element der Sühne und Buße kann von einer pönalen Zweckrichtung jedoch nicht die Rede sein.<sup>850</sup>

---

<sup>843</sup> Vgl. hierzu m.w.N. *Stree/Kinzig* in Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. §§ 38 ff. Rn. 11; *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 2a; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, Rn. 12a.

<sup>844</sup> Vgl. nur *Stree/Kinzig* in Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. §§ 38 ff. Rn. 11.

<sup>845</sup> *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, Rn. 12a.

<sup>846</sup> Vgl. ähnlich zur Qualifizierung des erweiterten strafrechtlichen Verfalls BVerfG NJW 2004, 2073, 2074 ff.

<sup>847</sup> Und auch die Genugtuungsfunktion einer Norm dürfte nicht unmittelbar zur Annahme eines Strafzwecks führen, vgl. BVerfGE 34, 269, 293 (allerdings zur Einordnung als „Strafe“ i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG); *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 510 f. m.w.N.

<sup>848</sup> *Goldmann* ist demgegenüber allerdings der Ansicht, dass die Gewinnabschöpfung darauf abziele, den auf rechtswidriges Verhalten gerichteten Willen des Zuwiderhandelnden „zu beugen“, näher *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 10.

<sup>849</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 521 m.w.N.

<sup>850</sup> Ähnlich argumentiert das BVerfG zur Einordnung des erweiterten Verfalls, vgl. BVerfG NJW 2004, 2073.

Ein solches Element ist im Übrigen auch nicht darin zu erkennen, dass in der Gesetzgebung zu § 10 Abs. 1 UWG die Abschreckung als Ziel der Gewinnabschöpfung genannt wird.<sup>851</sup> Abschreckung ist vielmehr ein Instrument der Negativprävention, wobei *Dreier* zu Recht darauf hinweist, dass sich Abschreckung und Negativprävention auf jeweils unterschiedliche Objekte beziehen: Der potentielle Verletzer wird einerseits von einem Tun abgeschreckt, um der Rechtsverletzung und ihren negativen Auswirkungen andererseits vorzubeugen.<sup>852</sup> Wenn auch der Begriff der „Abschreckung“ eine gewisse Virulenz transportieren mag, so funktioniert doch auch der präventive Nebeneffekt herkömmlicher Schadensersatzzahlungen gerade über den Aspekt der Androhung einer sich wirtschaftlich negativ auswirkenden rechtlichen Konsequenz. Prävention und Abschreckung sind einander jedenfalls wesentlich näher als Strafe und Abschreckung,<sup>853</sup> denn innerhalb der Strafzwecke gehört die Abschreckung ausschließlich zum Bereich der präventiven Elemente, nicht aber zum Element der Sühne und Buße. Als Präventionsaspekt ist die Abschreckung, anders als Sühne und Buße als die die Besonderheit der Kriminalstrafe bestimmenden Strafzwecke, schließlich auch zukunftsbezogen: Die Abschreckung will auf das zukünftige Verhalten potentieller Rechtsverletzer einwirken und dadurch im Sinne der Prävention Rechtsverletzungen verhindern.<sup>854</sup>

Auch bei Berücksichtigung der Wechselwirkung zwischen Normgestaltung, Wirkungsweise und Normzweck<sup>855</sup> und insoweit insbesondere der Tatbestandsausgestaltung ergeben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine pönale Ausrichtung von § 10 UWG. Weder das Vorsatzerfordernis, noch die Tatsache, dass sich die „Sanktionswirkung“ des Gewinnabschöpfungsanspruchs ausweislich der Gesetzesbegründung nur gegen „besonders gefährliche unlautere Hand-

---

<sup>851</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>852</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 521.

<sup>853</sup> Ähnlich, wenn auch bezogen auf die Wirkungsebene *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 521.

<sup>854</sup> Vgl. auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 521, 614 ff.

<sup>855</sup> Vgl. hierzu die nochmalige Bewertung des Normziels nach der Untersuchung der wesentlichen Tatbestandsmerkmale des § 10 UWG, unten Kap. IV. B, IV. E. 1. a).

lungen“ richten soll, nämlich „solche mit Breitenwirkung“,<sup>856</sup> sind für sich genommen hinreichende Indizien für die Annahme, die Gewinnabschöpfung diene der Bestrafung des Zuwiderhandelnden. Das Anknüpfen an eine besondere Schwere der Vorwerfbarkeit (Vorsatz) und der Zuwiderhandlung („besonders gefährliche“) reicht nämlich *nicht* aus, um dem Gesetzgeber mit der Einführung von § 10 UWG Vergeltungsziele zu unterstellen. Zudem kann das Vorsatzerfordernis, das erst im Regierungsentwurf festgeschrieben wurde, seinerseits getrost als politisches Ergebnis der intensiven Auseinandersetzungen mit den verschiedenen Interessengruppen während des Gesetzgebungsverfahrens betrachtet werden.<sup>857</sup>

Auch aus der Rechtsfolge des § 10 UWG, der Abschöpfung unlauter erwirtschafteter Gewinne, ergeben sich schließlich keine Anhaltspunkte für eine pönale, unmittelbar strafende Ausrichtung des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht zum insoweit vergleichbaren Abschöpfungsinstitut des erweiterten Verfalls nach § 73d StGB formuliert, soweit es um die „Abschöpfung deliktisch erlangten Vermögens“ gehe, decke diese sich mit einem „alle Rechtsgebiete übergreifenden Grundsatz, wonach eine mit der Rechtsordnung nicht übereinstimmende Vermögenslage auszugleichen“ sei.<sup>858</sup> Die „normbestätigende“ und „vermögensordnende“ Zielrichtung des erweiterten Verfalls charakterisiere diesen daher nicht zwingend als „pönale“ Maßnahme.<sup>859</sup> Dementsprechend sieht auch der BGH in der Verfallanordnung grundsätzlich keine Strafe.<sup>860</sup>

---

<sup>856</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>857</sup> Vgl. dazu unter Kap. III. D. 3. a).

<sup>858</sup> BVerfG NJW 2004, 2073, 2075 mit Verweis auf *Güntert*, Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion, S. 11 ff. m.w.N.

<sup>859</sup> Allerdings unterscheidet der Senat hierbei zwischen dem positiv-generalpräventiven Verfall und der „Abschreckungswirkung“ einer zusätzlichen Strafandrohung, BVerfG NJW 2004, 2073, 2075 m.w.N.; geht man aber wie die Verf. davon aus, dass für die Bestimmung des Normzwecks bei der zivilrechtlichen Gewinnabschöpfung weiter zwischen Abschreckung als Negativprävention und Bestrafung als Sühne und Vergeltung zu unterscheiden ist, lässt sich hieraus dennoch eine Aussage zumindest über die Ausrichtung des § 10 UWG ableiten. Für eine Übertragung der Wertungen bezüglich der Einordnung des Verfalls auf § 10 UWG sprechen sich im Übrigen auch *Micklitz/Stadler* aus, s. *Micklitz/Stadler* in *Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 18. Ob § 10 UWG

Diese Wertung lässt sich auf die Rechtsfolge der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung übertragen, zumal – wie oben bereits festgestellt wurde<sup>861</sup> – deren Abschöpfungsfunktion selbst noch die Reichweite des Präventionsprinzips in § 10 UWG begrenzt. Gerade das in der Norm angelegte Prinzip der Nachrangigkeit aus § 10 Abs. 2 UWG zeigt schließlich, dass der Gesetzgeber dem Zuwiderhandelnden mit der Gewinnabschöpfung keine über die Abschöpfung des in seinem Vermögen nur einmal vorhandenen Unrechtsvorteils hinausgehende „Wunde“ im Sinne *Bindings*<sup>862</sup> „schlagen“ will. Mit der Gewinnabschöpfung geht kein „additiver“,<sup>863</sup> über die kondiktionsähnliche Abschöpfung des Unrechtsgewinns hinausgehender Eingriff einher. Damit bestätigt sich letztlich die nicht-pönale Ausrichtung des § 10 Abs. 1 UWG. Auch indem sie den Anspruch vorsatzabhängig gestalteten und vor allem nur zur Ahndung besonders gefährlicher Verstöße vorsahen, haben die Gesetzesverfasser im Übrigen höchstens den Anwendungsbereich der Rechtsfolge beschränkt,<sup>864</sup> diese aber keinesfalls verschärft.

Als Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten, dass § 10 UWG zwar ein ausgeprägtes Präventionsziel durch Abschreckung verfolgt. Ein „Sanktionsziel“ der Gewinnabschöpfung liegt auch in ihrem Beitrag zur verbindlichen Geltung und Durchsetzung des Lauterkeitsrechts und zur Neutralisierung von Durchsetzungsdefiziten. Strafzwecke sind hiermit jedoch nicht verbunden.<sup>865</sup>

---

im Ergebnis durch seine Tatbestandswirkungen dennoch strafenden Charakter hat, wird weiter unten in Kap. IV. E. untersucht.

<sup>860</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1995, 2235; ähnlich zum Präventionsaspekt BGH NJW 2002, 3339, 3340 f.; vgl. auch *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 75 m.w.N.; aus einer Vergleichbarkeit des § 10 UWG mit § 73 ff. StGB („gehört unzweifelhaft zum Strafrecht“) schließt allerdings Mönch gerade auf einen Strafcharakter der Gewinnabschöpfung, vgl. *Mönch* ZIP 2004, 2032, 2037.

<sup>861</sup> Zur Begrenzung der Präventionsausrichtung durch das Prinzip der Nachrangigkeit s. oben Kap. III. A. 4. c) (1).

<sup>862</sup> Nachw. s. oben Fn. 817.

<sup>863</sup> Vgl. *Best* JR 2003, 337, 340 m.w.N.

<sup>864</sup> Die Entscheidung des Gesetzgebers für ein Vorsatzerfordernis mag allerdings für eine gewisse Vorsicht angesichts der schwer abzuschätzenden tatsächlichen Durchschlagskraft der damals neuen Vorschrift sprechen. Ob diese Befürchtungen begründet und insbesondere das Vorsatzerfordernis zur Eindämmung etwa strafender Auswirkungen erforderlich ist, wird im weiteren Verlauf der Untersuchung unter Kap. IV und V. erörtert.

<sup>865</sup> Ebenso i.E. *Neuberger*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 62.

### 5. Zusammenfassung und Fazit

Wenn auch die Herausgabe des Verletzergewinns sowie die Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Medien und mittelbar auch die Möglichkeit der Berücksichtigung des Verletzergewinns bei der Schadensberechnung nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB systematisch und historisch noch nahe an den ihnen ursprünglich zugrundeliegenden Haftungsinstituten mit deren Kompensations- bzw. Genugtuungszwecken liegen, haben auch sie zumindest heute eine präventive Ausrichtung vor dem Hintergrund kompensationsbedürftiger Präventionsdefizite, insbesondere aufgrund der hohen Verletzungsanfälligkeit der von ihnen geschützten Güter und erheblicher Probleme bei der konkreten Schadensbemessung im Verletzungsfall. Aufgrund dieser Aspekte rechtfertigt sich die Weiterentwicklung der herkömmlichen Schadensberechnungsarten anhand präventiver Gesichtspunkte.<sup>866</sup> Mit *Dreier* lässt sich aus dem Gedanken eines wirksamen Rechts- und Güterschutzes heraus der Präventionsaspekt überall dort als beachtliches Kriterium ansehen, wo ein wirksamer rechtlicher Schutz überhaupt gewährleistet werden sollte und dieser „nicht schon auf andere Weise als gerade durch die erst unter gesonderter Berücksichtigung des Präventionsgedankens hinreichend ausgestaltete Rechtsfolge“ gewährleistet werde.<sup>867</sup>

In diesem Sinn erschließt sich auch der Präventionszweck des § 10 UWG. Die Gewinnabschöpfung im Lauterkeitsrecht – und das Folgende gilt entsprechend für die Vorteilsabschöpfung im Kartellrecht – soll in vermögensordnender Weise beim Täter vorhandene Vorteile aus Lauterkeitsverstößen mit Breitenwirkung neutralisieren, die diesem ansonsten zu Unrecht verblieben. Eigentlicher Sinn und Zweck dieser Neutralisierung aber ist die Prävention von entsprechenden Lauterkeitsverstößen durch eine Verhaltenssteuerung: Wenn potentielle Rechtsverletzer davon überzeugt werden können, dass sich Verstöße dieser Art im Lau-

---

<sup>866</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 506 ff.; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 248 m.w.N.

<sup>867</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 352.



terkeitsrecht wirtschaftlich nicht lohnen, führt das wiederum zu einer Art Heilung des Marktversagens, das andernfalls angesichts der sowohl Abnehmer als auch Wettbewerber und den Markt als solchen negativ beeinflussenden<sup>868</sup> Streuschäden festzustellen ist. Die Gewinnabschöpfung tritt daher an die Stelle ausfallender Kompensationsansprüche bzw. eines individuellen Interessenausgleichs sowie anderer Instrumentarien der Marktbereinigung und ist diesen gegenüber, soweit sie doch greifen, nachrangig. Insbesondere im Vergleich zur dritten Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht lässt sich der Gewinnabschöpfungsanspruch daher zunächst auf die von *Stadler* geprägte Formel „Prävention statt Kompensation“<sup>869</sup> bringen. Soweit man aber umgekehrt mit *Helms* die Grenzen zulässiger Präventionsausrichtung dort ziehen möchte, wo sich der Präventionsgedanke gegenüber dem Kompensationsgedanken verselbständigt,<sup>870</sup> findet man hierzu in § 10 Abs. 2 UWG eine gewisse Begrenzung: Wegen der Nachrangigkeit der Gewinnabschöpfung gegenüber anderen Zahlungspflichten aus demselben Rechtsgrund kann es insoweit zu einer Verselbständigung der Präventionswirkung nicht kommen. Ein potentiell überkompensatorischer Präventionsüberschuss bleibt jedem Anspruch auf Gewinnabschöpfung jedoch immanent.

Im Übrigen beruhen alle hier untersuchten Haftungsarten sowohl auf nachteils- (also am Nachteil der Rechtsinhaber) orientierten als auch auf vorteils- (also am Unrechtsvorteil des Zuwiderhandelnden) orientierten<sup>871</sup> Zwecken, wobei im Fall der Gewinnabschöpfung die Verletztenperspektive zugunsten der vorteilsorientierten Betrachtung am weitesten zurückgedrängt wurde.<sup>872</sup> Darüber hinaus wirken alle – auch der Gewinnabschöpfungsanspruch trotz seiner ausdrücklich und

---

<sup>868</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 29 ff.

<sup>869</sup> *Stadler* in Augenhöfer, Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, S. 117, 123.

<sup>870</sup> *Helms* befürchtet als eine mögliche Konsequenz der Überbetonung des Präventionsaspekts im Immaterialgüterrecht ein Übergreifen auch auf andere Rechtsgebiete: Es stelle sich die „naheliegende Frage“, „warum dieser Rechtsbehelf nur bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten gewährt und auf Konstellationen beschränkt werden soll, in denen ein rechtswidriger Gewinn erzielt wurde“, *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 248.

<sup>871</sup> Vgl. *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 249 ff.

<sup>872</sup> Zu den Anforderungen des Tatbestandsmerkmals „zu Lasten“ vgl. unten ab Kap. III. F. 2 c).

unmittelbar präventiven Ausrichtung – nicht nur in die Zukunft, sondern entfalten ihre Präventionswirkung durch die Androhung der in die Vergangenheit gerichteten Abschöpfung von zu Unrecht erlangten Gewinnen.

Inwieweit sich die Ziele und Funktionen von Straf- und Privatrecht, insbesondere des Schadensersatzes, rechtsgebietsübergreifend gewandelt und angenähert haben mögen, wird im Kontext der vorliegenden Untersuchung nicht weiter erörtert.<sup>873</sup> Es kann jedoch festgehalten werden, dass der Gewinnabschöpfung ebenso wie den übrigen hier untersuchten Anspruchsgrundlagen keine originär strafenden Regelungsziele zugrunde liegen, also solche, die nicht auch – im Sinne der Verhaltenssteuerung – schon in verschiedenen anderen zivilrechtlichen Rechtsinstituten verfolgt würden. Diese Prämisse ist auch für die folgende Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 10 Abs. 1 UWG von Bedeutung. Ob sich der Rechtscharakter der Gewinnabschöpfung über die Präventionsziele hinaus wegen der tatsächlichen Wirkungsweise des § 10 UWG im Übrigen doch als „pönal“ oder als „überabschreckend“ darstellt, bleibt in der anschließenden Analyse zu klären.<sup>874</sup>

In der Folge werden elementare Tatbestandsparameter der Gewinnabschöpfung im Vergleich mit solchen insbesondere der dritten Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht dargestellt; dies versteht sich im Sinne einer Darlegung des *status quo*, anhand dessen im Anschluss überprüft werden kann, ob die Normwirkung den Zwecken, insbesondere dem Präventionszweck der Gewinnabschöpfung, gerecht wird. Auf dem Weg dorthin helfen die bisher getroffenen Feststellungen über die Normziele des § 10 Abs. 1 UWG bereits bei der Auslegung einzelner offener Auslegungsfragen zu seinen Tatbestandsmerkmalen.

---

<sup>873</sup> Lehrreich hierzu der oben zitierte Essay „Was ist Strafe“ von *Jung*, S. 23 ff. sowie *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 517 ff., jeweils m.w.N.

<sup>874</sup> Unten Kap. IV. E. 1.

## **B. Aktivlegitimierter und Perzipient**

In der Frage der Aktivlegitimation unterscheiden sich Gewinn- und Vorteilsabschöpfungsanspruch nach § 10 Abs. 1 UWG, § 34a Abs. 1 GWB deutlich von den übrigen Haftungstatbeständen. Die unterschiedlichen Ausgestaltungen korrelieren dabei in gewisser Weise mit der unterschiedlichen Qualität der jeweils materiell geschützten Rechtsgüter: Als Schadensberechnungsart steht die Geltendmachung der Gewinnhaftung im Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrecht dem Inhaber eines Ausschließlichkeitsrechtes zu, als echte Gewinnabschöpfung im Wettbewerbsrecht nur bestimmten Verbänden und Einrichtungen, die „altruistisch“, zumindest im öffentlichen Interesse, als *ultima ratio* die Rechtsgüter der Freiheit und Lauterkeit des Wettbewerbs durchsetzen sollen. Eine Ausnahme bildet hier der schon oben erwähnte § 33 Abs. 3 Satz 3 GWB, der innerhalb einer herkömmlichen Schadensersatznorm lediglich die Heranziehung des Verletzergewinns zur Schadensschätzung durch den Richter vorsieht. Er ähnelt insoweit am ehesten der Figur der Geldentschädigung.<sup>875</sup> Sinnvollerweise lassen sich die hier untersuchten Ansprüche daher nicht nach Rechtsgebieten, sondern nach dem Anspruchsinhaber systematisieren.

### **1. Aktivlegitimation des Verletzten**

In allen Fällen der Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung bei Verletzungen eines Immaterialgüterrechts ist der Inhaber des verletzten Ausschließlichkeitsrechtes aktivlegitimiert. Im Urheberrecht etwa sind dies der Urheber<sup>876</sup> und der Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte<sup>877</sup>, nicht aber der Inhaber eines nur einfachen Nutzungsrechts.<sup>878</sup> Einen Son-

---

<sup>875</sup> Dazu Kap. II. B. 3. c).

<sup>876</sup> Im Falle von Miturhebern gilt § 8 Abs. 2 S. 3 UrhG; nach dem Tod des Urhebers sind grundsätzlich die Erben aktivlegitimiert, vgl. *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 18.

<sup>877</sup> Innerhalb des räumlichen, sachlichen und zeitlichen Bereichs der ausschließlichen Nutzungsbefugnis; im Kollisionsfälle kann der Urheber im Rahmen der dem Dritten eingeräumten Ausschließlichkeitsrechte neben der Geltendmachung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Ansprüche nur insoweit selbst gegen die Rechtsverletzung vorgehen, als er trotzdem ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat, dazu näher *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 19 m.w.N.; zur gewillkürten Prozessstandschaft *Dreier* a.a.O., § 97 Rn. 21 m.w.N.

derfall der Aktivlegitimation stellen hier die Verwertungsgesellschaften (etwa GEMA) dar.<sup>879</sup>

Bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten ist anspruchsberechtigt grundsätzlich nur der unmittelbar Betroffene,<sup>880</sup> in dessen Rechtsposition die Verletzungshandlung eingegriffen hat.<sup>881</sup> Darüber hinaus ergeben sich Unterschiede zwischen der Verletzung von materiellen und immateriellen Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts. So kommen juristische Personen und Personenvereinigungen aller Art als Anspruchsberechtigte wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor allem dann in Betracht, wenn es sich um die Einforderung eines materiellen Schadensersatzes handelt;<sup>882</sup> ein Geldentschädigungsanspruch ist in solchen Fällen wegen des hierfür erforderlichen Genugtuungsbedürfnisses regelmäßig ausgeschlossen.<sup>883</sup> Im Rahmen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes sollen zwar auch nur die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts auf die Erben übergehen und von diesen rechtlich, etwa in Form eines Schadensersatzanspruchs, durchgesetzt werden können;<sup>884</sup> der Präventionsaspekt gerade der Geldentschädigung spricht allerdings dafür, diese auch den Erben des

---

<sup>878</sup> Insoweit ist der Träger des Ausschließlichkeitsrechts zur Geltendmachung der Ansprüche nicht nur befugt, sondern u. U. auch aufgrund vertraglicher Vereinbarung verpflichtet, vgl. *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 20; *Wild* in *Schricker/Loewenheim*, UrhR, § 97 Rn. 52.

<sup>879</sup> Für die Verwertungsgesellschaften gelten Vermutungen der Sachbefugnis etwa aus § 13b UrhWG, im Falle der Verwertungsgesellschaft GEMA insoweit noch darüber hinaus, vgl. *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 22 m.w.N.; außerdem schlägt die st. Rspr. bei der Schadensberechnung im Rahmen der Lizenzanalogie zugunsten der GEMA eine Kontrollpauschale von 100% des fiktiven Lizenzpreises zu. Dies wird vor allem mit der Verletzungsanfälligkeit hinsichtlich der „kleinen“ Musikrechte begründet, stellt aber pragmatisch betrachtet vor allem eine pauschalisierte anteilmäßige Abgeltung des zur Rechtsdurchsetzung erforderlichen Kontroll- und Überwachungsaufwandes dar, die bisher nur in diesem konkreten Einzelfall und bisher auch nur für diese eine Verwertungsgesellschaft gewährt wird; näher hierzu *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 71.

<sup>880</sup> Vgl. für die Frage der unmittelbaren Betroffenheit und Abtretbarkeit von Ansprüchen wegen Verletzungen der ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts die Rechtsprechungsübersicht bei *Damm/Rehbock*, *Widerruf* u.a., Rn. 1009 ff.

<sup>881</sup> *Müller* in *Götting/Schertz/Seitz*, *Handbuch Persönlichkeitsrecht*, § 51 Rn. 28; *Damm/Rehbock*, *Widerruf* u.a., Rn. 944.

<sup>882</sup> Insoweit steht einer Aktivlegitimation für Geldentschädigungsansprüche das auf natürliche Personen zugeschnittene Merkmal der „Genugtuung“ entgegen, BGH GRUR 1980, 1090, 1098 – *Medizin-Syndikat I*; *Damm/Rehbock*, *Widerruf* u.a., Rn. 1008; zur Anspruchsberechtigung von Personenmehrheiten bei materiellen Schäden vgl. die Nachw. bei *Damm/Rehbock*, *Widerruf* u.a., Rn. 944.

<sup>883</sup> *Müller* in *Götting/Schertz/Seitz*, *Handbuch Persönlichkeitsrecht*, § 51 Rn. 28.

<sup>884</sup> Auch dies wird aus der Personengebundenheit der Genugtuungsfunktion abgeleitet, BGH NJW 2000, 2195, 2197 – *Marlene Dietrich*; BGH NJW 2006, 605, 607 – *Obduktionsfoto*; *Damm/Rehbock*, *Widerruf* u.a., Rn. 1014 m.w.N.

Verletzten zuzugestehen, in letzter Konsequenz sogar dann, wenn der Erblasser eine juristische Person als Erbin eingesetzt hätte.<sup>885</sup>

In den Fällen des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes, nun in § 4 Nr. 9 UWG normiert, ist der Anspruchsteller des weiteren nur dann zur Klage auf Herausgabe des Verletzergewinns berechtigt, wenn er als *Wettbewerber* gegenüber dem Rechtsverletzer eine immaterialgutsähnliche Rechtsposition innehat<sup>886</sup> und der Verletzer diese zur Gewinnerzielung ausgenutzt hat.<sup>887</sup> Da sich die dreifache Schadensberechnung auslösenden lauterkeitsrechtlichen Verstöße typischerweise nur gegen ganz bestimmte Mitbewerber richten, ist die Anspruchsberechtigung dann auch auf jene beschränkt.<sup>888</sup>

Der Schadensersatzanspruch aus § 33 Abs. 3 S. 3 i.V.m. Abs. 1 GWB steht nach dem Fall des früheren kartellrechtlichen Schutzgesetzfordernisses nun jedem zu, der von einem Kartellverstoß im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 1 GWB gegen das deutsche oder europäische Kartellrecht (Art. 81 und 82 EG, vgl. heute Art. 101, 102 AEUV)<sup>889</sup> „betroffen“ ist. Nach § 33 Abs. 1 S. 3 GWB ist Betroffener, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.<sup>890</sup> Durch den Wegfall des Finalitätserfordernisses ist damit gesichert,

---

<sup>885</sup> Müller in Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 37 Rn. 40 ff., 44.

<sup>886</sup> BGH GRUR 1965, 313, 314 – *Umsatzauskunft*.

<sup>887</sup> Vgl. etwa Zahn, Verletzergewinn, S. 18. Da sich die dreifache Schadensberechnung in diesen Fällen nur über die allgemeine Schadensersatznorm des § 9 UWG öffnet, ergibt sich aus der nunmehr ausdrücklich in § 9 S. 1 UWG festgeschriebenen Regelung eine Aktivlegitimation nur dann, wenn es sich bei dem Inhaber der geschützten Leistungsposition um einen Mitbewerber des Verletzers, nicht aber um einen Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer handelt, da das Lauterkeitsrecht Individualschutz nur im Horizontal-, nie im Vertikalverhältnis gewährt: näher Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.9 f. m.w.N. Auch die in § 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG aufgeführten Verbände sind insoweit nicht aktivlegitimiert, Köhler a.a.O., § 9 Rn. 1.11.

<sup>888</sup> In den Fällen des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes soll dies z.B. neben dem verletzten Hersteller allenfalls der Alleinimporteur sein, vgl. BGH GRUR 1994, 630, 634 – *Cartier-Armreif*, in den Fällen des Schadensersatzanspruchs wegen Verletzungen von Betriebsgeheimnissen und Vorlagen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 17 ff. UWG nur deren unmittelbarer Inhaber, Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.9 m.w.N.

<sup>889</sup> Die Verletzung europäischen Kartellrechts ist in § 33 Abs. 1 GWB neu aufgenommen worden; vorher konnten Verstöße gegen Art. 81 und 82 EG (heute Art. 101 und 102 AEUV) nur über § 823 BGB geltend gemacht werden, s. statt aller Bechtold, GWB, 3. Aufl., § 33 Rn. 12.

<sup>890</sup> Insoweit folgt der Gesetzgeber den Vorgaben für zwischenstaatliche Sachverhalte nach der Rechtsprechung des EuGH, vgl. EuGH GRUR Int 2002, 54, 56 Tz. 26 – *Courage*, nach der grundsätzlich „jedermann“ Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch eine verbotene wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder durch

dass Abnehmer und Lieferanten bei Kartellverstößen auch dann Schadensersatz verlangen können, wenn sich die Kartellabsprache nicht gezielt gegen sie richtet.<sup>891</sup> Jedenfalls „betroffen“ und damit anspruchsberechtigt sind dabei die unmittelbaren Kunden des Kartelltäters. Auch wenn dies angesichts des gleichzeitig normierten Ausschlusses der sog. *passing-on defense* zumindest für die Frage der Schadensentstehung<sup>892</sup> in § 33 Abs. 3 S. 2 GWB<sup>893</sup> nicht unumstritten war, sind darüber hinaus wohl aber auch die Angehörigen nachrangiger Marktstufen in den Begriff des Betroffenen nach § 33 Abs. 1 GWB einbezogen.<sup>894</sup>

### 2. Aktivlegitimation der Verbände im Wettbewerbsrecht

Die dreifache Schadensberechnung ist im Wettbewerbsrecht mangels individueller ausschließlicher Rechtspositionen der Wettbewerber aus UWG oder GWB

---

ein entsprechendes einseitiges Verhalten entstanden ist, vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35; *Lutz WuW* 2005, 718, 727.

<sup>891</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35; *Lutz WuW* 2005, 718, 727; Nachw. zur anderslautenden Rspr. bei *Kahlenberg/Haellmigk* BB 2005, 1509, 1514, Fn. 36.

<sup>892</sup> Der neu eingefügte S. 2 in § 33 Abs. 3 geht auf die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zurück, vgl. zur Begr. BT-Drucks. 15/5049, S. 49 m.w.N., während noch im Referentenentwurf ein ganz expliziter Ausschluss der *passing-on defense* vorgesehen war, vgl. zu dieser Rechtsfigur sogleich Fn. 893 sowie *Bechtold*, GWB, § 33 Rn. 28. Nach *Lutz* sollte die Neuregelung eine bisherige Rechtsprechung korrigieren, die diese Frage bereits der Prüfung einer Schadensentstehung zuordnete, Nachw. s. bei *Lutz WuW* 2005, 718, 728 Fn. 50.

<sup>893</sup> Diese Regelung führt dazu, dass sich im Falle des Bezugs und anschließender Weitergabe überteuerter Waren oder Dienstleistungen in Folge wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen der Kartelltäter nicht darauf berufen kann, dass seinem Abnehmer wegen der Weiterwälzung ein Schaden gar nicht entstanden sei, vgl. Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit, BT-Drucks. 15/5049, S. 49; ausführlich zur Problematik des „Abwälzungseinwandes“ insbesondere unter Berücksichtigung wirksamer Prävention *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 409 ff. m.w.N.

<sup>894</sup> Wenn der Wortlaut dies auch nicht eindeutig ergibt, so legt dies doch die Auslegung des *Courage*-Urteils des EuGH (s. soeben Fn. 890) nahe, vgl. auch *Becker/Hossenfelder*, Einführung Kartellrecht, Rn. 44 f.; vgl. schon *Steindorff* ZHR 138 (1974), 504, 510 Fn. 20; a.A. *Bechtold*, GWB, § 33 Rn. 25 f.; zur Konsequenz der Vorteilsausgleichung für die Berechtigung indirekter Abnehmer eingehend *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 33 GWB Rn. 120; *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 408 ff. Diese Frage ist mit der nach dem Kreis der Anspruchsberechtigten eng verknüpft, da sie denkllogisch zu einer Mehrfachhaftung des Schädigers führen könnte, vgl. *Lutz WuW* 2005, 718, 728; so verhindert der Gesetzgeber nach Ansicht einiger Stimmern in der Literatur damit faktisch eine Schadensgeltendmachung durch die nur mittelbar Beeinträchtigten, die Kunden auf der nächsten Handelsstufe oder auch die Endverbraucher, vgl. *Kahlenberg/Haellmigk* BB 2005, 1509, 1514 sowie *dies.* BB 2004, 389, 394; *Bechtold* DB 2004, 235, 239; krit. auch *Hempel* WuW 2004, 362, 369. Begegnet werden kann dem unter Umständen durch die Figur der Vorteilsausgleichung, auch wenn der Ausschuss auch insoweit zurückhaltend ist, vgl. auch hierzu BT-Drucks. 15/5049, S. 49; *Lutz WuW* 2005, 718, 728; von vorneherein ausgeschlossen sein soll sie aber wohl nicht, vgl. *Becker/Hossenfelder*, Einführung Kartellrecht, Rn. 45; *Lutz WuW* 2005, 718, 728; a.A. aus Präventionsgesichtspunkten *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 410 f. Im Übrigen ist der verbleibende individuelle Schadenseinschlag bei der Frage der Schadensermittlung im Einzelfall und bezüglich der einzelnen Marktstufe nach allgemeinen Grundsätzen zu berücksichtigen, s. auch dazu BT-Drucks. 15/5049, S. 49. Wie in dieses System nun die Schätzung anhand des Verletzergewinns passt, ist allerdings zweifelhaft, vgl. dazu noch unten Kap. III. E. 7. c).

im Regelfall – die Ausnahme bilden die Fälle nach § 4 Nr. 9 UWG<sup>895</sup> – nicht anwendbar. Schließlich werden hier ausschließlich objektive Verhaltensregeln verletzt, weshalb umgekehrt der Kreis der Verletzten jeweils unbegrenzt groß sein kann.<sup>896</sup> Wer als Konkurrent oder Marktteilnehmer einen konkreten Schaden durch den Lauterkeitsrechts- oder Kartellrechtsverstoß nachweisen kann, dem steht der herkömmliche Schadensersatzanspruch – ohne ein Wahlrecht hinsichtlich verschiedener Berechnungsarten – aus § 9 UWG bzw. § 33 Abs. 3 S. 1 GWB<sup>897</sup> zu. Zur Gewinn- bzw. Vorteilsabschöpfung zugunsten des Bundeshaushalts nach § 10 UWG und § 34a GWB dagegen sind nach § 10 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG bzw. § 34a Abs. 1 i.V.m. § 33 Abs. 2 GWB nur die dort genannten, auch zur Geltendmachung von Unterlassungsklagen befugten Verbände und Einrichtungen berechtigt.<sup>898</sup> Der Gesetzgeber hat einem Missbrauch der Gewinn- und Vorteilsabschöpfung bereits durch das Versagen jedes wirtschaftlichen Anreizes vorgebeugt,<sup>899</sup> indem er also die Ansprüche so anlegte, dass der Berechtigte die Gewinn- bzw. Vorteilsabschöpfung weitgehend auf eigenes Prozess- und Kostenrisiko und ohne die Aussicht geltend macht, einen eigenen wirtschaftlichen Vorteil zu erlangen.<sup>900</sup> Trotz dieser gänzlich auf altruistische Durchsetzungsmotive angelegten Konzeption hat er darüber hinaus angesichts des „Sanktionscharakters“ auch die Aktivlegitimation des Mitbewerbers als „nicht angemessen“ angesehen.<sup>901</sup> Eine Abtretung oder Ermächtigung

<sup>895</sup> Dazu oben Kap. II.B.1.a) (2).

<sup>896</sup> *Zahn*, Verletzergewinn, S. 18 mit Hinweis auf OLG Naumburg, Urt. v. 8.8.2002, Az. 7 U 35/01.

<sup>897</sup> Zum Sonderfall des § 33 Abs. 3 S. 3 GWB vgl. oben Kap. II. B. 2. c) (1).

<sup>898</sup> Zur Doppelnatur der Verbandsabwehransprüche aus § 33 Abs. 2 GWB und § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG als Prozess- und Anspruchsvoraussetzung vgl. *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 33 Rn. 82 f. m.w.N.

<sup>899</sup> Insbesondere die Tatsache, dass die Zahlungen unmittelbar an den Bundeshaushalt gehen, soll eine Geltendmachung des Anspruchs aus dem „letztlich sachfremden Motiv der Einnahmeerzielung“ verhindern, vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 25; die Idee wurde bereits im sog. Professorenentwurf entwickelt, vgl. § 9 Abs. 2 Satz 4 ProfE, von *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* WRP 2002, 1317, 1322; krit. *Sack* WRP 2003, 549, 558; *Stadler/Micklitz*, WRP 2003, 559, 562; v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 246 f.

<sup>900</sup> Im Zusammenhang des Aufwendungsersatzanspruchs wird man von einem „Vorteil“ wohl nicht sprechen können; a.A. wohl *Sack*, der insoweit eine Missbrauchsgefahr durch die Verbände sieht, *Sack* BB 2003, 1073, 1080 f.; zum Ganzen vgl. noch unten Kap. IV. C. 3. c) und Kap. V. A. 5. c).

<sup>901</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; vgl. bereits Begr. RefE UWG, abgedr. GRUR 2003, 298, 310; auf § 10 UWG insoweit verweisend außerdem Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 56.

zur Durchsetzung des Anspruchs an Dritte ist im Übrigen ausgeschlossen, da ansonsten der *numerus clausus* der Anspruchsberechtigten umgangen würde.<sup>902</sup>

Während nach §§ 10 Abs. 1 i.V.m. 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG<sup>903</sup> Wirtschaftsverbände,<sup>904</sup> Verbraucher- und Wettbewerbsverbände<sup>905</sup> sowie die Industrie- und Handelskammern und Handwerkskammern<sup>906</sup> zur Geltendmachung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung berechtigt sind, wurde die Aktivlegitimation des § 34a GWB auf die Wirtschaftsverbände<sup>907</sup> nach § 33 Abs. 2 GWB beschränkt.<sup>908</sup>

Eine Aktivlegitimation der Verbraucherverbände entsprechend der Regelung im UWG war auch noch im Regierungsentwurf zur GWB-Novelle vorgesehen<sup>909</sup>

---

<sup>902</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 17.

<sup>903</sup> Dazu im Einzelnen Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 130 ff.

<sup>904</sup> Genauer „rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmen angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt“, § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Mit der Erweiterung des Kreises der Verbandsklageberechtigten gegenüber dem früheren § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG um die Verbände zur Förderung selbständiger beruflicher Interessen wurde insoweit eine bereits bestehende erweiternde Auslegung durch die Rechtsprechung kodifiziert, vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 33, 42; der Wegfall der Erheblichkeitsschwelle aus § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. ergibt sich aus der insoweit ausreichenden Regelung in § 3 UWG n.F., vgl. dazu BT-Drucks. 15/1487, S. 23; a.A. die Stellungnahme des Bundesrates, a.a.O., S. 32; Einzelheiten und weitere Nachw. hierzu bei Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 130 ff.

<sup>905</sup> „Qualifizierte Einrichtungen, entsprechend der Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes oder des Verzeichnisses der Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Artikel 4 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166 S. 51)“, § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG. Gegenüber § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG a.F. ist hier die Beschränkung auf Fälle, in denen wesentliche Verbraucherbelange berührt sind, entfallen. Auch dies rechtfertigt sich zum einen aus einem Verweis auf die Bagatellklausel des § 3 UWG; zum anderen dürfte die Einschränkung schon angesichts des auf Verbraucherschutzbelange ausgerichteten Interesses der entsprechenden Verbände überflüssig sein, vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23; krit. dazu die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/1487, S. 33; vgl. auch Lettl GRUR 2004, 449, 460; Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 133 f. m.w.N.

<sup>906</sup> In direkter Übernahme der entsprechenden Regelung aus § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG a.F.; s. dazu Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 134.

<sup>907</sup> Das sind „rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmen angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt“, § 33 Abs. 2 GWB.

<sup>908</sup> Insofern unzutreffend Pinski, Abschöpfungsregelungen im Wettbewerbsrecht, S. 42.

<sup>909</sup> RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 11; in der Gegenäußerung der Bundesregierung auf die Stellungnahme des Bundesrates wird dagegen noch ausdrücklich auf die Verbraucherverbände Bezug genommen und ausge-



und insoweit ausdrücklich der Regelung in § 10 UWG nachempfunden.<sup>910</sup> Die Verbraucherverbände wurden allerdings im Zuge des Vermittlungsverfahrens auch mit Wirkung bezüglich der übrigen Ansprüche aus der Regelung des § 33 Abs. 2 GWB herausgenommen.<sup>911</sup> Vor allem auf diese Änderung beziehen sich die im Vergleich zur ebenfalls kritisch besprochenen Gewinnabschöpfung aus § 10 UWG noch erheblich schlechteren Wirksamkeitsprognosen in der Literatur. Da es im Kartellrecht bisher an Verbänden fehlte, die sich für die Rechtsdurchsetzung stark gemacht hätten,<sup>912</sup> war diese Aufgabe und damit der Anspruch des § 34a GWB vor allem für die Verbraucherverbände vorgesehen,<sup>913</sup> die zum einen bereits im Lauterkeitsrecht von jeher eine „rege Tätigkeit“<sup>914</sup> entfalteten und die sich zum anderen während des Gesetzgebungsverfahrens für eine stärkere Betonung des Verbraucherschutzes und eigene Klagebefugnisse im neuen GWB eingesetzt hatten.<sup>915</sup> Nach Streichung der Klagebefugnis der Verbraucherverbände im Vermittlungsausschuss bleibt nun von § 34a GWB nach wohl einhelliger Meinung in der Literatur nur ein „wahrscheinlich unbedeutender Torso“ übrig,<sup>916</sup> da gleichzeitig wenig Aussicht besteht, dass sich die aktivlegitimierten Wirtschaftsverbände zu einer derartigen (prozess-) risikobehafteten und wirtschaftlich reizlosen Rechtsverfolgung von Bagatell- und Streuschäden bereit finden werden, die sich ohnehin vor allem auf Verbraucherebene auswirken.<sup>917</sup>

---

führt, derartige Verbände und Einrichtungen hätten „das legitime Ziel, in der Öffentlichkeit sichtbar die Interessen der Verbraucher (...) zu vertreten“, Anlage 3 zum RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 89.

<sup>910</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 56.

<sup>911</sup> Dies geschah aufgrund der Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses vom 15.06.2005, BT-Drucks. 15/5735, S. 2.

<sup>912</sup> Vgl. *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 33 Rn. 80 f. sowie § 34a Rn. 3.

<sup>913</sup> *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, § 34a Rn. 4: Die ganze Regelung sei „im Grunde auf Verbraucherverbände zugeschnitten“.

<sup>914</sup> *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a Rn. 2.

<sup>915</sup> Vgl. etwa die Stellungnahme des vzbv vom 18.11.2004 zum 15. Hauptgutachten der Monopolkommission, abrufbar unter: [http://www.vzbv.de/mediapics/hauptgutachten\\_monopolkommission\\_18\\_11\\_2004.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/hauptgutachten_monopolkommission_18_11_2004.pdf) [zuletzt aufgerufen am 19.4.2011].

<sup>916</sup> *Becker/Hossenfelder*, Einführung Kartellrecht, Rn. 42.

<sup>917</sup> Vgl. etwa *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a Rn. 2 f.; *Emmerich*, der insoweit sogar die Gefahr der Strafbarkeit nach § 266 StGB wegen Pflichtverletzungen gegenüber der Verbandsmitglieder aufgrund der risikoreichen Prozesse befürchtet, *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, § 34a Rn. 4, 6.

### 3. Bundeshaushalt als Zahlungsempfänger nach § 10 Abs. 1 UWG

Nutznieser der Abschöpfungsregelung nach § 10 Abs. 1 UWG – wie auch nach § 34a Abs. 1 GWB – ist nicht der Aktivlegitimierte selbst, sondern der Bundeshaushalt als Empfänger des Abschöpfungsbetrages. Der Anspruch richtet sich ähnlich einem unechten Vertrag zugunsten Dritter auf Herausgabe des Unrechtsgewinns an einen Dritten.<sup>918</sup> Hierin liegt ein weiterer ganz entscheidender Unterschied zu den gewinnbezogenen Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen, bei denen der Anspruchsinhaber nicht nur auf eigenes Risiko, sondern grundsätzlich auch auf eigene Rechnung vorgeht. Wirtschaftliches Risiko und wirtschaftliche Einnahmemöglichkeiten sind bei § 10 UWG und § 34a GWB demnach ebenso voneinander abgekoppelt wie jeweils der Anspruchsinhaber und der Zahlungsempfänger von einem eigenen Schaden oder der Verletzung eigener Rechte.

Im Regierungsentwurf zur UWG-Novelle von 2004 war nach § 10 Abs. 1, 4 S. 1 RegE-UWG noch vorgesehen, den Gewinnabschöpfungsanspruch zunächst durch die Verbände einklagen und abwickeln bzw. vollstrecken zu lassen und diesen dann eine Pflicht zur Herausgabe des Gewinns abzüglich der zur Geltendmachung erforderlichen Aufwendungen an den Bundeshaushalt aufzuerlegen.<sup>919</sup> Dieser gesonderte Anspruch war auch mit einer Auskunft- und Rechnungslegungsverpflichtung der Verbände gegenüber der zuständigen Stelle der Bundesverwaltung verbunden, vgl. § 10 Abs. 4 S. 3 RegE-UWG.<sup>920</sup> Hiervon ist heute nur noch die Pflicht der Klageberechtigten geblieben, dem Bundesamt für Justiz über das Tätigwerden nach § 10 Abs. 1 UWG Auskunft zu erteilen, vgl. § 10 Abs. 4 S. 1 i.V.m. Abs. 5 UWG. Eine Rechnungslegung ist dagegen nicht

---

<sup>918</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 21.

<sup>919</sup> BT-Drucks. 15/1487, S. 7.

<sup>920</sup> BT-Drucks. 15/1487, S. 7.

mehr erforderlich, seit als Erfüllung ohnehin die Zahlung unmittelbar an den Bundeshaushalt und nicht mehr die an den Anspruchsteller gilt.<sup>921</sup>

Mit der nunmehr getroffenen Regelung soll einer missbräuchlichen Geltendmachung des Anspruchs aus „dem letztlich sachfremden Motiv der Einnahmeerzielung heraus“ vorgebeugt werden.<sup>922</sup> Ob dies tatsächlich erforderlich ist, bleibt zweifelhaft;<sup>923</sup> angesichts der gemeinnützigen Aufgaben der Verbände wäre vielmehr ein wirtschaftlicher Anreiz für ihre „Sisyphosarbeit“<sup>924</sup> womöglich eine vernünftige Investition gewesen.<sup>925</sup> Die Einrichtung eines Verbraucherschützenden Zwecken gewidmeten Fonds, vorgeschlagen von *Micklitz* und *Stadler*,<sup>926</sup> war dem Gesetzgeber dagegen wohl zu Recht zu aufwendig für einen Anspruch, von dem in der Rechtspraxis kein allzu hohes Abschöpfungsvolumen zu erwarten war.<sup>927</sup> Die Unterstellung, der Gesetzgeber wolle mit den Abschöpfungsbeträgen den Bundeshaushalt „sanieren“,<sup>928</sup> ist aufgrund der engen Tatbestandsvoraussetzungen wohl eher als Überspitzung aufzufassen. Tatsächlich sind in den ersten knapp sieben Jahren seit Inkrafttreten der Regelung Abschöpfungsbeträge von in der Summe nur 47.305,78 € aus vier erfolgreichen Verfahren<sup>929</sup> nach § 10 UWG an den Bundeshaushalt geflossen.<sup>930</sup> Im europäischen Vergleich zeigt sich dagegen für Verbraucherschutzbelange im Wettbewerb im Übrigen eine deutliche Tendenz zu „echten“ Verbandsleistungsklagen,<sup>931</sup> so dass § 10 UWG mit dem Herausgabeanspruch an die Staatskasse insoweit auch nicht im Einklang mit ausländischen Entwicklungen steht.<sup>932</sup>

<sup>921</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 128.

<sup>922</sup> *Begr. RegE UWG*, BT-Drucks. 15/1487, S. 25.

<sup>923</sup> *Krit. Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 127; v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 154 f.; *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 562.

<sup>924</sup> *V. Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 1.

<sup>925</sup> Dazu näher unten Kap. V. A. 5.

<sup>926</sup> *Micklitz/Stadler*, *Unrechtsgewinnabschöpfung*, S. 108 f.

<sup>927</sup> Vgl. dazu *Begr. RegE UWG*, BT-Drucks. 15/1487, S. 25.

<sup>928</sup> Vgl. *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 562; *Sack* WRP 2003, 549, 558.

<sup>929</sup> Zum Teil im Vergleichswege; Auskunft nach Anfrage d. Verf. beim Bundesamt für Justiz, Stand 12.4.2011. Die Geltendmachung von vorbereitenden Auskunftsansprüchen zu § 10 UWG wird dort statistisch nicht erfasst.

<sup>930</sup> S. auch noch unten Kap. IV. C. 2.

<sup>931</sup> Dazu *Micklitz/Stadler*, *Unrechtsgewinnabschöpfung*, S. 88 ff., 92.

<sup>932</sup> *Schaub* GRUR 2005, 918, 922.

Im Fall der gleichzeitigen Geltendmachung des § 10 UWG wegen desselben Verstoßes durch unabhängige Verbände, ordnet § 10 Abs. 3 UWG die Anwendung der allgemeinen Regelungen zur Gesamtgläubigerschaft an. Dies ist systematisch<sup>933</sup> wie aus Praktikabilitäts Gesichtspunkten<sup>934</sup> nicht unumstritten; im Ergebnis bedeutet es nichts anderes, als dass die anspruchsbefugten Verbände den Anspruch jeweils selbständig geltend machen können, der Schuldner jedoch nur einmal an den Bundeshaushalt leisten muss. Da es bei den Anspruchsberechtigten also insoweit „nichts zu verteilen“ gibt, ist die Regelung weitgehend bedeutungslos und höchstens für die Verteilung des Aufwendungsersatzes, für den nach § 10 Abs. 4 S. 3 UWG ja nur der konkret abgeschöpfte Gewinn bereitsteht, nach gleichen Teilen an die Gläubiger von Belang.<sup>935</sup>

---

<sup>933</sup> Vgl. etwa *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 87 ff.; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 207 ff.

<sup>934</sup> Dazu *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 164, 177 ff.

<sup>935</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 18.

**C. Besonderheiten auf objektiver Tatbestandsebene**

Die Tatbestände sämtlicher hier behandelte Ansprüche eröffnen sich nach einer spezifischen objektiven Rechtsverletzung. Im Bereich der Immaterialgüterrechte und vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts ist die dreifache Schadensberechnung auf alle Verletzungen der umfassten Schutzrechte anwendbar, wobei diese Verletzungen auf verschiedenen unbefugten Nutzungshandlungen auf verschiedenen Produktionsstufen<sup>936</sup> beruhen können, auch etwa auf dem Überschreiten der Grenzen eines vertraglich eingeräumten Nutzungsrechts.<sup>937</sup> Im Lauterkeitsrecht setzt sie die Verletzung nach § 4 Nr. 9 UWG geschützter Leistungen oder nach §§ 17 ff. UWG geschützter Geschäftsgeheimnisse und Vorlagen voraus.<sup>938</sup> Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG ist dann eröffnet, wenn die Generalklausel des § 3 UWG oder der § 7 UWG<sup>939</sup> verletzt ist. Auch § 34a GWB eröffnet die Vorteilsabschöpfung gem. § 34a Abs. 1 i.V.m. § 34 Abs. 1 GWB grundsätzlich für sämtliche Verstöße gegen alle nationalen und europäischen Kartellregeln. Im Folgenden soll kurz auf einige Besonderheiten der jeweiligen Materien auf der Ebene des objektiven Tatbestandes eingegangen werden; das objektive Merkmal der Gewinnerzielung „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ aus § 10 Abs. 1 UWG dagegen wird weiter unten<sup>940</sup> ausführlich behandelt.

---

<sup>936</sup> Vgl. Zahn, Verletzererwerb, S. 148.

<sup>937</sup> Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 23; es handelt sich schließlich nicht um die Sanktionierung eines rein schuldrechtlichen Vertragsbruchs, sondern um die mit Überschreiten der vereinbarten Nutzungsgrenze insoweit erfolgte Verletzung des Ausschließlichkeitsrechts. Nach der Rechtsprechung ist Täter einer Urheberrechtsverletzung außerdem auch derjenige, dem eine fremde Nutzungshandlung als eigene zugerechnet wird, weil er sie objektiv veranlasst hat, vgl. BGH GRUR 1994, 363, 365 – *Holzhandelsprogramm*; BGH GRUR 1987, 37, 39 – *Videolizenzvertrag* m.w.N.

<sup>938</sup> Vgl. die Nachw. zur Rspr. oben Kap. II. B. 1. a. (2).

<sup>939</sup> Seit 30.12.2008, vgl. oben Fn. 558; vorher: Zuwiderhandlung gegen § 3 UWG.

<sup>940</sup> Unter Kap. III. F.

### 1. Anwendungsfälle der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung in Theorie und Praxis

Der Gesetzgeber hat sich – insoweit in Abkehr vom vorangegangenen Professo-  
renentwurf<sup>941</sup> – gegen das Modell entschieden, die Gewinnabschöpfung auf ei-  
nen Katalog einzelner Fallgruppen zu begrenzen.<sup>942</sup> Nach dem Gesetzeswortlaut  
ist der Gewinnabschöpfungsanspruch daher auf objektiver Ebene grundsätzlich  
für alle lauterkeitsrechtlichen Verstöße eröffnet – die erforderliche Zuwider-  
handlung muss entweder unter die Beispielskataloge nach §§ 4, 5, 6 Abs. 2 oder  
§ 7 UWG fallen oder sich unter den Auffangtatbestand des § 3 UWG subsumie-  
ren lassen.<sup>943</sup> Dabei gelten die allgemeinen Haftungsanforderungen, insbesonde-  
re auch zum Vorliegen einer geschäftlichen Handlung sowie zur Frage der  
Spürbarkeit der Beeinträchtigung geschützter Interessen.<sup>944</sup> Kartellrechtliche  
Verstöße können nach neuerer Rechtsprechung eindeutig nicht über § 4 Nr. 11  
UWG sanktioniert werden,<sup>945</sup> zumal insoweit § 34a GWB vorginge.<sup>946</sup>

Dennoch stellt der Gesetzgeber in seiner Begründung für die Erforderlichkeit  
einer Abschöpfungsregelung im UWG explizit auf das ursprüngliche Motiv,  
nämlich eine Bekämpfung insbesondere von Bagatell- und Streuschäden, ab und  
benennt dabei als Fallgruppen beispielhaft die „Einzahlung geringer Beträge oh-  
ne Rechtsgrund, Vertragsschlüsse aufgrund irreführender Werbung, gefälschte  
Produkte sowie Mogelpackungen“.<sup>947</sup> Damit greift er zum Teil Vorschläge auf,

---

<sup>941</sup> § 9 Abs. 2 S. 1 ProfE, s. Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig WRP 2002, 1317, 1322, 1327; für einen ab-  
schließenden Katalog auch Leistner/Pothmann WRP 2003, 815, 830; für eine objektiv deutlichere Grenze der  
erfassten Handlungen bei zugleich größerem Spielraum der Gerichte bei der Gewinnermittlung Sosnitza GRUR  
2003, 739, 746.

<sup>942</sup> Zust. v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 169.

<sup>943</sup> Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 21; Bauer, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 110.

<sup>944</sup> Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 518; zum Merkmal der „Spürbarkeit“ auch in diesem Zu-  
sammenhang vgl. ausführlich Alexander a.a.O. S. 197 ff.; Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 21  
m.w.N.

<sup>945</sup> Seit BGH GRUR 2006, 773, 774 – Probeabonnement; zur Notwendigkeit einer sanktionsbezogenen Abgren-  
zung zwischen Lauterkeits- und Kartellrecht vgl. auch eingehend Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung,  
S. 50 ff.

<sup>946</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 6; inzwischen ebenso Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 10  
Rn. 31 f. mit Nachw. zur früher auch von ihm vertretenen Gegenansicht.

<sup>947</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23.

die *Micklitz/Stadler* nach den Kategorien der „Unmittelbaren Benachteiligung“, des „Erweckens falscher Vorstellungen“ und des unlauteren „Direktmarketings“ systematisiert haben.<sup>948</sup> Im Einzelnen werden über die in der Gesetzesbegründung erwähnten Fallgruppen hinaus in der Literatur verschiedene Konstellationen verstärkt diskutiert,<sup>949</sup> insbesondere – relativ problematisch – das inzwischen ausdrücklich in § 10 Abs. 1 UWG aufgenommene unlautere Direktmarketing nach § 7 UWG.<sup>950</sup>

Welche Anwendungsbereiche in der Praxis zukünftig eine Rolle spielen werden, kann auch nach den ersten gerichtlichen Entscheidungen noch nicht verallgemeinert werden. Bisher haben sich die Gerichte im Zusammenhang mit § 10 UWG vor allem mit anderen Fallgruppen, insbesondere mit illegalem Adressenhandel,<sup>951</sup> unzulässiger „Test“-Werbung<sup>952</sup> und vor allem mit „Kostenfallen“ im Internet<sup>953</sup> beschäftigt.<sup>954</sup> Inwieweit sich diese Fallgruppen über die bisher maßgebliche Stufe der Auskunftsklage hinaus auch bei der Ermittlung der Abschöpfungssumme als taugliche Anwendungsfelder für § 10 UWG erweisen, wird die Zukunft zeigen; im späteren Verlauf der Untersuchung soll zu einigen Fallgruppen zumindest eine kritische Prognose gewagt werden.<sup>955</sup>

---

<sup>948</sup> Ausgewählt aufgrund von Informationen des vzbv und der Verbraucherzentrale Baden-Württemberg über häufige Sachverhaltskonstellationen, s. *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 25 ff.; übernommen von *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 202 ff.; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 8 ff.; s. auch *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 22 ff.

<sup>949</sup> Vgl. *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 25 ff.; ähnlich *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 99 ff.; ebenso den umfangreichen Katalog bei *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 22 ff.; im Rückgriff auf *Micklitz/Stadler* auch *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 8 ff.

<sup>950</sup> Vgl. *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 28 ff.; *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 203 ff.; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 103; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 10, 129 ff.; näher unten ab Kap. III. F. 2. e) (2).

<sup>951</sup> Laut *Micklitz* wurden von der Wettbewerbszentrale hierzu vier Verfahren eingeleitet, vgl. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 86.

<sup>952</sup> LG Bonn GRUR-RR 2006, 111 – *Unzutreffendes Testurteil*; OLG Stuttgart VuR 2007, 70 ff. = WRP 2007, 350 ff. = GRUR 2007, 435 ff. – *Veralteter Matratzentest* sowie die Vorinstanz LG Heilbronn VuR 2007, 73 ff.

<sup>953</sup> LG Berlin CR 2008, 192 ff. m. Anm. *Klees* (Klingelton-Abonnements); OLG Frankfurt CR 2009, 253 ff. = K&R 2009, 197 ff. bzw. Parallelentscheidung OLG Frankfurt VuR 2009, 151 = MMR 2009, 341 ff.; LG Hanau CR 2009, 124; LG Hanau MMR 2009, 142 (Internet – Kostenfallen); instruktiv zum Ganzen *Meyer-van Raay/Deitermann* VuR 2009, 335, 339 f.

<sup>954</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 97 Fn. 390, S. 103 verweist auf weitere, nicht veröffentlichte Verfahren zu Adressbuchschwindel; zu bisherigen Fällen s. auch *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 167 f.

<sup>955</sup> S. unten ab Kap. V. B. 1.

### 2. Schadenserfordernis bei der Verletzergewinnherausgabe

Wie man sie auch dogmatisch einordnet – die dreifache Schadensberechnung ist dem Grunde nach nur bei Vorliegen der deliktischen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs, also auch eines Schadens, anwendbar. Die jüngere Rechtsprechung betont nun, dass bei der Verletzung von Nutzungsrechten bereits der Eingriff in die allein dem Rechtsinhaber zugewiesene Nutzungsmöglichkeit als solcher zu einem Schaden im Sinne des Schadensersatzrechts führe.<sup>956</sup> Es lohnt sich daher die nähere Betrachtung, ob und inwieweit die Herausgabe des Verletzergewinns über die mindestens fahrlässige Rechtsverletzung hinaus noch vom Vorliegen eines konkreten Schadens bzw. der Möglichkeit eines Vermögensschadens beim Verletzten abhängig sein kann. Die Rechtsprechung lehnte nämlich bisher den Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns im gewerblichen Rechtsschutz ab, wenn aufgrund besonderer Umstände die übliche Fiktion des Zusammenhangs zwischen Verletzergewinn und Schaden in Form entgangenen Gewinns des Verletzten im Einzelfall entfiel, wenn es etwa verletzungsbedingt ausnahmsweise zu einer Gewinnsteigerung beim Verletzten kam.<sup>957</sup> Allerdings galten diese – im konkreten Fall für die Verletzung einer lauterkeitsrechtlich geschützten Rechtsposition aufgestellten – Ausnahmen bereits nach der alten Rechtslage als nicht auf alle Rechtsmaterien im Anwendungsbereich der dreifachen Schadensberechnung übertragbar,<sup>958</sup> vielmehr wurde angenommen, der Wortlaut etwa des § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG sowie § 42 Abs. 2 S. 2 GeschmMG a.F. („an Stelle des Schadensersatzes“) trage letztlich auch dem im Vergleich zum Schadensersatz „anders gearteten Charak-

---

<sup>956</sup> BGH GRUR 2009, 856, 863 – *Tripp-Trapp-Stuhl* m.w.N.; BGH NJW 2009, 3509, 3510 f. – *CAD-Software*; vgl. auch v. *Ungern-Sternberg* GRUR 2010, 386, 393; in diesem Sinne bereits *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 329.

<sup>957</sup> BGH GRUR 1995, 349, 351 – *Objektive Schadensberechnung*; auch die Neuorientierung der Rechtsprechung seit der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung brachte insoweit keine Veränderung, vgl. *Helms*, *Gewinnherausgabe*, S. 247. S. zum Ganzen differenzierend *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 275, insb. Fn. 149; *Helms*, *Gewinnherausgabe*, S. 282; *Ingerl/Rohnke*, *MarkenG*, Vorbem. §§ 14-19d Rn. 232.

<sup>958</sup> Für das Urheberrecht *Dreier* in *Dreier/Schulze*, *UrhG*, § 97 Rn. 66; *J. B. Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, *UrhG*, § 97 Rn. 75.



ter“ der Gewinnherausgabe Rechnung,<sup>959</sup> so dass es dort auf einen zumindest denkbaren Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Verletzergewinns und der eines Schadens des Verletzten gerade nicht ankommen sollte.<sup>960</sup>

Zunächst ist festzuhalten: Mit der Angleichung der Anspruchsvoraussetzungen der dreifachen Schadensberechnung im Zuge der Umsetzung der *Enforcement-Richtlinie* für sämtliche Bereiche des Immaterialgüterrechts<sup>961</sup> werden für die Zukunft unterschiedliche Auslegungen insoweit – zumindest ohne spezifische materiellrechtliche Begründung – ausgeschlossen sein; es ist darüber hinaus auch kein Anlass ersichtlich, die (noch) nicht gesetzlich geregelten Anwendungsfälle grundsätzlich anders zu behandeln. Die Tatsache, dass die gesetzlichen Formulierungen von einem Verletzergewinn „an Stelle des Schadensersatzes“ zugunsten der Formulierung „bei der Bemessung des Schadensersatzes“ gestrichen wurden, spricht dabei zunächst womöglich dafür, einen konkreten Schadenszusammenhang nun für alle Fälle der Verletzergewinnherausgabe als erforderlich anzusehen.<sup>962</sup> Schließlich hat der BGH in seiner Entscheidung *Objektive Schadensberechnung* – ohne dies spezifisch auf das Lauterkeitsrecht zu beziehen oder zu beschränken – ausdrücklich auf den Grundsatz abgestellt, dass der Verletzergewinn als eine objektive Berechnungsart lediglich einen Maßstab für die Bemessung der Schadenshöhe und daher keinen eigenständigen Schadensgrund darstelle, der die Feststellung eines tatsächlichen Schadens „ohne weiteres ersetzen könnte“. Zwar lasse ein Verletzergewinn im Regelfall den Schluss zu, dass bei dem Verletzten ein entsprechender Schaden eingetreten sei, jedoch könne dieser Regelschluss im Einzelfall ausfallen.<sup>963</sup> In dem konkreten Fall – ein Händler hatte Präsentationsmaterial eines Herstellers ohne dessen Zu-

<sup>959</sup> *Dreier* in Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 66; ähnlich *J. B. Nordemann* in Fromm/Nordemann, UrhG, § 97 Rn. 75.

<sup>960</sup> *Dreier* in Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 66; *J. B. Nordemann* in Fromm/Nordemann, UrhG, § 97 Rn. 75; *Wild* in Schricker, UrhR, § 97 Rn. 67; a.A. *Lütje* in Möhring/Nicolini, UrhG, § 97 Rn. 155.

<sup>961</sup> Dazu bereits oben Kap. II. B. 1. b) (3) (b).

<sup>962</sup> In diesem Sinne wohl v. *Wolff* in Wandtke/Bullinger, UrhR, § 97 Rn. 66.

<sup>963</sup> BGH GRUR 1995, 349, 351 – *Objektive Schadensberechnung* m.w.N.

stimmung verwendet, woraufhin er dessen Produkte mittelbar auch zu dessen Nutzen mit Erfolg verkaufen konnte – sei die Annahme eines mit dem Gewinn des Anspruchsgegners in irgendeiner Wechselbeziehung stehenden Schadens des Verletzten insoweit „lebenserfahrungswidrig“. <sup>964</sup> Einen Schaden hat der BGH aber insoweit angenommen, als die Nutzung der geschützten Leistung ohne Gegenleistung bzw. Vergütung erfolgt sei, und im Ergebnis die Schadensberechnung im Wege der Lizenzanalogie zugelassen. <sup>965</sup>

Andererseits findet sich in der Gesetzesbegründung zu § 139 Abs. 2 S. 2 PatG n.F. (auf die die Begründungen zu den anderen Normierungen der dreifachen Schadensberechnung jeweils verweisen) der Hinweis, dass mit dem neuen Wortlaut „klargestellt“ werde, dass „die drei Arten der Schadensberechnung keinen tatsächlichen Mindestschaden voraussetzen, sondern dass bereits durch den Eingriff in das geschützte Recht ein Schaden entsteht“. <sup>966</sup> Die Verletzergewinnherausgabe begründet der Regierungsentwurf ohne Einschränkung damit, dass auf Grund des Ausschließlichkeitscharakters des Immaterialguts davon ausgegangen werden könne, dass der Rechtsinhaber bei einer eigenen Verwertung seiner Rechte den Gewinn erzielt hätte, den der Verletzer durch die Nutzung des fremden Rechts erzielt hat. <sup>967</sup> Dann kann es auf aber in der Konsequenz auf das Nichtvorhandensein etwa einer durch die unberechtigte Nutzungshandlung mittelbar verursachten Gewinnsteigerung beim Verletzten nicht ankommen; die Gewinnsteigerung wäre schließlich auch dann erfolgt, wenn der Verletzer als „Nicht-Verletzer“ gehandelt, also eine übliche Vergütung für die Nutzung erbracht hätte. Dies gilt umso mehr, wenn man die

---

<sup>964</sup> BGH GRUR 1995, 349, 351 – *Objektive Schadensberechnung*; für eine Übertragung auch auf das Immaterialgüterrecht *Lütje* in Möhring/Nicolini, UrhG, § 97 Rn. 155.

<sup>965</sup> BGH GRUR 1995, 349, 351 – *Objektive Schadensberechnung*.

<sup>966</sup> Begr. RegE-Rechtsdurchsetzung, BT-Drucks. 16/5048, S. 37; einen Schaden aber wohl voraussetzend die Gründe zur „*Enforcement*“ – Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Abl EU Nr. L 195 vom 2.6.2004, S. 16, 18; vgl. ähnlich bereits *J. B. Nordemann* in Fromm/Nordemann, UrhG, § 97 Rn. 75.

<sup>967</sup> Insoweit mit Hinweis auf BGH GRUR 1972, 189 ff. – *Wandsteckdose II* sowie BGH GRUR 2001, 329, 330 ff. – *Gemeinkostenanteil*: Begr. RegE-Rechtsdurchsetzung, BT-Drucks. 16/5048, S. 33.

Verletzererwerbherausgabe auch als präventives Instrument und Ableitung des § 687 Abs. 2 BGB ansieht.<sup>968</sup> Auf die Indizwirkung eines Regelschlusses käme es dann nicht mehr an. Sollte die Rechtsprechung an dieser Lesart des „Eingriffs als Schaden“ konsequent festhalten, dürfte damit für die Zukunft immer unwahrscheinlicher werden, dass sie die Herausgabe des Verletzererwerbs wegen eines fehlenden gedanklichen Zusammenhangs zwischen Umsatz des Verletzers und (konkretem) Schaden des Verletzten im Einzelfall noch ablehnt.<sup>969</sup>

### 3. Schwere des Eingriffs bei der Geldentschädigung

Der Anspruch auf Geldentschädigung wegen kommerzieller Persönlichkeitsrechtsverletzungen setzt über die verletzungsbedingte immaterielle Beeinträchtigung des Rechtsinhabers hinaus eine gewisse Schwere des Eingriffs voraus.<sup>970</sup> Diese Einschränkung ergibt sich aus dem grundrechtlichen Spannungsfeld zwischen den Rechtsgütern einerseits des Persönlichkeitsrechts und andererseits der Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit,<sup>971</sup> die bei der Ermittlung eines interessengerechten Ausgleichs<sup>972</sup> gegeneinander abgewogen werden müssen. Die Schwere des Eingriffs spielt sowohl auf der Tatbestands- als auch bei der Bemessung der Höhe der Geldentschädigung auf der Rechtsfolgenseite eine Rolle. Hierbei vermischen sich in komplexer Weise Wertungen aus unterschiedlichen Sphären: Der Eingriff ist als umso schwerer zu beurteilen, je intensiver er in die

---

<sup>968</sup> So *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 66; *J. B. Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, UrhG, § 97 Rn. 75; a.A. wohl *Zahn*, Verletzererwerb, S. 93.

<sup>969</sup> Vgl. BGH GRUR 2009, 856, 863 – *Tripp-Trapp-Stuhl* m.w.N.; v. *Ungern-Sternberg* GRUR 2010, 386, 393 m.w.N.; für das Urheberrecht wohl ebenso *J. B. Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, UrhG, § 97 Rn. 75; für eine Nichtübertragbarkeit der Grundsätze aus der Entscheidung *Objektive Schadensberechnung* auf das Immaterialgüterrecht insoweit und eine Unabhängigkeit der Verletzererwerbherausgabe vom Schaden des Verletzten auch nach dem neuen Wortlaut des § 97 UrhG auch *Wild* in *Schricker/Loewenheim*, UrhR, § 97 Rn. 168; vgl. aber auch *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vorbem. §§ 14 -19d Rn. 232: Das Erfordernis eines Zusammenhangs zwischen Umsatz des Verletzers und Schaden des Verletzten verstoße nach wie vor nicht gegen Art. 9 der Enforcement-Richtlinie.

<sup>970</sup> BGH GRUR 1962, 105, 107 – *Ginsengwurzel*; BGH GRUR 1972, 97, 98 – *Liebestropfen*; BGH GRUR 1995, 224, 228 – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; dazu auch *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 352 m.w.N.

<sup>971</sup> Vgl. BVerfG GRUR 1974, 44, 47 ff. – *Soraya*; BVerfG GRUR 1973, 541, 544 ff. – *Lebach*; dazu v. *Holleben*, *Geldersatz*, S. 45; unter starker Betonung der Pressefreiheit auch insoweit *Damm/Rehbock*, *Widerruf* u.a., Rn. 949, 951, 958 ff., die daher ein „unabwendbares Bedürfnis“ zur Gewährung immateriellen Schadensersatzes als zusätzliche Voraussetzung sehen, vgl. *Damm/Rehbock*, *Widerruf* u.a., Rn. 953 ff.

<sup>972</sup> Vgl. BGH GRUR 1995, 224, 229 – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; BGH GRUR 1996, 373, 374 – *Caroline von Monaco*.

Intimsphäre des Betroffenen eingedrungen ist, daneben kann aber auch eine Rolle spielen, welcher Grad des Verschuldens oder welcher Beweggrund auf der Seite des Täters<sup>973</sup> vorlag, welche Tragweite der Eingriff hat<sup>974</sup> und zu welchem Genugtuungsbedürfnis<sup>975</sup> er beim Verletzten führt.

Es kommen somit jeweils subjektive und objektive Kriterien sowohl aus Sicht des Verletzers als auch der des Verletzten zum Tragen. An objektiven Kriterien lässt sich etwa nach der Art der Darstellungsform<sup>976</sup> und Wortwahl<sup>977</sup> sowie der Präsentation – als reißerischer Aufmacher auf einer Titelseite oder als Textinformation im Innenteil eines Druckwerks – einer persönlichkeitsrechtsverletzenden Meldung, ihrem Verbreitungsgrad<sup>978</sup> und dem Verletzungsgrad des Rechtsinhabers unterscheiden, dem Ausmaß der „Verkürzung“ seiner Persönlichkeitsphäre, konkret etwa nach dem Ausmaß der Kränkung oder des Ansehensverlustes sowie dem psychischen und physischen Zustand des Betroffenen.<sup>979</sup> Auf die subjektiven Elemente der schweren Persönlichkeitsrechtverletzung auf Täterseite wird unten näher eingegangen.<sup>980</sup>

---

<sup>973</sup> Vgl. BGH GRUR 1995, 224, 228 – *Erfundenes Exklusiv-Interview*.

<sup>974</sup> Vgl. BGH GRUR 1962, 105, 107 – *Ginsengwurzel*; BGH GRUR 1995, 224, 228 – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; zum Ganzen *Klüber*, Persönlichkeitschutz, S. 149 f.; v. *Holleben*, Geldersatz, S. 46 ff.; *Damm/Rehbock*, Widerruf u.a., Rn. 959 ff., jew. m.w.N.

<sup>975</sup> *Prinz* NJW 1996, 953, 954 ff.; dazu auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 95.

<sup>976</sup> *Müller* in Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 51 Rn. 23; *Damm/Rehbock*, Widerruf u.a., Rn. 964 mit zahlreichen Beispielen.

<sup>977</sup> *Steffen* NJW 1997, 10, 11; v. *Holleben*, Geldersatz, S. 47.

<sup>978</sup> Etwa BGH GRUR 1965, 495, 498 – *Wie uns die Anderen sehen*.

<sup>979</sup> V. *Holleben*, Geldersatz, S. 47; *Prinz* NJW 1996, 953, 955; vgl. auch *Müller* in Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 23 m.w.N.

<sup>980</sup> S. unten Kap. III. D. 2.

## **D. Verschuldensmaßstab**

Auch die Vorsatzabhängigkeit der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung fällt schon auf den ersten Blick als tatbestandliches Spezifikum auf. Insgesamt bestehen hinsichtlich der Anforderungen an den subjektiven Tatbestand deutliche Unterschiede zwischen den in dieser Arbeit angesprochenen Gewinnhaftungsinstituten.

### **1. Der Verschuldensmaßstab bei der dritten Schadensberechnungsart im Immaterialgüterrecht**

Da die Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung daran anknüpft, dass dem Inhaber eines Immaterialgüterrechts oder einer wettbewerbsrechtlich geschützten Leistungsposition aus einer Verletzung dieses Rechts dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch zusteht, richten sich die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieses Gewinnherausgabeanspruchs zunächst nach denen des zugrundeliegenden Schadensersatzanspruchs. Damit kann der Verletzte bereits in Fällen einfach-fahrlässigen Handelns des Verletzers die Herausgabe des durch die Verletzung erzielten Gewinns verlangen.<sup>981</sup> Auch die Einbeziehungsmöglichkeit des Verletzergewinns in die Schadensberechnung nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB setzt dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch voraus.

#### **a) Der Fahrlässigkeitsbegriff in Urheberrecht und gewerblichem Rechtsschutz**

Im Immaterialgüterrecht und gewerblichen Rechtsschutz, damit auch im Lauterkeitsrecht, richten sich die Anforderungen an die Fahrlässigkeit zunächst nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen.

---

<sup>981</sup> Vgl. statt aller weiterer Regelungen § 97 Abs. 2 S. 1, 2 UrhG; zum Fahrlässigkeitsbegriff insbesondere im Zusammenhang mit den Vorgaben von TRIPS und *Enforcement*-Richtlinie s. auch *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 707 f.; zur Kritik am Verschuldensmaßstab insbesondere der dritten Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht s. Näheres und Nachw. unter Kap. V. A. 2. a).

### (1) *Einfache Fahrlässigkeit*

Wie in § 276 Abs. 2 BGB setzt die Fahrlässigkeit hier ein Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen – nicht lediglich der üblichen<sup>982</sup> – Sorgfalt voraus.<sup>983</sup> Der rechtswidrige Erfolg muss dabei voraussehbar und vermeidbar gewesen sein.<sup>984</sup> Hinsichtlich der objektiven Tatumstände, etwa des Bestehens einer gültigen Berechtigung seines Lieferanten oder fremder für seinen Tätigkeitsbereich relevanter Schutzrechte, treffen den Verletzer teilweise umfangreiche Prüfungs- und Erkundigungspflichten.<sup>985</sup> Auch im Lauterkeitsrecht wird an die Einhaltung der Sorgfaltspflichten insoweit<sup>986</sup> ein strenger<sup>987</sup> Maßstab angelegt.<sup>988</sup> Ähnliches gilt im Übrigen für das Verschulden im Kartellrecht.<sup>989</sup>

Von großer Bedeutung ist dieser strenge Maßstab vor allem bei der Beurteilung von Rechtsirrtümern. Tatbestands- wie Rechtsirrtümer schließen zwar auch im Immaterialgüterrecht den Vorsatz aus,<sup>990</sup> führen jedoch oftmals zur Annahme einer fahrlässigen Begehung.<sup>991</sup> Nach einer durch die Rechtsprechung vorgenommenen grundsätzlichen Wertung bezüglich der Risikoverteilung in Urheber-

---

<sup>982</sup> Vgl. BGH GRUR 1965, 495, 496 – *Wie uns die Anderen sehen*; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.17; Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 57.

<sup>983</sup> Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 57; Kraßer, Patentrecht, § 35 II 5; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.17; Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 37.

<sup>984</sup> Palandt/Grüneberg § 276 Rn. 12.

<sup>985</sup> Vgl. Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 57; Einzelheiten auch zu unterschiedlichen Sorgfaltsanforderungen je nach Einzelfall Kraßer, Patentrecht, § 35 II 5 m.w.N.; vgl. zu möglichen unterschiedlichen Wertungen innerhalb des gewerblichen Rechtsschutzes bereits Ullmann GRUR 1978, 615, 622 f.

<sup>986</sup> Hierzu ist anzumerken, dass heute – anders als im früheren Lauterkeitsrecht – die Kenntnis der objektiven Tatumstände zunächst nicht Voraussetzung der Unlauterkeit nach § 3 UWG ist, vielmehr die Unkenntnis von Tatsachen nun erst in der Verschuldensbewertung nach § 9 UWG eine Rolle spielt, vgl. Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 18, 38 jew. m.w.N.

<sup>987</sup> Zur Kritik an der Strenge des Verschuldensmaßstabes vgl. etwa Kraßer, Patentrecht, § 35 II 5, dort Fn. 38.

<sup>988</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 1999, 923, 928 – *Tele-Info-CD*; BGH GRUR 2002, 622, 626 – *shell.de*; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.18 ff. m.w.N.; zur Kasuistik Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 40 ff.

<sup>989</sup> Vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 53 f. mit Verweis auf WuW/E BGH 2341, 2344 f. – *Taxi-zentrale Essen*: Unter diesen Umständen empfehle es sich für Unternehmen, vor Abschluss oder Durchführung von möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen alle zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen, um die kartellrechtliche Zulässigkeit der beabsichtigten Vereinbarung oder Verhaltensweise zu klären; in Zweifelsfällen komme auch bilateralen Konsultationen mit den zuständigen Kartellbehörden eine besondere Bedeutung zu.

<sup>990</sup> Vgl. dazu noch Näheres unter Kap. III. D. 3. c).

<sup>991</sup> BGH GRUR 1982, 102, 104 – *Masterbänder*; Dreier GRUR Int 2004, 706, 707; ausführlich Schulze GRUR 1994, 702, 703 f.

recht und gewerblichem Rechtsschutz soll der Zuwiderhandelnde nämlich daran gehindert werden, seinem Gegenüber das Risiko einer zweifelhaften Rechtslage zuzuschieben.<sup>992</sup> Danach gilt ein Rechtsirrtum nur dann als entschuldigt, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte.<sup>993</sup> Das Sorgfaltserfordernis geht zwar nicht so weit, dass aus der Sicht des rechtsirrig Handelnden die Möglichkeit einer für ihn ungünstigen gerichtlichen Klärung undenkbar gewesen sein müsste,<sup>994</sup> fahrlässig handelt aber bereits, wer sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt, in dem er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des fraglichen Verhaltens in Betracht ziehen muss.<sup>995</sup> Das Risiko eines Rechtsirrtums trägt insoweit der Verletzer, der sich hinsichtlich der Fahrlässigkeit auch nicht durch das Vertrauen in den Rat eines Anwalts entlasten kann,<sup>996</sup> zumindest nicht, soweit die Rechtsauskunft die Rechtslage als zumindest zweifelhaft hat erkennen lassen.<sup>997</sup> Je nach Sachkundigkeit des Verletzers bzw. der an der Verletzung Beteiligten können an die Akteure auch unterschiedliche Sorgfaltsanforderungen gestellt werden.<sup>998</sup>

## (2) *Grobe Fahrlässigkeit*

Eine Unterscheidung nach einfacher und grober Fahrlässigkeit treffen die heutigen Schadensersatzregelungen im gewerblichen Rechtsschutz nicht. Wie im Zusammenhang mit der Gewinnabschöpfung wird eine entsprechende Abstufung

---

<sup>992</sup> BGH GRUR 1987, 564, 565 – *Taxi-Genossenschaft*; BGH GRUR 1999, 923, 928 – *Tele-Info-CD* m.w.N.

<sup>993</sup> BGH GRUR 1999, 923, 928 – *Tele-Info-CD* m.w.N.; für das Kartellrecht vgl. BGH WuW/E BGH 2341, 2344 f. – *Taxizentrale Essen*; dazu auch Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 53 f.

<sup>994</sup> BGH GRUR 1999, 923, 928 – *Tele-Info-CD*.

<sup>995</sup> Vgl. BGH GRUR 2000, 699, 702 – *Kabelfernsehen*; BGH GRUR 1999, 984 ff. – *Laras Tochter*; BGH GRUR 1999, 923, 928 – *Tele-Info-CD* m.w.N.; *Dreier* in Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 57; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.19.

<sup>996</sup> *Dreier* in Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 57 m.w.N.; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.19 m.w.N.

<sup>997</sup> BGH GRUR 1981, 286, 288 – *Goldene Karte I*.

<sup>998</sup> BGH GRUR 1991, 332, 333 – *Lizenzmangel*; BGH GRUR 1974, 290, 292 – *Maschenfester Strumpf*; *Dreier* in Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 57; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.17; *Kraßler*, Patentrecht, § 35 II 5.

jedoch diskutiert,<sup>999</sup> weshalb auch die Kategorie der groben Fahrlässigkeit an dieser Stelle kurz dargestellt werden soll. Grobe Fahrlässigkeit ist dann anzunehmen, wenn bei einem Rechtsverstoß die erforderliche Sorgfalt in ganz besonders schwerem Maße außer Acht gelassen wurde, wenn schon einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt wurden und das nicht beachtet wurde, was im gegebenen Fall jedermann einleuchten musste.<sup>1000</sup> Umgangssprachlich formuliert liegt leichte Fahrlässigkeit dann vor, wenn der objektive Betrachter noch sagen wird: „Das kann vorkommen“, grobe, wenn er schon sagen muss: „Das darf nicht vorkommen“.<sup>1001</sup>

Sie ergibt sich nicht nur aus der besonders schweren objektiven Pflichtverletzung, sondern regelmäßig<sup>1002</sup> auch aus einem deutlich gesteigerten subjektiven Verschulden.<sup>1003</sup> Wer also mangels persönlicher Fähigkeiten oder subjektiver Erkennbarkeit den Sorgfaltsverstoß nicht erkennen konnte, dessen Handeln wird regelmäßig nicht als grob fahrlässig bewertet werden können.<sup>1004</sup>

#### **b) Richterliches Reduktionsermessen in Fällen leichter Fahrlässigkeit?**

Im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes – außer in UrhG, MarkenG und nach Lauterkeitsrecht – galt bei den Schadensersatzansprüchen in der Vergangenheit zusätzlich eine sogenannte Reduktionsklausel für Fälle leichter Fahrlässigkeit, normiert in den alten Fassungen der § 139 Abs. 2 S. 2 PatG, § 24 Abs. 2 S. 2 GebrMG, § 42 Abs. 2 S. 3 GeschmMG, § 9 Abs. 1 S. 2 HalblSchG und § 37 Abs. 2 S. 2 SortSchG. Diese räumte dem Gericht das Ermessen ein, statt des

---

<sup>999</sup> Dazu vgl. noch unten ab Kap. V. A. 2. a).

<sup>1000</sup> Palandt/*Grüneberg* § 276 Rn. 14 sowie § 277 Rn. 5; ausführlich *Grundmann* in MüKo-BGB Bd. 2, § 276 Rn. 94 m.w.N.

<sup>1001</sup> Nachw. s. bei *Grundmann* in MüKo-BGB Bd. 2, § 276 Rn. 94.

<sup>1002</sup> Zu den für diese Untersuchung nicht relevanten Ausnahmen aus weiteren Bereichen des Zivilrechts *Grundmann* in MüKo-BGB Bd. 2, § 276 Rn. 95 m.w.N.

<sup>1003</sup> St. Rspr., vgl. nur BGH NJW 2001, 2092; NJW 1985, 2648 f.; NJW 1980, 887, 888; weitere Nachw. etwa bei Palandt/*Grüneberg* § 277 Rn. 5. Nur einfache subjektive Vorwerfbarkeit soll allerdings wohl in Einzelfällen durch einen besonders schweren objektiven Sorgfaltsverstoß ausgeglichen werden, vgl. zumindest BGH NJW 1992, 2418, 2419; zum Ganzen ausführlich *Grundmann* in MüKo-BGB Bd. 2, § 276 Rn. 95 ff., 104.

<sup>1004</sup> Palandt/*Grüneberg* § 277 Rn. 5; *Grundmann* in MüKo-BGB Bd. 2, § 276 Rn. 95; dazu auch *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 97.



Schadensersatzes eine niedrigere „Entschädigung“<sup>1005</sup> festzusetzen, die der Höhe nach in den Grenzen zwischen dem Schaden des Verletzten und dem Gewinn des Verletzers liegen sollte.<sup>1006</sup> Die entsprechenden Regelungen wurden sämtlich mit der Umsetzung der *Enforcement-Richtlinie*<sup>1007</sup> gestrichen.<sup>1008</sup> Dennoch hat der BGH in jüngerer Zeit offengelassen, ob bei geringem Verschulden eine Herabsetzung des nach der dritten Schadensberechnungsmethode ermittelten Schadensatzes vorgenommen werden soll und kann.<sup>1009</sup>

## 2. Das Verschulden im Rahmen der Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen

Seit der zweiten *Caroline*- Entscheidung gilt die Figur der Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Massenmedien auch in solchen Fällen als anwendbar, in denen der Verletzer lediglich grob fahrlässig gehandelt hat.<sup>1010</sup> Eine Exkulpation über den Rechtsirrtum wird dabei nur ausnahmsweise möglich sein.<sup>1011</sup> Insgesamt spielt das Verschulden im Rahmen der Geldentschädigung sogar in zweierlei Hinsicht eine Rolle:

<sup>1005</sup> Wobei es sich wohl trotz dieses Begriffs um eine Form des Schadensersatzes handelte, zumal die Regelung an das Verschulden anknüpft und vor allem den dem Verletzten entstandenen Schaden als Bezugsgröße behält, vgl. Dreier, *Kompensation und Prävention*, S. 79 m.w.N.

<sup>1006</sup> Vgl. zur Rspr. etwa BGH GRUR 1966, 553, 557 – *Bratpfanne*; weitere Nachw. bei Kraßer, *Patentrecht*, § 35 II 4, dort Fn. 37.

<sup>1007</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (oben Fn. 10); vgl. auch Begr. RegE-Rechtsdurchsetzung, BT-Drucks. 16/5048, S. 33, 37.

<sup>1008</sup> Die Gründe hierfür sind allerdings nicht ganz zwingend; laut Gesetzesbegründung seien die Reduktionsklauseln aufzuheben, da Art. 13 der *Enforcement-Richtlinie* die Festsetzung einer im Vergleich zu den sonstigen Schadensberechnungsmethoden niedrigeren Entschädigung nur für Fälle ohne Verschulden vorsehe, vgl. Begr. RegE- Rechtsdurchsetzung, BT-Drucks. 16/5048, S. 33. Solange aber der Gesetzgeber im deutschen Recht am Grundfall der konkreten Schadensberechnung festhält, wie bei der Umsetzung der Richtlinie geschehen, unterschritte die Entschädigung nach der früheren Regel ja auch heute nie den Mindestbetrag in Form des nachweisbaren Schadens des Verletzten. Es würde sich lediglich das Wahlrecht des Verletzten zu einem pflichtgemäßen Ermessen des Richters umwandeln. Dies würde nach Ansicht der Verf. mit Art. 13 der *Enforcement-Richtlinie* nicht kollidieren. Zur Kritik an dieser Streichung und an der diesbezüglichen Begründung im Gesetzesentwurf vgl. im Übrigen v. *Ungern-Sternberg* FS Loewenheim, S. 351, 363, 364; zur Frage der Angemessenheit des jetzigen Verschuldensmaßstabes s. auch noch unten Kap. V. A. 2. a).

<sup>1009</sup> Ablehnend zuvor allerdings die Berufungsinstanz, vgl. zum Ganzen BGH GRUR 2009, 856, 862 (Tz. 54) – *Tripp-Trapp-Stuhl* m.w.N.; gegen eine Unterscheidung nach dem neuen Wortlaut auch Kraßer, *Patentrecht*, § 35 II 4.

<sup>1010</sup> BGH GRUR 1996, 373, 374 – *Caroline von Monaco*; v. *Holleben*, *Geldersatz*, S. 38; zu Voraussetzungen und Fallbeispielen *Damm/Rehbock*, *Widerruf* u.a., Rn. 985 ff.

<sup>1011</sup> Vgl. *Deutsch* JZ 1979, 352, 353; *Damm/Rehbock*, *Widerruf* u.a., Rn. 985.

Zum einen ist bei der Bewertung der Schwere einer Persönlichkeitsrechtsverletzung auf der Tatbestandsebene – denn die Geldentschädigung greift nur bei schweren Rechtsverletzungen ein – insbesondere auch das Verschulden des Täters zu berücksichtigen. Da sich der Rechtsgrund für die Haftung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen in § 823 Abs. 1 BGB findet, muss der Täter schuldhaft, also mindestens fahrlässig, gehandelt haben. Ob auf der Tatbestandsebene ein „schweres“ Verschulden als eigenständige Voraussetzung erforderlich ist, ist umstritten.<sup>1012</sup> Sie wird zumindest als gewichtiges subjektives Tatbestandselement berücksichtigt,<sup>1013</sup> wobei die Schwere des Eingriffs die Anforderungen an die Sorgfalt erhöht.<sup>1014</sup> Der Grad des Verschuldens ist also neben Art und Schwere der Beeinträchtigung sowie deren Anlass und Beweggrund ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Beurteilung der Schwere des Eingriffs.<sup>1015</sup> Zum Teil wird – insbesondere im Zusammenhang mit Präventionsaspekten – auch ausdrücklich auf den kalkulierenden, vorsätzlichen Rechtsverletzer abgestellt.<sup>1016</sup>

Das Verschulden stellt daneben aber auch auf der Rechtsfolgenebene ein wesentliches Kriterium zur Bemessung der Geldentschädigung der Höhe nach dar.<sup>1017</sup> Sowohl zur Genugtuung des Opfers, vor allem aber auch aus präventiven Gesichtspunkten kann bei gesteigertem Verschulden des Verletzers eine Erhöhung der Geldentschädigung geboten sein.<sup>1018</sup> Grob gesagt soll – neben der ob-

---

<sup>1012</sup> Ablehnend etwa KG ZUM 2008, 60, 62 m.w.N.; Müller in Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 51 Rn. 20 m.w.N.; v. Holleben: „ein Gesichtspunkt bei der Bewertung der Schwere der Persönlichkeitsverletzung insgesamt“, so dass auch leichtes Verschulden bei entsprechender „objektiver Schwere“ genügen könne, v. Holleben, Geldersatz, S. 47; stets ein „schweres Verschulden“ als Voraussetzung fordern dagegen Damm/Rehbock, Widerruf u.a., Rn. 984; s. auch BVerfG GRUR 1974, 44, 48 – Soraya: „schweres Verschulden“ als Voraussetzung für die Geldentschädigung.

<sup>1013</sup> BGH GRUR 1962, 105, 107 – Ginsengwurzel; BGH GRUR 1963, 490, 493 – Fernsehansagerin; BGHZ 95, 212, 215; BGH GRUR 1972, 97, 99 – Liebestropfen; BGH GRUR 1995, 224, 228 f. – Erfundenes Exklusiv-Interview; Prinz NJW 1996, 953, 955.

<sup>1014</sup> BVerfG NJW 2006, 595, 596.

<sup>1015</sup> KG ZUM 2008, 60, 62 mit Verweis auf BGH NJW 1980, 2801, 2807 = GRUR 1980, 1105, 1110 f – Medizinsyndikat III; Müller in Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 51 Rn. 20.

<sup>1016</sup> Vgl. Klüber, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, S. 151.

<sup>1017</sup> Dazu etwa Prinz NJW 1996, 953, 955; v. Holleben, Geldersatz, S. 55 m.w.N.

<sup>1018</sup> Für eine Erhöhung der Entschädigungsbeträge schon aufgrund der Genugtuungsfunktion v. Holleben, Geldersatz, S. 55 mit Verweis auf Leutheusser-Schnarrenberger FS Engelsschall 1996, S. 13, 18.

jektiven Schwere des Eingriffs<sup>1019</sup> – ein höherer Grad des Verschuldens stets auch einen höheren Entschädigungsbetrag rechtfertigen.<sup>1020</sup> Daneben kommen auch sonstige subjektive Merkmale beim Verletzer zum Tragen, wie etwa eine besondere Rücksichts- und Skrupellosigkeit bei reiner Gewinnerzielungsabsicht.<sup>1021</sup>

### 3. Das Vorsatzerfordernis in § 10 Abs. 1 UWG

Der Täter des § 10 Abs. 1 UWG schließlich muss – wie auch der Täter nach § 34a GWB, insoweit laufen die beiden Vorschriften parallel – vorsätzlich gehandelt haben.

#### a) Historie

Das Vorsatzerfordernis für § 10 Abs. 1 UWG erschien in der Gesetzesgenese erst spät, nämlich erstmals im Regierungsentwurf von 2003. Noch nach dem vorangegangenen Referentenentwurf sollte dagegen grobe Fahrlässigkeit zur Eröffnung der Rechtsfolge ausreichen; in der entsprechenden Begründung wurde sogar ausdrücklich eine Vorsatzabhängigkeit als „zu eng“ abgelehnt, damit mit der Gewinnabschöpfung alle „offensichtlichen Verstöße“ gegen die Generalklausel erfasst werden könnten.<sup>1022</sup> Der Wertungsunterschied zur Regelung im anschließenden Regierungsentwurf und damit der heutigen Ausgestaltung des § 10 Abs. 1 UWG ist dennoch nicht ganz so grundlegend, wie es den ersten Anschein haben mag. Denn zusätzlich zur grob fahrlässigen Begehung forderte der Referentenentwurf, dass durch die Zuwiderhandlung „systematisch“ einer Vielzahl von Abnehmern ein Schaden zugefügt worden sein müsse.<sup>1023</sup> Dieses Merkmal der systematischen Schädigung hätte wohl seinerseits eine dem Vor-

<sup>1019</sup> Dazu *Prinz* NJW 1996, 953, 955; *Steffen* NJW 1997, 10, 11; v. *Holleben*, Geldersatz, S. 55 m.w.N.

<sup>1020</sup> *Prinz* NJW 1996, 953, 955; dazu auch, wenn auch i.E. enger, *Damm/Rehbock*, Widerruf u.a., Rn. 999 m.w.N. aus der Rspr.

<sup>1021</sup> Vgl. hierzu insb. BGH GRUR 1995, 224, 229 f. – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; BGH NJW 1996, 985, 986 f. („*Caroline III*“).

<sup>1022</sup> Begr. RefE UWG, abgedr. GRUR 2003, 298, 309 f.

<sup>1023</sup> RefE UWG, abgedr. GRUR 2003, 298, 299.

satz durchaus vergleichbare einschränkende<sup>1024</sup> Willens- und eine Wissenskomponente enthalten, denn nach der Begründung zum Referentenentwurf sollte es nicht weniger bedeuten, als dass der Verstoß „von Anfang an auf eine Benachteiligung der Verbraucher ausgerichtet“ gewesen sein müsse.<sup>1025</sup>

Dennoch oder gerade deswegen bleibt allerdings interessant, dass der Gesetzgeber mit der Änderung des Verschuldensmaßstabs im Regierungsentwurf die zugehörige Begründung kaum modifiziert hat. Es finden sich dort keine wesentlich neuen Argumente, sondern vielmehr zunächst Formulierungen, die mit denen der Begründung zum Referentenentwurf geradezu identisch sind. Eine wichtige Rolle werden bei der Neugestaltung des Anspruchs insoweit die massiven Widerstände der Wirtschaftsverbände gespielt haben, denen die Begrenzung des Anspruchs auf Fälle grober Fahrlässigkeit und systematischer Schädigungen nicht weit genug ging.<sup>1026</sup>

Tatsächlich wurden in der Begründung zum Regierungsentwurf und damit zum Vorsatzerfordernis lediglich die Ausführungen, die eine Beschränkung auf vorsätzliches Handeln noch als zu eng darlegten, gestrichen und die Formulierung „jedwede Form der Fahrlässigkeit“ durch „Fahrlässigkeit“ ersetzt;<sup>1027</sup> allerdings wurde im Gesetzestext auch die Voraussetzung der „systematischen Handlung“ gestrichen. Der Gesetzgeber begründet den angehobenen Haftungsmaßstab anschließend damit, dass selbst bei vermeidbaren Rechtsirrtümern bereits Fahrlässigkeit eingreife, so dass jeder, der in Kenntnis des Sachverhalts wettbewerbs-

---

<sup>1024</sup> A.A. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 1, der die Fassung des Referentenentwurfs als auf alle Fälle grober Fahrlässigkeit erstreckt ansieht.

<sup>1025</sup> Vgl. Begr. RefE UWG, abgedr. GRUR 2003, 298, 309.

<sup>1026</sup> Vgl. nur Stellungnahme des Deutschen Industrie- und Handelskammertages (DIHK) vom 24.2.2003, S. 14; Stellungnahme des Deutschen Direktmarketingverbandes e.V. (DDV) vom 24.2.2003, S. 5; Stellungnahme des Bundesverbands Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) vom 27.2.2003, S. 6.

<sup>1027</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24 und Begr. RefE UWG, abgedr. GRUR 2003, 298, 309; dazu auch v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 171 f.

widrig gehandelt habe, im Prinzip auch schuldhaft (also fahrlässig) handele.<sup>1028</sup> Gerade der Unternehmer, der sich in einem Grenzbereich wettbewerbsrechtlicher Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bewege und mit einer abweichenden Beurteilung seines zumindest grenzwertigen Verhaltens rechnen müsse,<sup>1029</sup> sollte aber vor einem drohenden Verlust seines Gewinns geschützt werden.<sup>1030</sup> Dieses „Prozessrisiko“<sup>1031</sup> rechtfertige sich nur, wo ein Mitbewerber durch die Zuwiderhandlung einen echten Schaden erlitten habe. Da der Gewinnabschöpfungsanspruch nicht dem individuellen Schadensausgleich diene – zumal die Abnehmer den Anspruch gerade nicht erhielten<sup>1032</sup> – sondern eher einer wirksamen Abschreckung, müsse zur Vermeidung unangemessener Belastungen für die Wirtschaft für alle Fälle fahrlässiger Zuwiderhandlung der Abschreckungsgedanke zurücktreten.<sup>1033</sup>

## b) Bewertungen des Vorsatzerfordernisses

Insbesondere im Vergleich zur bereits bei Fahrlässigkeit greifenden Verletzergewinnherausgabe im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung stellt der Tatbestand des § 10 Abs. 1 UWG damit hohe Verschuldensanforderungen; dies wird von Teilen der Literatur heftig kritisiert, vor allem unter Praktikabilitäts- sowie unter Wertungsgesichtspunkten. Die hierzu vertretenen Ansichten werden im Folgenden kurz dargestellt, bevor auf die materiellen Inhalte

<sup>1028</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; vgl. Begr. RefE, abgedr. GRUR 2003, 298, 309, die den Vorsatz noch ausdrücklich ablehnt, da dieser das „schwer nachzuweisende Bewusstsein der Rechtswidrigkeit“ voraussetze.

<sup>1029</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24 mit Verweis auf BGH GRUR 1999, 923, 928 – *Tele-Info-CD*.

<sup>1030</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>1031</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>1032</sup> Insoweit liegt allerdings die Überlegung nahe, ob der Gesetzgeber die Abnehmer- und damit zumeist Verbraucherinteressen im UWG doch niedriger bewertet als die der Unternehmer; denn vom Konzept her sollen ja Beeinträchtigungen bei den Abnehmern zur Anspruchsbegründung, wie das Merkmal „zu Lasten“ ausdrückt, durchaus erforderlich sein. Daher kann die oben wiedergegebene Argumentation der Gesetzesbegründung entweder als Beleg dafür gewertet werden, dass an den Zusammenhang zwischen Nachteil der Abnehmer und Vorteil der Zuwiderhandelnden keine hohen Anforderungen zu stellen sind (vgl. dazu unten ab Kap. III. F. 2. b) oder den Schluss nahelegen, dass bei einer gleichberechtigten Gewichtung von Unternehmer- und Abnehmerinteressen das Vorsatzerfordernis gerade nicht gerechtfertigt ist; zur Frage der Erforderlichkeit des Vorsatzerfordernisses vgl. auch noch unten Kap. V. A. 2. b) sowie V. 6. a).

<sup>1033</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; vgl. Begr. RefE, abgedr. GRUR 2003, 298, 309.

der Verschuldensabstufungen allgemein im Lauterkeitsrecht und im Besonderen für § 10 Abs. 1 UWG eingegangen wird.

#### **(1) Abwägung von Unternehmer- gegen Verbraucherinteressen**

Konzeptionell soll das Vorsatzerfordernis die Belastung für die Normadressaten begrenzen. Vor dem Risiko, sich einer Gewinnabschöpfung ausgesetzt zu sehen, will der Gesetzgeber vor allem diejenigen Unternehmer schützen, die in einem Grenzbereich wettbewerbsrechtlicher Zulässigkeit tätig sind.<sup>1034</sup> Da jeder dieser Unternehmer mit einer abweichenden Beurteilung seines zumindest grenzwertigen Verhaltens rechnen müsse, handele er regelmäßig fahrlässig. Das „Prozessrisiko“ einer Gewinnabschöpfung sei – anders als das einer Schadensersatzklage, bei der ein Mitbewerber einen „echten“ Schaden erlitten habe – für den nur fahrlässig handelnden Wettbewerbsteilnehmer eine „unangemessene Belastung“.<sup>1035</sup>

Die dieser Bewertung zugrundeliegende Abwägung von Abnehmer- und Unternehmerinteressen stößt dort auf Zustimmung,<sup>1036</sup> wo Vertreter der Literatur negative Auswirkungen eines zu starken Gewinnabschöpfungsanspruchs auf das lauterkeitsrechtliche Sanktionensystem und den Wettbewerb als solchen befürchten; so etwa *Sack*, der wegen möglicher präjudizieller Wirkungen hinsichtlich der Vorsätzlichkeit vor einer Entwertung des Instruments der Unterwerfungserklärung im negatorischen Rechtsschutz warnt.<sup>1037</sup> Auch *Oppermann/Müller* nehmen an, dass das bestehende effiziente wettbewerbsrechtliche Instrumentarium des Unterlassungsanspruchs hierdurch geschwächt werden könnte und raten zu einer eher restriktiven Handhabung der Gewinnabschöp-

---

<sup>1034</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; dazu krit. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 180 f.

<sup>1035</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>1036</sup> Vgl. etwa *Schaub* GRUR 2005, 918, 924, die § 10 UWG im deutschen Zivilrecht für nicht systemkonform hält und daher eine besonders strenge Handhabung des Vorsatzerfordernisses fordert; *Sack* WRP 2003, 549, 555; *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 285.

<sup>1037</sup> *Sack* WRP 2003, 549, 555; ähnlich schon *Grauel/Luhrenberg* WRP 1980, 521, 524; a.A. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 112.

fung.<sup>1038</sup> Wem der § 10 UWG also ohnehin als „Schreckgespenst“<sup>1039</sup> erscheint, der begrüßt das Vorsatzerfordernis als Eindämmung unzumutbarer Belastungen und als letzte Gewährleistung der unternehmerischen Freiheit, sich mit anwaltlicher Beratung auch in Grenzbereiche der Lauterkeit zu begeben.<sup>1040</sup>

Abgelehnt wird die Wertung hinter der gesetzgeberischen Entscheidung vor allem aus der Perspektive des Verbraucherschutzes.<sup>1041</sup> *Micklitz* etwa weist darauf hin, dass die „finanziell nicht allzu üppig“ ausgestatteten Verbraucherverbände als potentiell relevanteste Kläger genau wie der beklagte Unternehmer ein erhebliches Prozessrisiko trügen und daher keine Prozesse anstrengen würden, deren Erfolgsaussichten zweifelhaft seien.<sup>1042</sup> Im übrigen sei es „nicht einzusehen“, warum der Unternehmer, der sich im Grenzbereich des Zulässigen bewege, privilegiert werden solle; letzten Endes handele es sich um eine individuelle unternehmerische Entscheidung, bei der niemand gezwungen sei, die Grenzen der Lauterkeit auszuloten.<sup>1043</sup> Wer das Risiko einer späteren Inanspruchnahme in Kauf nehme und sein Handeln entsprechend ausrichte, der sei auch nicht schutzbedürftig.<sup>1044</sup> Ebenso rügt *von Braunmühl* eine Privilegierung des grob fahrlässig Handelnden durch die heutige Regelung.<sup>1045</sup>

## (2) Praktikabilitätserwägungen

Als „gewichtigen Geburtsfehler der Vorteilsabschöpfung“ neben dem Fehlen der Anspruchsberechtigung der Verbraucherverbände bezeichnet etwa *Bornkamm*, auch mit Verweis auf § 10 Abs. 1 UWG, das entsprechende Vor-

<sup>1038</sup> *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 285.

<sup>1039</sup> *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42.

<sup>1040</sup> *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42.

<sup>1041</sup> Vgl. *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 109; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 88 ff.; *v. Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 171 f.

<sup>1042</sup> *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 109.

<sup>1043</sup> *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 109.

<sup>1044</sup> *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 109.

<sup>1045</sup> *V. Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 172.

satzterfordernis im Rahmen des § 34a Abs. 1 GWB.<sup>1046</sup> Die Meinungen darüber, inwieweit das Vorsatzerfordernis die Praktikabilität des Gewinnabschöpfungsanspruchs tatsächlich einschränkt, gehen allerdings weit auseinander. Der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv) ließ im Gesetzgebungsverfahren verlauten, das Vorsatzerfordernis mache den Anspruch zum „stumpfen Schwert“,<sup>1047</sup> und forderte eine Ausdehnung auch auf Fahrlässigkeitsbegehungen.<sup>1048</sup> *Mönch* geht davon aus, dass der Nachweis des Wollens oder zumindest der billigen Inkaufnahme nur „in Ausnahmefällen, wenn die Schädigungsabsicht offensichtlich“ sei, gelingen werde.<sup>1049</sup> Auch *Schmauß* kommt zu dem Schluss, dass die Beschränkung auf Vorsatzfälle eine erhebliche Beschneidung der Praktikabilität des Gewinnabschöpfungsanspruchs darstelle, und fordert daher die Einbeziehung grob fahrlässiger Verstöße in deren Tatbestand.<sup>1050</sup>

Nach der Ansicht von *Goldmann* allerdings werden durch das Vorsatzerfordernis allein die „völlig Rechtsblinden und Ignoranten unter den Grenzgängern“ privilegiert; denn sobald sich ein im Grenzbereich der Zulässigkeit agierender Unternehmer um die Rechtswidrigkeit überhaupt kümmere, müsse er sich bei Zweifeln zuverlässigen Rechtsrat holen, über den er sich dann nicht einfach hinwegsetzen könne, ohne sich dem Vorwurf des vorsätzlichen Handelns auszusetzen.<sup>1051</sup> Da von einer vollkommenen Ignoranz dagegen nur in seltenen Fällen auszugehen sei, werde das Vorsatzerfordernis bezogen auf die Problematik des Rechtsirrtums tatsächlich keine große Hürde in der Anwendung des Gewinnab-

---

<sup>1046</sup> *Bornkamm* in Langen/Bunte, Bd. 1, § 34a Rn. 9; a.A. wohl *Emmerich*, der anders als bei § 10 UWG kaum nennenswerte Einschränkungen sieht, da Kartellrechtsverstöße „eigentlich immer vorsätzlich“ begangen würden, *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34a Rn. 9.

<sup>1047</sup> Pressemitteilung des vzbv vom 8.5.2003, abrufbar unter <https://www.vzbv.de/go/presse/221/5/24/index.html> [zuletzt aufgerufen am 19.4.2011].

<sup>1048</sup> Stellungnahme des vzbv zum Regierungsentwurf zur UWG-Novelle vom 4.7.2003, S. 5 f., abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/uwg\\_stellungnahme\\_regentwurf\\_07\\_03.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/uwg_stellungnahme_regentwurf_07_03.pdf) [zuletzt aufgerufen am 19.4.2011].

<sup>1049</sup> *Mönch* ZIP 2004, 2032 bleibt allerdings insoweit ungenau, als es auf eine „Schädigungsabsicht“ für die Anwendung der Gewinnabschöpfung tatsächlich nicht ankommt, vgl. zu den Anforderungen an den Vorsatz bei § 10 UWG sogleich unten ab Kap. III. D. 3. c) (2).

<sup>1050</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 88, 90; vgl. zur Diskussion denkbarer Tatbestandsänderungen insoweit unten ab Kap. V. A. 2. b) (2).

<sup>1051</sup> Vgl. *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 44 f.



schöpfungsanspruchs darstellen.<sup>1052</sup> Folgt man allerdings der im zivilrechtlichen Schrifttum mit guten Argumenten vertretenen Meinung, nach dem gerade die Rechtsblindheit – im Sinne eines Irrtums über grundlegende Anforderungen des Rechts – als einzige Art des Rechtsirrtums im Zivilrecht den Vorsatz unberührt lässt,<sup>1053</sup> so ist der Rechtsblinde damit eben nicht privilegiert, wohl aber, und insoweit kann man *Goldmann* zustimmen, der „Ignorant“, der sich überhaupt keine Gedanken über Recht oder Unrecht seines Handelns macht.<sup>1054</sup> Wer die Unsicherheit der Rechtslage wiederum bewusst ignoriert und es auf den Verstoß ankommen lässt, der ist als Vorsatztäter anzusehen.<sup>1055</sup>

Zum Teil wird außerdem vertreten, dass gerade diejenigen Unternehmer benachteiligt würden, die sich in Zweifelsfällen Rechtsrat einholten, da sie bereits bedingt vorsätzlich handelten, wenn sie im Vorfeld auf ein noch so geringes Restrisiko hingewiesen worden seien.<sup>1056</sup> Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass der Unternehmer bei bestehenden Zweifeln ohnehin verpflichtet ist, seine Augen hiervor nicht zu verschließen, sondern zuverlässigen Rechtsrat einzuholen, dessen Ergebnis er dann auch nicht ignorieren kann.<sup>1057</sup>

### c) Zivilrechtliches Vorsatzverständnis im Lauterkeitsrecht

Zunächst entspricht der zivilrechtliche Vorsatzbegriff im Lauterkeitsrecht dem des § 276 Abs. 1 BGB.<sup>1058</sup> Inwieweit die Kritik hinsichtlich der Praktikabilität<sup>1059</sup> des vorsatzabhängigen Gewinnabschöpfungsanspruchs von der einen oder

<sup>1052</sup> Vgl. *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 45; im Ergebnis zust. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 106; ähnlich *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 112.

<sup>1053</sup> Palandt/*Grüneberg* § 276 Rn. 11 m.w.N.; a.A. im Zusammenhang des § 10 UWG aber *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 93 m.w.N.; vgl. dazu auch unten Fn. 1096.

<sup>1054</sup> Zum Vorschlag *Alexanders*, dies über eine ausnahmsweise Durchbrechung der Vorsatztheorie zu lösen vgl. ebenfalls unten Fn. 1096.

<sup>1055</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 44 m.w.N.

<sup>1056</sup> *Sosnitza* GRUR 2003, 739, 745; a.A. *Engels/Salomon*, die in der Absenkung des Verschuldensmaßstabes gerade eine Möglichkeit für den Unternehmer sehen, sich wieder ohne Sorge vor einer Haftungsfalle anwaltlichen Rat einzuholen, *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42; dazu krit. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 109.

<sup>1057</sup> Dazu vgl. unten Kap. III. D. 4. a) (3).

<sup>1058</sup> Vgl. *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 41.

<sup>1059</sup> Zu den materiellen Wertungs- und Abwägungsfragen s. dagegen unten ab Kap. V. A. 2. b) (1).

anderen Seite durchgreift, lässt sich nur anhand einer genaueren Untersuchung der tatsächlichen Anforderungen an die Vorsätzlichkeit für § 10 UWG bestimmen. Zur Abgrenzung wird hierfür eine kurze Darstellung des zivilrechtlichen Fahrlässigkeitsmaßstabs im Lauterkeitsrecht vorangestellt.

#### **(1) Fahrlässigkeit im Lauterkeitsrecht**

Für das Lauterkeitsrecht gelten hinsichtlich der Anforderungen an die Fahrlässigkeit zunächst dieselben Grundsätze<sup>1060</sup> wie für den gewerblichen Rechtsschutz allgemein.

Insbesondere hinsichtlich der rechtlichen Bewertung einer Wettbewerbshandlung ist der Unternehmer zu optimalen Bemühungen um Rechtskenntnis verpflichtet.<sup>1061</sup> Grundsätzlich muss der im Wettbewerb Handelnde in allen Zweifelsfällen im Rahmen zumutbaren Aufwandes sachkundigen Rechtsrat einholen<sup>1062</sup> und hat darüber hinaus seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechend selbst noch eine gewissenhafte Prüfung anzustellen.<sup>1063</sup> Selbst eine günstige Rechtsauskunft beseitigt sein Verschulden nicht ohne weiteres, da sonst der Verletzte das Risiko der unklaren Rechtslage tragen müsste.<sup>1064</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn die Rechtslage als zweifelhaft erkennbar war oder an der Objektivität oder Qualität der Rechtsauskunft Zweifel hätten aufkommen müssen.<sup>1065</sup> Soweit möglich, sollte sich der Unternehmer an der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientieren, denn ein Rechtsirrtum ist nach ständiger Rechtsprechung nur dann entschuldigt, wenn der Zuwiderhandelnde bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt mit einer ungünstigen Beurteilung seiner Handlung

---

<sup>1060</sup> S. oben Kap. III. D. 1. a).

<sup>1061</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 44 m.w.N.

<sup>1062</sup> BGH GRUR 2002, 269, 270 – *Sportwetten-Genehmigung* m.w.N.; BGH GRUR 1960, 186, 189 – *Arctos*; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.19; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 45, jew. m.w.N.

<sup>1063</sup> BGH GRUR 1965, 198, 202 – *Küchenmaschine*; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.19.

<sup>1064</sup> Zu den dieser Risikoverteilung zugrundeliegenden Erwägungen näher *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 47 mit Verweis auf BGH GRUR 1993, 34, 36 f. – *Bedienungsanweisung* sowie m.w.N.

<sup>1065</sup> BGH GRUR 1974, 290, 292 – *Maschenfester Strumpf*; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.19 m.w.N.

durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte.<sup>1066</sup> Wer bei erkennbar unklarer, durch die höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht geklärter Rechtslage die ihm günstigere Beurteilung aufgreift, der handelt fahrlässig,<sup>1067</sup> da er mit einer abweichenden Beurteilung durch die Gerichte rechnen muss.<sup>1068</sup> Solange ein bestimmtes Verhalten nach der Rechtsprechung erlaubt ist, besteht insoweit Vertrauensschutz für den Unternehmer, auch wenn diese Rechtsprechung inzwischen umstritten ist.<sup>1069</sup> Wer sich aber erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Erlaubten bewegt, in dem er andere als die eigene Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit in Betracht ziehen muss, dies aber nicht tut, der handelt nach ständiger, insoweit auch für das Lauterkeitsrecht gültiger Rechtsprechung bereits fahrlässig.<sup>1070</sup>

Wie im Urheberrecht und anderen Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes<sup>1071</sup> werden an die vorherige Prüfung von Werbemaßnahmen also besonders strenge Sorgfaltsmaßstäbe angelegt. Dies wird auch damit begründet, dass kein Unternehmer gezwungen sei, sich bei der Werbung auf rechtlich zweifelhaftes Gebiet zu begeben.<sup>1072</sup> Wer etwa in einer Werbebeilage für ein bestimmtes Produkt wirbt, darf sich nicht lediglich auf eine Zusage des Lieferanten verlassen, sondern muss selbst überprüfen, ob die entsprechenden Artikel tatsächlich lieferbar sind, und dafür Sorge tragen, dass er die Werbeaussage gegebenenfalls noch abändern kann.<sup>1073</sup>

---

<sup>1066</sup> BGH GRUR 2002, 248, 252 – *SPIEGEL-CD-ROM*; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 43, jew. m.w.N.

<sup>1067</sup> Vgl. BGH GRUR 2002, 248, 252 – *SPIEGEL-CD-ROM*; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.19; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 44 ff., jew. m.w.N.

<sup>1068</sup> *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.19 m.w.N.; für das Kartellrecht vgl. WuW/E BGH 2341, 2344 f. – *Taxizentrale Essen* und Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 53 f.

<sup>1069</sup> BGH GRUR 2002, 269, 270 – *Sportwetten-Genehmigung*; BGH GRUR 1988, 382, 383 – *Schelmenmarkt*; näher *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.19 sowie *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 49, jew. m.w.N.

<sup>1070</sup> Vgl. BGH GRUR 2002, 248, 252 – *SPIEGEL-CD-ROM* m.w.N.; BGH GRUR 1999, 923, 928 – *Tele-Info-CD*; weitere Nachw. bei *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.19; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 28; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 96.

<sup>1071</sup> Zum Maßstab bei unberechtigten Schutzrechtsverwarnungen als Sonderfall vgl. *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 42; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.19, 1.22.

<sup>1072</sup> Vgl. *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.19; BGH GRUR 1981, 286, 288 – *Goldene Karte I*.

<sup>1073</sup> BGH GRUR 1999, 1011, 1014 – *Werbebeilage*.

Spätestens durch eine berechtigte Abmahnung kann bezüglich der Rechtseinschätzung einer Werbemaßnahme „Bösgläubigkeit“ des zuvor schuldlos handelnden Unternehmers hergestellt werden. In diesem Fall ist ab Zugang der Abmahnung mindestens<sup>1074</sup> Fahrlässigkeit anzunehmen. Handelt es sich um eine schwierigere Tat- oder Rechtsfrage, wird dem Zuwiderhandelnden allerdings eine gewisse Prüfungsfrist zugebilligt.<sup>1075</sup>

#### **(2) Grundsätzliche Anforderungen an den Vorsatz**

Grundsätzlich definiert sich der Vorsatz im deutschen Zivilrecht als das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges.<sup>1076</sup> Das bedeutet, dass der Zuwiderhandelnde den rechtswidrigen Erfolg als solchen vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben muss, wobei allerdings nicht erforderlich ist, dass der Erfolg unmittelbar gewünscht oder beabsichtigt war.<sup>1077</sup> Insofern sind an die Vorsätzlichkeit im Rahmen des § 10 Abs. 1 UWG wie auch bei § 34a Abs. 1 GWB die allgemeinen Maßstäbe des Vorsatzbegriffs aus § 276 Abs. 1 BGB anzulegen.<sup>1078</sup> Als Verbindung eines kognitiven und eines voluntativen Elementes<sup>1079</sup> handelt der gegen § 3 oder § 7 UWG Zuwiderhandelnde demnach dann vorsätzlich, wenn er weiß, dass er den Tatbestand des § 3 oder § 7 UWG erfüllt und dies auch will.<sup>1080</sup> Auch bedingter Vorsatz reicht aus; er liegt vor, wenn der Zuwiderhandelnde die Verwirklichung für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat.<sup>1081</sup> Der Vorsatz, insbesondere der bedingte, ist dann von der groben Fahrlässigkeit abzugrenzen.<sup>1082</sup>

---

<sup>1074</sup> Zur Indizwirkung einer vorangegangenen Abmahnung für den Vorsatz vgl. unten Kap. III. D. 4. a) (2).

<sup>1075</sup> BGH GRUR 1973, 375, 376 f. – *Miss Petite*; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.21 m.w.N.

<sup>1076</sup> Palandt/*Grüneberg* § 276 Rn. 10 m.w.N.

<sup>1077</sup> Palandt/*Grüneberg* § 276 Rn. 10.

<sup>1078</sup> Zum Vorsatzerfordernis bei § 34a GWB vgl. krit. *Bornkamm* in Langen/Bunte, § 34a Rn. 9.

<sup>1079</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 105; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 89; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 96 m.w.N.

<sup>1080</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 105; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 6.

<sup>1081</sup> *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 6; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 96, jew. m.w.N. aus der Rspr.

<sup>1082</sup> Vgl. *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 6; nach *von Braunmühl* soll im Rahmen des § 10 UWG außerdem eine Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz (der Zuwiderhandelnde nimmt die Unlauterkeit billigend in Kauf) und der vor allem aus dem Strafrecht geläufigen Kategorie der bewussten Fahrlässigkeit (der Zuwiderhandelnde vertraut auf den Nichteintritt des „Schadens“, für das Zivilrecht vgl. dazu Palandt/*Grüneberg* § 276

Das Wissen des Zuwiderhandelnden kann in sicherem Wissen oder auch in einem „sachgedanklichen Mitbewusstsein“ bestehen.<sup>1083</sup> Darüber hinaus ist zur Annahme eines Vorsatzes innerhalb des Wissenselements aber ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit erforderlich; dies gilt in den zivilrechtlichen Vorschriften des UWG und GWB genauso wie im allgemeinen Zivilrecht nach der dort herrschenden Vorsatztheorie.<sup>1084</sup> Auch innerhalb des Unrechtsbewusstseins lassen sich wiederum ein Willens- und ein Wissensbestandteil unterscheiden: Nach allgemeinen Grundsätzen genügt für das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, dass der Zuwiderhandelnde mit der Rechtswidrigkeit gerechnet und sie – im Sinne eines bedingten Vorsatzes – zumindest gebilligt hat.<sup>1085</sup> Das Unrechtsbewusstsein setzt dabei keine genauen Rechtskenntnisse voraus.<sup>1086</sup> Eine Parallelwertung in der Laiensphäre reicht vielmehr aus, wenn sich dem Zuwiderhandelnden auf Grund seiner Kenntnis der Tatsachen die Rechtswidrigkeit seines Tuns geradezu aufdrängt.<sup>1087</sup>

Das Willenselement kann seinerseits in verschiedenen Abstufungen vorliegen, als zielgerichtetes Wollen, wenn es dem Täter auf die Verwirklichung des Tatbestands bzw. die Unlauterkeit gerade ankommt,<sup>1088</sup> als billigendes Inkaufnehmen<sup>1089</sup> oder als „bewusste Indifferenz“,<sup>1090</sup> wenn der Zuwiderhandelnde gleichgültig „ins Blaue hinein“ agiert, ohne das Risiko der Rechtsverlet-

---

Rn. 13) vorzunehmen sein; bewusste Fahrlässigkeit erfülle die Anforderungen des § 10 Abs. 1 UWG bereits nicht mehr, vgl. *v. Braunnmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 174; ähnlich *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 90. Diesem Ergebnis ist im Prinzip zuzustimmen, angesichts der Abkoppelung der Gewinnabschöpfung von einem Schadenserfolg und vor allem der eindeutig zivilrechtlichen Ausgestaltung der §§ 10 UWG, 34a GWB dürfte insoweit allerdings die Abgrenzung zur zivilrechtlichen Kategorie der groben Fahrlässigkeit systematisch stimmiger sein.

<sup>1083</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 19 m.w.N.

<sup>1084</sup> H.M., vgl. BGHZ 69, 128, 142 f.; BGHZ 118, 201, 208 m.w.N.; a.A. BAG 1, 69, 79; zur Terminologie in Abgrenzung zur strafrechtlichen „Schuldtheorie“ Palandt/*Grüneberg* § 276 Rn. 11; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 23 m.w.N.

<sup>1085</sup> BGHZ 69, 128, 142 f.; *Löwisch* in Staudinger, BGB, § 276 Rn. 25 f.; für § 10 UWG *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 91 f.

<sup>1086</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 105.

<sup>1087</sup> Vgl. zu den Anforderungen an die rechtliche Beurteilung etwa BGHZ 133, 246, 250; zu § 10 UWG in diesem Sinne *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 44, § 9 Rn. 28 f.; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 105; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 6 m. w. N. zur Rspr.

<sup>1088</sup> Vgl. *Schulze zur Wiesche* GRUR 1981, 661, 662 f.; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 32.

<sup>1089</sup> *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 6; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 33.

<sup>1090</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 34.

zung zu prüfen oder indem er vor diesem leichtfertig die Augen verschließt.<sup>1091</sup> Vertraut der Zuwiderhandelnde dagegen ernsthaft darauf, dass er keinen lauterkeitsrechtlichen Verbotstatbestand erfüllt, so ist der Vorsatz ausgeschlossen.<sup>1092</sup>

Aus der Vorsatztheorie ergibt sich schließlich auch, dass der Vorsatz entfällt, wenn der Zuwiderhandelnde einem Rechtsirrtum oder einem Irrtum über tatsächliche Umstände unterliegt;<sup>1093</sup> die Rechtskenntnis wurde von den Vätern des BGB bewusst der Tatsachenkenntnis gleichgestellt.<sup>1094</sup> Während also nach der im Strafrecht herrschenden Schuldtheorie<sup>1095</sup> ein vorwerfbarer Verbotsirrtum die Schuld nicht beseitigt, lassen im Zivilrecht und damit auch im Lauterkeitsrecht grundsätzlich nur Irrtümer über ganz elementare Anforderungen des Rechts („Rechtsblindheit“) den Vorsatz unberührt.<sup>1096</sup>

#### **(3) Einzelheiten zum Vorsatzerfordernis in § 10 Abs. 1 UWG**

Der lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch setzt voraus, dass sich der Vorsatz des Zuwiderhandelnden auf den Verstoß gegen §§ 3 oder 7 UWG und dabei auf alle die Unlauterkeit begründenden Umstände einschließlich der Überschreitung der Bagatellgrenze bezieht.<sup>1097</sup> Der Zuwiderhandelnde muss sich der tatsächlichen Umstände, die den Wettbewerbsverstoß begründen, und auch

---

<sup>1091</sup> Vgl. bereits RGZ 134, 43, 52; weitere Nachw. bei *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 9 Rn. 34.

<sup>1092</sup> Vgl. *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 9 Rn. 33.

<sup>1093</sup> *V. Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 174 mit Verweis auf RGZ 84, 188, 194; RGZ 119, 265, 267 f. m.w.N.; BGHZ 69, 128, 142 f. m.w.N.; BGHZ 118, 201, 208; BGH NJW 1965, 962, 963 f.

<sup>1094</sup> Nachw. bei *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 9 Rn. 23 Fn. 48.

<sup>1095</sup> Dazu bereits BGHSt 2, 194; s. zur Abgrenzung die Nachw. in Fn. 1084.

<sup>1096</sup> *V. Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 174; *Palandt/Grüneberg* § 276 Rn 11 m.w.N.; a.A. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 93 m.w.N. Anders auch *Alexander*, der aus den Wertungen zum Bewusstsein der Sittenwidrigkeit in § 826 BGB ableitet, dass grundsätzlich jeder Rechtsirrtum den Vorsatz des Handelnden unberührt lasse, außer wenn der Täter sich „um Rechtskenntnis bemüht“ habe, „aber aus besonderen Umständen ausnahmsweise die Unrechtmäßigkeit seines Handelns nicht erkennen konnte“, vgl. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 627 ff., 632. Seiner Aussage, dass es grundsätzlich „evident verfehlt“ ist, den „auf Rechtstreue bedachten Täter einem gewissenlosen und rechtsblind handelnden Vorsatztäter gleichzustellen“ (*Alexander* a.a.O. S. 632), kann auf der Wertungsebene uneingeschränkt gefolgt werden. Allerdings wäre für die Umsetzung dieser Wertung nach dem Ansatz *Alexanders* eine systematische Durchbrechung der zivilrechtlichen Vorsatztheorie nötig, s. ebenso *Alexander* a.a.O. S. 632. Ein ausnahmsweiser Rückgriff für § 10 UWG auf die Grundsätze der strafrechtlichen Schuldtheorie (vgl. soeben Fn. 1095), wie *Alexander* ihn ebenda wohl vorschlägt, ist seitens der Rechtsprechung oder weiterer Literaturmeinungen derzeit nicht abzusehen und wegen seiner gegebenenfalls erheblichen systematischen Implikationen wohl auch eher unwahrscheinlich. Insofern scheint es sachgerechter, auf die „Rechtsblindheit“ als Ausnahmetatbestand des Verbotsirrtums zurückzugreifen.

<sup>1097</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 46.

der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens bewusst sein.<sup>1098</sup> Auf die weiteren Tatbestandsmerkmale des § 10 Abs. 1 UWG, konkret die „Gewinnerzielung zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ muss sich der Vorsatz schon nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht erstrecken,<sup>1099</sup> da es sich bei diesen um rein objektive Bedingungen der Abschöpfung handelt.<sup>1100</sup>

Bei objektivem Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen §§ 3 oder 7 UWG bedarf es einer sorgfältigen Abgrenzung innerhalb der teilweise fließenden Übergänge<sup>1101</sup> von der nur grob fahrlässigen zur vorsätzlichen Begehung.<sup>1102</sup> Zusammenfassend lässt sich der Vorsatz aus § 10 Abs. 1 UWG mit *Gärtner* immer dann annehmen, wenn der Zuwiderhandelnde von den Tatsachen Kenntnis hatte, die seine Handlung als unlauter qualifizieren, er die Beurteilung als unlauter außerdem für möglich hält und er dies zumindest billigend in Kauf nimmt.<sup>1103</sup> Nur fahrlässig handelt dagegen, wer von der Unlauterkeit nichts weiß, von der Lauterkeit seines Verhaltens ausgeht oder zumindest konkret auf diese vertraut.<sup>1104</sup> Auch wer schließlich offensichtlich erkennbar in einem Grenzbereich des wettbewerbsrechtlich Zulässigen agiert und eine Beurteilung seines Handelns als unlauter aufgrund einfachster, ganz naheliegender Überlegungen in Betracht ziehen musste (wobei ihm diese Erkenntnis auch subjektiv möglich sein muss),<sup>1105</sup> dies aber nicht tut und dadurch einen objektiv schwerwiegenden Sorgfaltsverstoß begeht, der handelt nur grob fahrlässig.

---

<sup>1098</sup> Vgl. OLG Frankfurt K&R 2010, 598, 599.

<sup>1099</sup> *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 6; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 47; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 107.

<sup>1100</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 47; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 107; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 110; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 89; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 89; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 96; zur Auslegung dieser objektiven Bedingung vgl. unten Kap. III. F.

<sup>1101</sup> *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42.

<sup>1102</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 43.

<sup>1103</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 92.

<sup>1104</sup> So ebenfalls *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 92.

<sup>1105</sup> So *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 97.

#### (a) Kenntnis der Tatumstände

Auf der Wissensebene beginnt bedingter Vorsatz bereits bei einem konkreten Für-Möglich-Halten.<sup>1106</sup> Rechnet der Zuwiderhandelnde nicht konkret mit der Möglichkeit einer Unlauterkeitshandlung, kann das erforderliche Wissensselement aber dann angenommen werden, wenn er sich dazu der Kenntnis der rechtserheblichen Umstände bewusst verschließt,<sup>1107</sup> und es ist (erst) zu verneinen, wenn er auf die Nichtverwirklichung der objektiven Tatumstände ernsthaft vertraut.<sup>1108</sup> Eindeutig ohne Vorsatz handelt derjenige, der von der Verwirklichung der maßgeblichen Tatumstände nichts ahnt.<sup>1109</sup> Tat- und Rechtsirrtümer schließlich führen – mit Ausnahme der völligen Rechtsblindheit – zur Annahme bloßer Fahrlässigkeit, die die Anwendbarkeit von § 10 UWG ausschließt: Irrt der Handelnde, wenn auch grob fahrlässig, über die Wettbewerbswidrigkeit seines Handelns, greift § 10 UWG nicht ein.<sup>1110</sup> Allerdings trägt der Anspruchsgegner für seinen Irrtum die Darlegungs- und Beweislast.<sup>1111</sup>

#### (b) Bewusstsein der Unlauterkeit

Ohne Vorsatz handelt nach dem zivilrechtlichen Verständnis derjenige, der bezüglich der von ihm objektiv verwirklichten Unlauterkeit kein Unrechtsbewusstsein besitzt,<sup>1112</sup> der seine Handlung also tatsächlich für rechtmäßig hält. *Goldmann* unterscheidet insoweit zwischen einem (grob fahrlässigen) „potentiellen“ und einem (vorsätzlichen) „aktuellen“ Unrechtsbewusstsein.<sup>1113</sup> Für die Annahme des Vorsatzes reicht es nicht aus, dass der Zuwiderhandelnde mit der Möglichkeit einer abweichenden Beurteilung rechnen konnte<sup>1114</sup> oder die

---

<sup>1106</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 20 m.w.N.

<sup>1107</sup> Vgl. BGH GRUR 1969, 292, 294 – *Buntstreifensatin II*; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 21, jew. m.w.N.

<sup>1108</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 20 m.w.N.

<sup>1109</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 92; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 19, 23;

<sup>1110</sup> *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 6.

<sup>1111</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 285 m.w.N.

<sup>1112</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 23; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 92.

<sup>1113</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 43.

<sup>1114</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; vgl. zu § 10 UWG insoweit OLG Hamm GRUR-RR 2008, 435, 437.



Unlauterkeit hätte erkennen *müssen*,<sup>1115</sup> solange er mit ihr tatsächlich nicht rechnete.<sup>1116</sup> Umgekehrt aber muss sich nach der Rechtsprechung derjenige wie ein bewusst Handelnder behandeln lassen, der vor den Folgen oder der Bewertung seines Tuns geradezu die Augen verschließt<sup>1117</sup> und auf die Einholung eines Rechtsrats verzichtet, um es auf einen Wettbewerbsverstoß gerade ankommen zu lassen; er handelt zumindest bedingt vorsätzlich.<sup>1118</sup>

### (c) Fazit

Die Abgrenzung zwischen grober Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz ist im Einzelfall höchst diffizil vorzunehmen. Wer sich zwar objektiv erkennbar an der Grenze des wettbewerbsrechtlich Zulässigen bewegt und eine Einschätzung seines Verhaltens als unlauter in Betracht ziehen müsste, mit einer von der eigenen Einschätzung abweichenden Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit allerdings tatsächlich nicht ernsthaft rechnet, der handelt nur fahrlässig.<sup>1119</sup> Verzichtet ein Unternehmer bei vorhandenen Zweifeln allerdings bewusst auf zuverlässigen Rechtsrat<sup>1120</sup> oder verschließt er sich der Rechtskenntnis bewusst, so handelt er nach wohl herrschender Meinung zumindest bedingt vorsätzlich.<sup>1121</sup> Ebenso ist Vorsatz anzunehmen, wenn er etwa in einer Werbeaussage quasi „ins Blaue hinein“ Fakten schafft, obwohl er eine abweichende Beurteilung seines Verhaltens für möglich hält,<sup>1122</sup> also etwa objektiv falsche und

<sup>1115</sup> So aber aus Gründen der Prävention sowie aus Praktikabilitätsgesichtspunkten unter Heranziehung des Vermeidbarkeitskriteriums nach § 17 StGB v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 176; zu Recht führt *Gärtner* hierzu aus, dass das Erkennenmüssen eine Frage objektiver Sorgfaltsverletzung darstelle und damit nur als Fahrlässigkeits- nicht als Vorsatzkriterium heranzuziehen sei; konsequenter wäre vielmehr stattdessen die Forderung nach einem Absenken des Verschuldensmaßstabes, vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 94 m.w.N.; ablehnend auch OLG Hamm GRUR-RR 2008, 435, 437.

<sup>1116</sup> So wohl *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 27; ebenso *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 93.

<sup>1117</sup> BGH NJW 1983, 1420, 1423 mit Verweis auf RGZ 150, 1, 5 f.

<sup>1118</sup> Vgl. *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 44; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 94; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 111.

<sup>1119</sup> Ebenso *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 96.

<sup>1120</sup> Die Frage, inwieweit und in welcher Art sich tatsächlich eingeholte rechtliche Beratung auf die Vorsätzlichkeit des Mandanten auswirkt, wird zusammenfassend beim Thema Nachweisführung behandelt, s. sogleich unten Kap. III. D. 4. a) (3).

<sup>1121</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 44, § 9 Rn. 28; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 94; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 97.

<sup>1122</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 44 m.w.N.

irreführende Angaben macht ohne diese zu prüfen, obgleich er zumindest ahnt, dass sie falsch sein könnten.<sup>1123</sup>

#### 4. Nachweis der Vorsätzlichkeit bei § 10 UWG

Viele Argumente im Streit um Sinn und Erforderlichkeit des Vorsatzerfordernisses in § 10 Abs. 1 UWG beziehen sich letztendlich eher auf die Beweis- als auf die materielle Tatbestandsebene.<sup>1124</sup> So war schon für die Autoren des Referentenentwurfs der auf den ersten Blick schwer zu führende Nachweis des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit der eigentliche Grund, ein Vorsatzerfordernis abzulehnen.<sup>1125</sup> Tatsächlich ist der Nachweis des Vorsatzes einer der Dreh- und Angelpunkte bei der praktischen Umsetzung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung.<sup>1126</sup> Er ist im Grundsatz deutlich schwieriger zu führen als selbst der der groben Fahrlässigkeit,<sup>1127</sup> da bei letzterer die objektive Sorgfaltspflichtverletzung stärker ins Gewicht fällt.<sup>1128</sup>

Die Vorsätzlichkeit ist dabei – wie auch das Verschulden bei den anderen gewinnbezogenen Haftungsinstituten – eine anspruchsbegründende Tatbestandsvoraussetzung und damit grundsätzlich vom Kläger darzulegen und zu beweisen.<sup>1129</sup> Er muss im Verfahren den (inneren) Sachverhalt als von einer so hohen Wahrscheinlichkeit darstellen, dass ein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch nicht mehr an dessen Wahrheit zweifelt.<sup>1130</sup> Der Richter

---

<sup>1123</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 9 Rn. 21 m.w.N.; vgl. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 96.

<sup>1124</sup> Etwa v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 176.

<sup>1125</sup> Begr. RefE UWG, abgedr. GRUR 2003, 298, 309.

<sup>1126</sup> Vgl. *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 107; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 97 m.w.N.

<sup>1127</sup> Zu den Anforderungen an den Nachweis grober Fahrlässigkeit vgl. etwa *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 102 f.

<sup>1128</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 103.

<sup>1129</sup> Vgl. statt aller *Reichold* in *Thomas/Putzo*, ZPO, Vorbem § 284 Rn. 23; zu § 10 UWG v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 283; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 102.

<sup>1130</sup> Dazu vgl. *Reichold* in *Thomas/Putzo*, ZPO, § 286 Rn. 2 m.w.N.; zu § 10 UWG v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 283; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 98.

hat sein Urteil über Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung dann gem. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO nach seiner freien Überzeugung zu bilden.<sup>1131</sup>

Ob die Anforderungen an den Nachweis des Vorsatzes in § 10 UWG eher weit<sup>1132</sup> oder eng<sup>1133</sup> auszulegen sind, dazu bestehen recht unterschiedliche Ansichten; die wesentlichen Möglichkeiten der Nachweisführung werden im Folgenden kurz dargestellt. Letztendlich ist dann vor allem die Praxis der Gerichte maßgeblich, deren erste Ergebnisse im Anschluss dargestellt werden.

### a) Indizien

Zum Nachweis innerer Tatsachen wie des Vorsatzes oder der Kenntnis von Umständen ist der Kläger in hohem Maße auf Indizien und Erfahrungssätze angewiesen.<sup>1134</sup> Insbesondere über Indizien lassen sich für § 10 Abs. 1 UWG auch innere Tatsachen wie der Vorsatz nachweisen, wenn die Hilfstatsachen den Richter im konkreten Fall überzeugen.<sup>1135</sup> Es ist also durchaus nicht so, dass sich subjektive Vorgänge, in die der Kläger keinen Einblick hat, ohne einen Anscheinsbeweis quasi überhaupt nicht nachweisen ließen.<sup>1136</sup> Beruft sich der Anspruchsgegner dann auf einen Tatbestands- oder Rechtsirrtum, trägt er hierfür nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast.<sup>1137</sup>

#### (1) Allgemeines

Der Nachweis der Kenntnis von den tatsächlichen Umständen des Verstoßes dürfte dem Kläger gerade in Fällen, in denen Vorsatz in Rede steht, relativ we-

<sup>1131</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 283 m.w.N.

<sup>1132</sup> Vgl. v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 176, 285.

<sup>1133</sup> Etwa *Schaub* GRUR 2005, 918, 924; gegen eine zu extensive Auslegung auch *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 2.

<sup>1134</sup> Vgl. dazu ausführlich BGH GRUR 1995, 693, 696 f. – *Indizienkette*; v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 283 m.w.N.; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 22.

<sup>1135</sup> Vgl. v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 283; *van Raay* VuR 2007, 47, 51; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 99; *Kemper*, Beweisprobleme im Wettbewerbsrecht, S. 136 f.

<sup>1136</sup> So aber wohl *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 102.

<sup>1137</sup> Nach allg. Grundsätzen, dazu v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 285 m.w.N.

nige Probleme bereiten.<sup>1138</sup> So gilt auf der Wissensebene beispielsweise als nach der allgemeinen Lebenserfahrung ausgeschlossen, dass ein Unternehmer erfolgreiche und durchgesetzte Produkte, Zeichen und Werbemaßnahmen eines gewichtigen unmittelbaren Konkurrenten nicht kennt.<sup>1139</sup>

Nach einer Ansicht soll für § 10 Abs. 1 UWG außerdem bereits das Bewusstsein des Handelns auf dem Markt eine entsprechende Zielgerichtetheit und damit die Kenntnis des Unternehmers von den Tatumständen indizieren.<sup>1140</sup> Letzteres kann in dieser Pauschalität allerdings höchstens für das Wissenselement bezüglich der äußeren Tatumstände, nicht aber für das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und das Wollen der Tatbestandsverwirklichung gelten.<sup>1141</sup> Für die Frage, ob ein Zuwiderhandelnder auf die Nichtverwirklichung der objektiven Tatumstände tatsächlich vertraut hat, wird es aber als ein Indiz angesehen, wie begründet dieses Vertrauen objektiv war.<sup>1142</sup> Aus der voluntativen Perspektive hebt *Goldmann* zwei Erfahrungssätze der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung hervor:<sup>1143</sup> Danach geht es demjenigen gerade um die Irreführung, der eine Werbung dem Wortlaut nach gerade auf einen bestimmten Aussagegehalt anlegt, mit dessen Unrichtigkeit er rechnet.<sup>1144</sup> Wer außerdem wissentlich täuschend ähnliche Produktnachahmungen in den Verkehr bringt, dem kommt es auf das Hervorrufen einer vermeidbaren Herkunftstäuschung gerade an.<sup>1145</sup> Wer darüber hinaus trotz ihm bekannter objektiver Prüfungspflichten die Angaben seines Vorlieferanten

---

<sup>1138</sup> Ebenso *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 91.

<sup>1139</sup> BGH GRUR 1991, 609, 613 – *SL*.

<sup>1140</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 90; ähnlich wohl *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 91; einschränkend wenn nicht gar gänzlich ablehnend aber *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 98.

<sup>1141</sup> Ähnlich wohl *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 98.

<sup>1142</sup> *Grundmann* in MüKo-BGB Bd. 2, § 276 BGB Rn. 161 m.w.N.; zust. *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 22.

<sup>1143</sup> Daneben verweist er – allerdings sehr eingeschränkt – auf den auch im Strafrecht nicht abschließenden Erfahrungssatz der Rechtsprechung, wonach die Grenze zur billigen Inkaufnahme überschritten sei, sobald ein Täter „ein Vorhaben trotz äußerster Gefährlichkeit durchführe“; Einzelheiten und Nachw. bei *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 35.

<sup>1144</sup> Mit Verweis auf BGH GRUR 2004, 162, 163 – *Mindestverzinsung*; beurteilt wurde hier allerdings streng genommen nur die objektive Eignung zur Irreführung.

<sup>1145</sup> RGZ 77, 431, 433; weitere Nachw. bei *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 36.

ungeprüft übernimmt, der sieht vorsätzlich von seiner Prüfungspflicht ab und übernimmt damit das Risiko fehlerhafter Angaben auch hinsichtlich einer Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG.<sup>1146</sup>

Ähnlich schlägt *von Braunmühl* vor, in Anlehnung an den Rechtsgedanken der Parallelwertung in der Laiensphäre eine Indizwirkung objektiv grober Zuwiderhandlungen auf bedingten Vorsatz zuzulassen.<sup>1147</sup> Insbesondere wer sich als Unternehmer bereits seit Jahren am Wettbewerb beteilige, bei dem seien Kenntnis und Unrechtsbewusstsein bezüglich evident unter die ständige Rechtsprechung fallender bzw. ausdrücklich gesetzlich verankerter Fallgruppen unlauteren Handelns unschwer anzunehmen. *Von Braunmühl* verweist hierzu auch auf den andernfalls „seltsamen Widerspruch“ zu den hohen Anforderungen an die Beurteilungskraft des Wettbewerbers im Zusammenhang mit hergebrachten Schadensersatzansprüchen im UWG und der damit verbundenen Wertung.<sup>1148</sup> Tatsächlich kann jedenfalls der besonders niedrige Fahrlässigkeitsmaßstab im Wettbewerbsrecht, gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht nicht umgekehrt zu besonders hohen Anforderungen an die Bejahung der Vorsätzlichkeit führen.<sup>1149</sup>

## (2) *Indizwirkung von Abmahnung und einstweiliger Verfügung*

Nach herrschender Meinung in der Literatur ist Vorsatz regelmäßig anzunehmen, wenn unlauteres Handeln nach einer Abmahnung oder einstweiligen Ver-

<sup>1146</sup> OLG Stuttgart GRUR 2007, 435, 436 – *Veralteter Matratzentest*; zust. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 101.

<sup>1147</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 176.

<sup>1148</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 176.

<sup>1149</sup> Setzt man die Anforderungen zu hoch an, so provoziert dies auch Reaktionen wie den Vorschlag *Mönchs*, als „kostengünstige Möglichkeit der Sachverhaltsaufklärung“ eine Strafanzeige gegen den Zuwiderhandelnden, etwa wegen Betrugs, einzusetzen, um durch Einsichtnahme und Beiziehung der Ermittlungsakten sowie Verweisungen auf eine Verurteilung verbesserte Nachweismöglichkeiten zu erhalten, vgl. *Mönch* ZIP 2004, 2032; zust. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 113. Diese zwar für den einzelnen Beteiligten günstigere, jedoch insgesamt sehr ressourcenaufwendige Maßnahme sollte nur in Fällen besonders eklatanter, strafrechtlich relevanter Wettbewerbsverstöße in Frage kommen. Im Falle einer Verurteilung ist dann zu beachten, dass die mit strafbarer Werbung erworbenen Gewinne nach Abzug vorrangiger Ersatzansprüche der Abnehmer grundsätzlich auch dem strafrechtlichen Verfall unterliegen, vgl. nur BGH GRUR 2008, 818, 825 – *Strafbare Werbung im Versandhandel*; zur Konkurrenz von Verfall und Gewinnabschöpfung vgl. näher unten Kap. III. E. 8. e).

fügung fortgesetzt wird.<sup>1150</sup> In dieser Allgemeinheit kann der Vorsatz damit aber höchstens indiziert sein, so dass stets eine Überprüfung im Einzelfall erforderlich bleibt.<sup>1151</sup> *Sieme* schlägt hierzu vor, auch nach der Stellung des Absenders gegenüber dem Abgemahnten (Verband oder Wettbewerber) und der inhaltlichen Nachvollziehbarkeit des Abmahnschreibens zu differenzieren. Eine inhaltlich hinreichend gestaltete Abmahnung etwa des Verbraucherzentrale Bundesverbands als einer „seriösen Organisation mit langjähriger Erfahrung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts“ müsse daher als Indiz für anschließenden mindestens bedingten Vorsatz ausreichen.<sup>1152</sup> Weniger stark könnte dagegen die Indizwirkung einer Konkurrentenabmahnung ausfallen, insbesondere, wenn es unter den Parteien regelmäßig zu mal begründeten, mal unbegründeten Abmahnungen kommt.

Ausgeschlossen soll der Vorsatz dagegen dann sein, wenn ein eingeholter Rechtsrat das betreffende Verhalten auch nach und unter Berücksichtigung der Abmahnung als erlaubt dargestellt hat und wenn der Zuwiderhandelnde glaubhaft machen kann, dass er hierauf vertraut hat.<sup>1153</sup> Allein die Tatsache, dass sich der Zuwiderhandelnde gegen die Abmahnung gewehrt hat, schließt den Vorsatz jedoch noch nicht aus.<sup>1154</sup> Der Rechtsprechung zu nachträglichem Verschulden nach einer Abmahnung entsprechend fordert im Übrigen *Sieme* bei schwierigen

---

<sup>1150</sup> *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 6; *ders.* GRUR 2003, 265, 266; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 30; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 285; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 105; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 90; für den konkreten Fall gegen die Vorinstanz bejaht, für weitere Fälle aber offen gelassen von OLG Stuttgart GRUR 2007, 435, 436 – *Veralteter Matratzentest*; s. dazu näher unten Kap. III. D. 5. a) sowie *van Raay* VuR 2007, 47, 52; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 99 f.

<sup>1151</sup> Ähnlich *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 100 f.; vgl. auch LG Heilbronn VuR 2007, 73, 74; hierzu und zur Beurteilung des LG Berlin im Fall einer Vorabmahnung bei einem anderen, wenn auch identischen Rechtsverstoß sogleich unten. Kap. III. D. 5. b).

<sup>1152</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 100; ähnlich *Beuchler* WRP 2006, 1288, 1292 mit Verweis auf BGH GRUR 1998, 1043, 1044 – *GS-Zeichen* (zu § 13 Abs. 6 Nr. 1 UWG a.F.).

<sup>1153</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 30; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 101.

<sup>1154</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 100.

Tat- und Rechtsfragen, dem Abgemahnten eine angemessene Prüfungsfrist ab Zugang der Abmahnung einzuräumen.<sup>1155</sup>

Die Abmahnung generell als Bedingung<sup>1156</sup> für die Vorsätzlichkeit oder als regelmäßiges Hauptindiz heranzuziehen, hätte jedenfalls den bedeutenden Nachteil, dass der Zuwiderhandelnde die zeitlich davor erwirtschafteten Gewinne auch insoweit behalten könnte, als diese bereits mit mindestens bedingtem Vorsatz erzielt wurden.<sup>1157</sup> In diesem Fall würde es sich für den Unternehmer nämlich wieder lohnen, es auf einen bewussten Versuch unlauteren Wettbewerbs ankommen zu lassen.

### (3) *Beurteilung nach rechtlicher Beratung*

Insgesamt wird sich in der lauterkeitsrechtlichen Praxis bei ganz offensichtlichen Rechtszweifeln nur derjenige vom Vorwurf der zumindest bedingten Vorsätzlichkeit entlasten können, der anderslautenden Rechtsrat eingeholt hat. Dennoch lässt sich nicht abstrakt festlegen, inwieweit sich im Einzelfall kalkulierte juristische Risiken – die mehr oder weniger stark ausgeprägt in der überwiegenden Zahl der Rechtsanwendungen bestehen – indiziell wie materiell auf die Beurteilung des subjektiven Verschuldens des handelnden Unternehmers auswirken.<sup>1158</sup> Dies gilt umso mehr, als der Rechtsberater – zumindest in Fallkonstellationen, für die keine eindeutige höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt – selbst bei einer überwiegend positiven Einschätzung stets auf die Möglichkeit einer abweichenden gerichtlichen Beurteilung hinweisen wird. Eine Grenze, ab der von der objektiv feststehenden Kenntnis eines Restrisikos darauf geschlossen werden kann, dass der Zuwiderhandelnde die Unlauterkeit zumindest billi-

---

<sup>1155</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 101 mit Verweis auf BGH GRUR 1974, 735, 737 zu § 9 UWG; vgl. *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.21.

<sup>1156</sup> *Köhler* GRUR 2003, 265, 266 schlägt vor, dem Unternehmer die „strenge Haftung“ der Gewinnabschöpfung nur aufzuerlegen, wenn ihm zuvor die Abmahnung oder einstweilige Verfügung als „gelbe Karte“ gezeigt worden sei.

<sup>1157</sup> Vgl. bereits *van Raay* VuR 2007, 47, 52; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 101.

<sup>1158</sup> Vgl. *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 29.

gend in Kauf genommen hat,<sup>1159</sup> lässt sich daher nur schwer ziehen. Während etwa *Sosnitza* selbst bei einem Handeln unter nur geringen juristischen Restrisiken von bedingtem Vorsatz ausgeht,<sup>1160</sup> zieht *Goldmann* eine Grenze, wenn der Rechtsberater das Risiko einer abweichenden Beurteilung auf weniger als 10 % geschätzt habe. Dann werde der Unternehmer nicht mehr konkret damit rechnen, dass sein Verhalten unlauter sein könnte.<sup>1161</sup>

*Sieme* unterscheidet insoweit das Wissens- vom Willenselement: Auch bei einem geringen Restrisiko sei sich der Unternehmer der Möglichkeit einer negativen Bewertung seines Handelns kognitiv bewusst. Auf der Willensebene aber wird er mit abnehmendem Risiko immer mehr auf die Beurteilung seines Handelns als zulässig vertrauen und dann höchstens bewusst beziehungsweise grob fahrlässig handeln.<sup>1162</sup> Eine Pauschalisierung in dieser Wertungsfrage lehnt auch *Sieme* zu Recht ab.<sup>1163</sup> Die Grenze, ab der vom Bewusstsein des Restrisikos auf einen zumindest bedingten Vorsatz geschlossen werden könne, setzt er mit ca. 10 bis 50 %<sup>1164</sup> allerdings wohl etwas hoch an. Zu weit dürfte es schließlich gehen, den Vorsatz schon dann zu verneinen, wenn die Ansicht zugunsten des Zuwiderhandelnden zumindest nicht unvertretbar sei.<sup>1165</sup> *Gärtner* dagegen fordert, dass die Ansicht der Lauterkeit im Gutachten als gut – und nicht nur schwerlich – vertretbar dargestellt worden sei, um ein ernsthaftes Vertrauen in die Rechtmäßigkeit annehmen zu können.<sup>1166</sup> In einem solchen Fall müsse dem Unternehmer gestattet werden, sich auf das Gutachten zu verlassen, ohne in die Gefahr einer Vorsatzhaftung zu geraten. Inwieweit dies die sachliche Neutralität der Begutachtung gefährdet, indem etwa die Risiken der Zuwiderhandlung im

---

<sup>1159</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 102; ähnlich schon *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 95.

<sup>1160</sup> *Sosnitza* GRUR 2003, 739, 745.

<sup>1161</sup> Näher *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 29.

<sup>1162</sup> Vgl. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 102.

<sup>1163</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 102; ähnlich *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 113.

<sup>1164</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 102 f.

<sup>1165</sup> So aber *Nordemann*, Wettbewerbsrecht und Markenrecht, Rn. 1901.

<sup>1166</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 95.



Rahmen des Vertretbaren heruntergespielt werden,<sup>1167</sup> bliebe dann abzuwarten. Es ist aber im Ergebnis festzuhalten, dass auch nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers unternehmerische Aktivitäten in einem gewissen Grenzbereich der Lauterkeit von der Abschöpfung nach § 10 UWG ausgenommen werden sollten.<sup>1168</sup> Auch dies spricht gegen eine Einbeziehung solcher Fälle, in denen der anwaltliche Berater das Restrisiko einer anderslautenden juristischen Bewertung als nur gering dargestellt hat.<sup>1169</sup>

## b) Anscheinsbeweis und Beweislastumkehr

Damit nicht jeder Vorsatztäter sich darauf berufen kann, er habe sich über die Unlauterkeit seines Vorgehens keine oder höchstens abstrakt Gedanken gemacht und damit nur (grob) fahrlässig gehandelt, soll nach Ansicht mehrerer Stimmen in der Literatur für die Voraussetzung der Vorsätzlichkeit in § 10 Abs. 1 UWG unter bestimmten Voraussetzungen der Beweis *prima facie* greifen.<sup>1170</sup> Dem ist mit Vorsicht zu begegnen, da subjektive Vorgänge grundsätzlich keiner durch die Lebenserfahrung gesicherten Typizität unterliegen.<sup>1171</sup> Dennoch wird vertreten, dass zumindest der Vortrag des Anspruchsgegners, er habe sich hinsichtlich der rechtlichen Bewertung und Konsequenzen seiner Handlung in einem Zustand „völliger Ignoranz“ befunden, im Regelfall nicht glaubhaft sein werde.<sup>1172</sup> *Von Braunmühl* hält dagegen eine Anwendung des Anscheinsbeweises nur bezüglich der Kenntnis der die Wettbewerbswidrigkeit ergebenden Umstände für

---

<sup>1167</sup> Denn bei einem mangelhaften Gutachten erwächst dem Unternehmer im Falle der Gewinnabschöpfung ein Regressanspruch gegen den Rechtsberater, vgl. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 109.

<sup>1168</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>1169</sup> Ähnlich *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 113.

<sup>1170</sup> Für offensichtliche und erhebliche Verstöße bejahend *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 102 Fn. 497; nur für den Fall, dass sich der Zuwiderhandelnde auf totale Ignoranz der rechtlichen Bewertung beruft *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 91.; insoweit nicht ganz eindeutig *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 112; grundlegend zum Anscheinsbeweis etwa *Greger* in *Zöller*, ZPO, Vor § 284 Rn. 29 ff. m.w.N.

<sup>1171</sup> BGH NJW-RR 1997, 1112, 1113 [zu § 61 VVG]; vgl. *Greger* in *Zöller*, ZPO, Vor § 284 Rn. 30 f.; *Reichold* in *Thomas/Putzo*, ZPO, § 286 Rn. 15; zu § 10 UWG *van Raay* VuR 2007, 47, 49; v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 286; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 98.

<sup>1172</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 112, wobei offenbleibt, ob sie dies als echten Anscheinsbeweis oder nur als regelmäßiges Indiz ansehen möchte; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 102 Fn. 497 (insoweit allerdings, wie *Sieme* richtig darlegt, etwas widersprüchlich zu den eigenen Ausführungen auf S. 93, s. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 98); *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 91; a.A. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 98.

möglich; er leitet diesen insoweit aus einem gewissen Organisationsüberblick ab, der dem Zuwiderhandelnden als Marktbeteiligten typischerweise werde unterstellt werden können.<sup>1173</sup>

Die Beweislastumkehr dagegen ist kein Mittel der Beweiserleichterung im Einzelfall, sondern setzt eine durch richterliche Rechtsfortbildung oder den Gesetzgeber geschaffene Norm voraus.<sup>1174</sup> Nichts deutet derzeit auf eine entsprechende Entwicklung hin, so dass die Durchsetzung einer Beweislastumkehr hinsichtlich der Vorsätzlichkeit in § 10 Abs. 1 UWG bis auf weiteres höchst unwahrscheinlich bleibt.<sup>1175</sup>

#### **5. Vorsatzerfordernis in den ersten Gerichtsentscheidungen zu § 10 UWG**

Ob das Vorsatzerfordernis für die klagenden Verbände in Zukunft eine maßgebliche Hürde darstellen und ob es zum Hemmschuh für eine effektivere lauterkeitsrechtliche Rechtsdurchsetzung wird,<sup>1176</sup> ob es also den § 10 UWG zum vielzitierten „Papiertiger“ macht, hängt maßgeblich von seiner Handhabung durch die Rechtsprechung ab.<sup>1177</sup> Denn wie zu erwarten war, haben die Beklagten der ersten Verfahren insbesondere die Vorsätzlichkeit ihrer Zuwiderhandlung bestritten.<sup>1178</sup>

---

<sup>1173</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 286.

<sup>1174</sup> S. nur Greger in Zöllner, ZPO, Vor § 284 Rn. 22, 27.

<sup>1175</sup> Ähnlich v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 286; zur Frage der Zweckmäßigkeit einer Beweislastumkehr *de lege ferenda* vgl. unten Kap. V. A. 2. c).

<sup>1176</sup> So etwa Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 106; Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 103.

<sup>1177</sup> Vgl. van Raay VuR 2007, 47; Oppermann/Müller GRUR 2005, 280, 285; ähnlich Engels/Salomon WRP 2004, 32, 42.

<sup>1178</sup> Vgl. dazu etwa LG Bonn GRUR-RR 2006, 111 – *Unzutreffendes Testurteil*; LG Berlin CR 2008, 192 m. Anm. Klees; LG Hanau, Urt. v. 1.9.2008, Az. 9 O 551/08, Tz. 1, 20 (n.v.); van Raay VuR 2007, 47, 49; Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 97 m.w.N.

Die bisherigen Entscheidungen zu § 10 UWG<sup>1179</sup> zeigen darüber hinaus vor allem, wie sehr das Vorsatzerfordernis eine genaue Beurteilung im Einzelfall erfordert und wie wenig geeignet es für Verallgemeinerungen ist;<sup>1180</sup> dies gilt umso mehr angesichts der Vielzahl möglicher Unlauterkeitstatbestände, für die § 10 Abs. 1 UWG zumindest grundsätzlich anwendbar sein soll. Sie zeigen auch noch einmal, wie schwierig die Feststellung des Vorsatzes als eines subjektiven Vorgangs insgesamt ist; insoweit bleibt einiger Klärungsbedarf, wie der folgende Rechtsprechungsüberblick, hier sortiert nach den zugrundeliegenden Fallgruppen, zeigt.

#### a) Test-Werbung

Bereits die ersten beiden landgerichtlichen Entscheidungen haben die klägerischen Auskunftsverlangen zur Vorbereitung einer Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG am Vorsatzerfordernis scheitern lassen.<sup>1181</sup> Allerdings lag gerade der ersten Entscheidung, in der es um Werbung mit einem unzutreffenden Testurteil ging, insoweit ein, wie selbst die Urteilsbegründung ausführt, „schlicht ungeeigneter“ Fall zur Erprobung des § 10 UWG zugrunde. Der Beklagte konnte hier nämlich starke tatsächliche Anhaltspunkte für einen rein fahrlässigen Lauterkeitsverstoß darlegen.<sup>1182</sup> Zu Recht nimmt das Gericht in diesem ersten Fall bezüglich der Vorsätzlichkeit keinen Anscheinsbeweis an: Wenn auch insgesamt

---

<sup>1179</sup> Vgl. OLG Frankfurt K&R 2010, 598, 599 f.; OLG Frankfurt CR 2009, 253 ff. = K&R 2009, 197 ff. und Parallelverfahren OLG Frankfurt VuR 2009, 151; OLG Stuttgart VuR 2007, 70 ff. (inkl. Vorinstanz) = GRUR 2007, 435 ff. – *Veralteter Matratzentest*; OLG Hamm GRUR-RR 2008, 435 ff.

<sup>1180</sup> Ebenso *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 98; so auch schon v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 286.

<sup>1181</sup> LG Bonn GRUR-RR 2006, 111 – *Unzutreffendes Testurteil* sowie LG Heilbronn VuR 2007, 73; dazu *Beuchler* WRP 2006, 1288 ff.; *van Raay* VuR 2007, 47 ff.

<sup>1182</sup> Der vzbv hatte im Wege der Stufenklage einen Unternehmer in Anspruch genommen, der in einem Prospekt für Matratzenartikel mit Bewertungen der Stiftung Warentest geworben hatte. Unstreitig war ein Produkt mit der Note „sehr gut“ ausgezeichnet, das im Test nur mit „befriedigend“ bewertet worden war. Die geforderte Unterlassungserklärung wegen des objektiven Verstoßes gegen §§ 3, 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 UWG hatte der in Anspruch genommene Unternehmer auf eine Abmahnung hin abgegeben, gegen den Vorwurf der Vorsätzlichkeit aber eingewandt, dass es sich hierbei um ein schlichtes „Versehen“ gehandelt habe. Bekräftigen konnte er dies unter anderem mit einer weiteren falschen Test-Auszeichnung im selben Prospekt, die diesmal zu seinen Ungunsten ausgefallen war. Hinzu kam, dass es sich bei dem fälschlich aufgewerteten Einzelkriterium „Gesundheit und Umwelt“ auch nach der Wertung der Stiftung Warentest um eine vergleichsweise untergeordnete Kategorie handelte, während die versehentlich schlechter als getestet dargestellte Bewertung für „Haltbarkeit“ als Kriterium auch in der Gesamtbewertung deutlich stärker ins Gewicht fiel, vgl. LG Bonn GRUR-RR 2006, 111 – *Unzutreffendes Testurteil*.

an den Nachweis eines vorsätzlichen Verhaltens kein allzu hoher Maßstab anzusetzen sei, gebe es doch keinen Erfahrungssatz, dass die unzutreffende Wiedergabe von Testurteilen nur zumindest bedingt vorsätzlich erfolgt sein könne.<sup>1183</sup>

Der Beweis *prima facie* hinsichtlich der Vorsätzlichkeit in § 10 Abs. 1 UWG wird damit für diesen Einzelfall, nicht aber zugleich für alle Fallkonstellationen, insbesondere etwa für Fälle von „Standard“- Wettbewerbsverstößen, ausgeschlossen.<sup>1184</sup>

In einem Fall von Werbung mit überholten Test-Urteilen nimmt dagegen das LG Heilbronn einen Vorsatz beim Zuwiderhandelnden wegen nicht hinreichend substantiierter und schlüssiger Darlegungen noch nicht einmal ab dem Zeitpunkt an, ab dem dieser durch berechtigte Abmahnungen auf sein Fehlverhalten hingewiesen worden ist.<sup>1185</sup> Anders die Berufungsinstanz, die als erste dem Auskunftsbegehren eines Klägers auf der ersten Stufe seiner Klage stattgegeben hat und hierbei vor allem bestätigt, dass vorsätzliches Handeln angenommen werden könne, wenn der Zuwiderhandelnde sein wettbewerbswidriges Verhalten fortsetze, obwohl er sich aufgrund der ihm bekannten Tatsachen nicht der Einsicht verschließen könne, dass dieses unlauter sei.<sup>1186</sup> Der Unternehmer könne sich – insbesondere nach der berechtigten Abmahnung – nicht auf die Angaben des Lieferanten verlassen; das Gericht geht insoweit vielmehr davon aus, dass der Zuwiderhandelnde vorsätzlich seine Prüfungspflichten vernachlässigt habe.<sup>1187</sup>

Die Indizwirkung der Abmahnung nimmt das OLG Stuttgart dabei für den Einzelfall und nicht im Sinne einer Regel an; umgekehrt hält es offenbar und zu

---

<sup>1183</sup> Das Gericht ergreift die Gelegenheit, ein kleines *obiter dictum* zum Nachweis des Vorsatzes im Rahmen der Gewinnabschöpfung anzufügen und führt weiter aus, dass schließlich „vorsätzliches Fehlverhalten in wettbewerbsrechtlich relevanten Sachverhalten alles andere als selten“ sei und es „gewiss nicht Aufgabe der Rechtsprechung“ sei, sich „schützend vor diejenigen zu stellen“, die zumindest bedingt vorsätzlich die Verhaltensmaßregeln missachteten, vgl. LG Bonn GRUR-RR 2006, 111 – *Unzutreffendes Testurteil*; vgl. dazu *van Raay* VuR 2007, 47, 49. Als „unklar“ bezeichnet das Urteil insoweit *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 98: Die Feststellung werfe eher die Frage auf, ob das Vorsatzerfordernis als Einschränkung des Abschöpfungsanspruchs überhaupt angebracht sei. Zu dieser Frage vgl. noch unten ab Kap. V. A. 2. b).

<sup>1184</sup> Vgl. *van Raay* VuR 2007, 47, 49.

<sup>1185</sup> LG Heilbronn VuR 2007, 73, 74; krit. *Beuchler* WRP 2006, 12 88 ff.; *van Raay* VuR 2007, 47, 50.

<sup>1186</sup> OLG Stuttgart GRUR 2007, 435, 436 – *Veralteter Matratzentest*.

<sup>1187</sup> OLG Stuttgart GRUR 2007, 435, 436 – *Veralteter Matratzentest*; zust. *van Raay* VuR 2007, 47, 51.

Recht die Annahme vorsätzlichen Handelns auch für den Zeitraum vor der ersten Abmahnung für möglich.<sup>1188</sup>

## b) „Kostenfallen“ im Internet

Zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen kommt die Rechtsprechung bei der Entscheidung über den Vorsatz von Anbietern sogenannter „Kostenfallen“ im Internet; hierbei spielen in mehreren Fällen sowohl Abmahnungen als auch die anwaltliche Beratung eine Rolle. Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung eines Internetportals für Klingelton-Abonnements sollen so zunächst nach einer Entscheidung des LG Berlin<sup>1189</sup> selbst Vorabmahnungen zu anderen (wenn auch wohl vergleichbaren<sup>1190</sup>) Sachverhalten den Vorsatz nicht indizieren; soweit der Vorwurf der Irreführung sich vor allem auf die Intransparenz im mehrstufigen Aufbau des Bestellvorgangs beziehe, sei die Unlauterkeit gerade nicht evident, vielmehr sei möglich, dass die Beklagte eine Irreführung bzw. Ausnutzung für ausgeschlossen gehalten habe.<sup>1191</sup> Anders das LG Hanau, das angesichts einer Vorabmahnung wegen eines gegen die Preisangabenverordnung verstoßenden Online-Portals davon ausgeht, dass der Anbieter bei der anschließenden Schaffung eines ähnlichen Portals mit gleichgelagerten Zuwiderhandlungen vorsätzlich gehandelt habe. Auch bei entgegenschender anwaltlicher Rechtsauffassung habe der Anbieter angesichts mehrerer vorhergehender und nachfolgender Abmahnungen sowie einer gegen ihn stehenden einstweiligen Verfügung und Klageerhebung in gleichgelagerten Fällen die Wettbewerbswidrigkeit billigend in Kauf genommen.<sup>1192</sup> Eine Beschränkung der Annahme des Vorsatzes (und damit

---

<sup>1188</sup> OLG Stuttgart GRUR 2007, 435, 436 – *Veralteter Matratzentest*; dazu *van Raay* VuR 2007, 47, 51 f.

<sup>1189</sup> LG Berlin CR 2008, 192 m. Anm. *Klees*.

<sup>1190</sup> Hierzu äußert sich die Begründung allerdings nicht näher, weshalb dieser Punkt unklar bleibt; krit. insoweit *Klees* CR 2008, 192, 194.

<sup>1191</sup> LG Berlin 2008, 192 mit krit. Anm. *Klees*; vgl. auch *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 101; zum ganz gezielt auf Intransparenz beruhenden Geschäftsmodell solcher „Abo-Fallen“ im Internet s. *Meyer-van Raay/Deitermann* VuR 2009, 335, 340.

<sup>1192</sup> LG Hanau CR 2009, 124.

des Auskunftsanspruchs) auf die Zeit nach der den konkreten Fall betreffenden Abmahnung nimmt die Kammer nicht vor.<sup>1193</sup>

Eine andere Zivilkammer des LG Hanau nimmt in einem vergleichbaren Fall den vorsätzlichen Verstoß allerdings erst mit Zugang der Abmahnung an und verneint für den davorliegenden Zeitraum den Vorsatz vor allem wegen der rechtlichen Vorabprüfung durch Rechtsanwälte, die in Wettbewerbsfragen bewandert gewesen seien und über fundierte Rechtskenntnisse verfügt hätten.<sup>1194</sup>

Vor der Abmahnung habe die Beklagte selbst dann höchstens grob fahrlässig gehandelt, wenn sich die Rechtslage nach der anwaltlichen Beratung aus ihrer Sicht als „zweifelhaft“ darstellen musste; mit Zugang des Abmahnschreibens habe der Beklagten dagegen „klar sein“ müssen, dass die eingeholte Rechtsauskunft „möglicherweise nicht richtig war“. Indem sie nach der Abmahnung ihr rechtswidriges Verhalten fortsetzte, habe sie ab diesem Zeitpunkt den Rechtsverstoß zumindest billigend in Kauf genommen.<sup>1195</sup>

Mit ähnlichen Argumenten nimmt das OLG Frankfurt den Vorsatz in einem Fall offensichtlicher Irreführung an.<sup>1196</sup> Die Anbieter einer Website zum Abruf verschiedenster Informationen (von Bastelanleitungen über Tattoovorlagen bis zu Nichtraucher-tipps) hatten blickfangartig mit der Aussage „heute gratis!“ geworben; erst am Ende der Seite wurde in kleiner Schrift neben anderen Informationen im Fließtext mitgeteilt, dass durch die Betätigung des Buttons „Anmelden“ ein Auftrag erteilt werde und sich die „Gratis-Testzeit“ mit Ablauf des Tages in ein kostenpflichtiges Abonnement mit einer Laufzeit von 2 Jahren umwandle. Angesichts der „Offensichtlichkeit des Wettbewerbsverstoßes“ hegt der Senat keinen Zweifel daran, dass die Anbieter die Wettbewerbswidrigkeit zumindest

---

<sup>1193</sup> LG Hanau, Urt. v. 17.9.2008, Az. 1 O 569/08, Tenor nicht abgedr. in CR 2009, 124.

<sup>1194</sup> LG Hanau, Urt. v. 1.9.2008, Az. 9 O 551/08, Tz. 20, red. Leitsatz abgedr. in MMR 2009, 142.

<sup>1195</sup> LG Hanau, Urt. v. 1.9.2008, Az. 9 O 551/08, Tz. 20 mit Verweis auf Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 6, insoweit nicht abgedr. in MMR 2009, 142.

<sup>1196</sup> OLG Frankfurt K&R 2010, 598 ff.

billigend in Kauf nahmen.<sup>1197</sup> Zwar beriefen sich die Beklagten in dem Verfahren unter anderem darauf, von ihrem Rechtsanwalt so beraten worden zu sein, dass ihr Vorgehen wettbewerbsrechtlich zulässig sei. Spätestens indem ihr Verhalten durch eine Abmahnung gerügt worden sei, sei ihnen nach Ansicht des Senats aber vor Augen geführt worden, dass eine Beurteilung als wettbewerbswidrig „jedenfalls ernsthaft in Betracht“ komme, so dass ihr die Möglichkeit bewusst gewesen sei, mit der Fortsetzung der Werbung auch innerhalb anderer Websites einen Wettbewerbsverstoß zu begehen.<sup>1198</sup> Auch wenn ihr Rechtsanwalt – der in diesem Fall zugleich das Inkasso der mithilfe der Websites generierten Forderungen betrieb – auch nach der Abmahnung bei seiner Einschätzung geblieben sei, hätten die Seitenbetreiber „keinen vernünftigen Grund“ mehr gehabt, darauf zu vertrauen, dass diese Bewertung zutreffend und die Bewertung des Abmahnenden unzutreffend sei. Daher hätten sie jedenfalls ab der Abmahnung „bewusst auf eigenes Risiko“ und im Ergebnis zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt.<sup>1199</sup>

Unproblematisch und offenbar unabhängig von vorhergehenden Abmahnungen nimmt das OLG Frankfurt ähnlich wie die entsprechende Vorinstanz den Vorsatz des Betreibers einer anderen Kosten-Falle an, die nach den Feststellungen des Gerichts ebenfalls gezielt auf die arglistige Täuschung der Abnehmer über die Kostenpflichtigkeit und das Eingehen eines Abonnement-Vertrages ausgerichtet war. Die Berufung auf anderslautenden Rechtsrat stand insoweit offenbar nicht in Rede. Der Vorsatz einschließlich des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit sei, so der Senat in diesem Fall, auch dann und insoweit gegeben, wenn der Zuwiderhandelnde „die Vorstellung gehabt haben sollte“, von der großen Zahl an Nutzern nur „diejenigen zu übervorteilen, die dem Leitbild des Durchschnitts-

<sup>1197</sup> OLG Frankfurt K&R 2010, 598, 599.

<sup>1198</sup> OLG Frankfurt K&R 2010, 598, 600.

<sup>1199</sup> OLG Frankfurt K&R 2010, 598, 600.

verbrauchers nicht entsprechen“;<sup>1200</sup> davon abgesehen habe der Senat auch „keinen Zweifel“, dass der Betreiber zumindest billigend in Kauf genommen habe, dass sein Verhalten auch die am Leitbild des Durchschnittsverbrauchers zu messenden Voraussetzungen eines Wettbewerbsverstoßes erfüllen könne.<sup>1201</sup>

#### c) Umgehung des LBFG durch EU-Import

Die Frage des Verbotsirrtums beschäftigte das OLG Hamm, das im Ergebnis trotz des nach einem Unterlassungsurteil fortgesetzten Vertriebs eines unzulässigen Inhaltsstoffes nach § 6 LBFG<sup>1202</sup> den Vorsatz im Einzelfall letztlich verneint hat.<sup>1203</sup> Die Begründung stellt darauf ab, dass es sich bei dem fortgesetzten Vertrieb nun um ein zwar inhaltsgleiches, aber aus einem anderen EU-Mitgliedsstaat stammendes und dort zulässig in den Verkehr gebrachtes Produkt handele. Während die Vorinstanz zwar einen Rechtsirrtum des Beklagten über die Zulässigkeit seines Vorgehens angenommen, diesen aber insoweit nicht für erheblich gehalten hatte und im Übrigen auch die Berufung auf den eingeholten Rechtsrat nicht gelten ließ – an dessen Objektivität den Beklagten angesichts der Formulierungen im Unterlassungsurteil hätte „erheblicher Zweifel“ kommen müssen<sup>1204</sup> –, sieht das OLG Hamm bei den Zuwiderhandelnden zwar auch das Bewusstsein über die Möglichkeit der Rechtswidrigkeit gegeben. Es könne aber nicht mit der nötigen Gewissheit ausgeschlossen werden, dass die Beklagten den Weg über den Auslandsbezug auch aufgrund des eingeholten Rechtsrats für eine juristisch gangbare Lösung gehalten hätten.<sup>1205</sup> Sie hätten die Zuwiderhandlung daher nicht in Kauf genommen und die Rechtswidrigkeit ihres Handelns auch nicht zwingend erkennen müssen. Dies ist insofern folge-

---

<sup>1200</sup> OLG Frankfurt CR 2009, 253, 257; ähnlich auch OLG Frankfurt K&R 2010, 598, 600.

<sup>1201</sup> OLG Frankfurt CR 2009, 253, 257; Vorsatz ebenso bejahend die Vorinstanz LG Frankfurt a. M., Urt. v. 5.9.2007, Az. 3-8 O 35/07; in der Revision am BGH anhängig unter Az. I ZR 11/09, das Parallelverfahren unter I ZR 12/09.

<sup>1202</sup> Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch.

<sup>1203</sup> OLG Hamm GRUR-RR 2008, 435 ff.

<sup>1204</sup> LG Essen, Urt. v. 20.7.2007, Az. 45 O 4/07, Tz. 27 (n.v.).

<sup>1205</sup> OLG Hamm GRUR-RR 2008, 435, 437.



richtig, als der Senat selbst am Vorliegen einer objektiven Zuwiderhandlung erhebliche Zweifel äußert.<sup>1206</sup>

## 6. Zusammenfassung und Bewertung

Das Vorsatzerfordernis stellt für die Anwendung der §§ 10 UWG, 34a GWB eine hohe Hürde dar. Dabei lassen sich anhand der Abwägung von Indizien zwar oft sinnvolle Ergebnisse finden;<sup>1207</sup> vielfach zeigt sich in der bisherigen Praxis zu § 10 Abs. 1 UWG aber auch noch eine gewisse Uneinheitlichkeit sowohl bei der Handhabung der materiellen Anforderungen als auch bei den Anforderungen an den Nachweis vorsätzlichen Handelns, etwa wenn sich der Zuwiderhandelnde auf anderslautenden Rechtsrat beruft oder wenn das konkrete oder ein vergleichbares widerrechtliches Verhalten abgemahnt wurde. Der Verschuldensmaßstab für den Gewinnherausgabeanspruch als dritte Schadensberechnungsmethode ist dagegen deutlich niedriger angesetzt. Indem er weder Fälle grober und einfacher Fahrlässigkeit unterscheidet noch – zumindest nach den aktuellen gesetzlichen Tatbeständen – eine Reduktion in Fällen leichter Fahrlässigkeit vorsieht, eröffnet er die Anwendung der Verletzergewinnhaftung in einer Vielzahl von Fällen ganz unproblematisch. Dies gilt umso mehr, als die Schwelle zur (einfachen) Fahrlässigkeit im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz insgesamt recht niedrig liegt. Auch angesichts der zunehmenden Betonung des Präventionsaspekts für die dritte Schadensberechnungsart wird daher eher eine Anhebung oder stärkere Ausdifferenzierung ihrer Verschuldensanforderungen diskutiert. Das Vorsatzerfordernis der §§ 10 UWG, 34a GWB sieht ein erheblicher Teil der Literatur dagegen als unpraktikabel und unangemessen hoch an.

Für den lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch ist bisher Folgendes festzuhalten: Der Vorsatz erfordert Wissen und Wollen der Zuwiderhand-

<sup>1206</sup> OLG Hamm GRUR-RR 2008, 435, 436; tatsächlich hatte zu dieser Frage die Entscheidung BGH GRUR 2004, 793 – *Sportlernahrung II* einen neuen Beurteilungsmaßstab eröffnet.

<sup>1207</sup> Ähnlich *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 99.

lung, auch im Sinne eines Bewusstseins der Unlauterkeit. Für dieses Unrechtsbewusstsein wiederum genügt eine Parallelwertung in der Laiensphäre. Beruft sich der Zuwiderhandelnde darauf, dass er auf die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens vertraut habe, so darf er diese Annahme nach der bisherigen Rechtsprechung nicht gegen gewichtige gegenteilige Anhaltspunkte, insbesondere eine explizite Abmahnung, gefasst haben, selbst wenn ein eventuell zugezogener Rechtsanwalt bei seiner Einschätzung der Rechtmäßigkeit bleibt.<sup>1208</sup> An den Nachweis des Vorsatzes dürfen weiterhin zwar keine überzogenen Anforderungen gestellt werden; eine Beweislastumkehr oder tatsächliche Vermutungen etwa nach objektiv groben Wettbewerbsverstößen sind aber abzulehnen; ein Anscheinsbeweis kann höchstens hinsichtlich des Wissenslements greifen und bleibt auch dann noch zweifelhaft. Allerdings können entsprechende Indizien im Einzelfall den Schluss auf die Vorsätzlichkeit zulassen. Unter den Indizien können die bereits genannte Abmahnung – auch von ähnlich gelagerten Sachverhalten – und eventuelle Verhaltensänderungen nach der Abmahnung von einiger Aussagekraft sein; pauschale Annahmen lassen sich auch in diesem Zusammenhang weder in die eine noch in die andere Richtung treffen.

Vor allem aber sollte die Annahme der Vorsätzlichkeit nicht vom Vorliegen einer Abmahnung abhängig gemacht und auf die Zeitspanne nach der Abmahnung beschränkt werden. Genau dies droht aber zu geschehen, wenn der Zuwiderhandelnde sich zumindest bis zu einer Abmahnung hinter der anwaltlichen Beratung verstecken kann. Beispielhaft könnten für die nahe Zukunft der Gewinnabschöpfung insoweit die ersten Verfahren zu Internet- Kostenfallen werden. In den bisherigen diesbezüglichen Verfahren wurde der Vorsatz nur in zwei Fällen uneingeschränkt, in zwei anderen immerhin ab Zugang einer Abmahnung und in einem Fall gar nicht angenommen. Dabei handelt es sich gerade bei Klingelton- und anderen Abonnementfallen im Internet um ein Geschäftsmodell, das gezielt

---

<sup>1208</sup> Vgl. oben Kap. III. D. 4. a) (3); OLG Frankfurt K&R 2010, 598, 599 f.; LG Hanau, Urt. v. 1.9.2008, Az. 9 O 551/08, Tz. 20, insoweit n.v.

rechtliche Graubereiche auslotet und überschreitet und mit dem der Unternehmer gerade darauf spekuliert, unter denkbar geringem Ressourceneinsatz – der Konzipierung und Umsetzung eines Webportals nach immer ähnlichen Mustern – kurzfristig erhebliche Gewinne durch die Täuschung einer Vielzahl von Verbrauchern, oft Jugendlichen, zu erwirtschaften.<sup>1209</sup> Dies im Übrigen wohl mit Erfolg, gibt doch *Klees* in seinen Anmerkungen zur Entscheidung des LG Berlin die Einkünfte allein der Beklagten im nämlichen Verfahren für 2005 mit einem Jahresumsatz 530 Millionen Dollar an.<sup>1210</sup> Entsprechende Angebote erleben erfahrungsgemäß eine Hausse und ebbten dann mit zunehmender Rechtsverfolgung und Aufklärung der Internetnutzer wieder ab. Bis zur Abgabe einer Unterlassungserklärung hätten die Anbieter damit im Einzelfall aber immer noch die Möglichkeit, mit wenig Aufwand etliche Verbraucher zu täuschen. So entstünden für einen gewissen Zeitraum weiterhin genau die Durchsetzungsdefizite und die Streuschadenproblematik, die der Gesetzgeber mit § 10 UWG eigentlich bekämpfen wollte.

Es bleibt damit die Frage bestehen, inwieweit das Vorsatzerfordernis tatsächlich erforderlich und zur Behebung des Präventionsdefizits angemessen ist.<sup>1211</sup> Bei der entsprechenden Abwägung muss auch berücksichtigt werden, dass der Gesichtspunkt des Innovationsschutzes gerade bei solchen Geschäftsmodellen und objektiv eklatanten Verstößen nur eine untergeordnete Rolle spielen kann.<sup>1212</sup> Eine einzelfallbezogene Wertung, wie sie die Rechtsprechung bei schweren Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Medien bei der Eröffnung und Bemessung des Geldentschädigungsanspruchs vornimmt – wo der Grad des Verschuldens je nach Fallgestaltung auf Tatbestands- und Rechtsfolgenebene berücksich-

---

<sup>1209</sup> *Meyer-van Raay/Deitermann* VuR 2009, 335 f.

<sup>1210</sup> *Klees* CR 2008, 192, 193; vgl. auch die Zahlen und Nachw. bei *Meyer-van Raay/Deitermann* VuR 2009, 335, 336.

<sup>1211</sup> Krit. mit Blick auf die Nachweisschwierigkeiten auch *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 98.

<sup>1212</sup> Zur Frage der Angemessenheit und Geeignetheit des Vorsatzerfordernisses und möglicher Tatbestandsalternativen zur Erreichung effektiver Verhaltenssteuerung im Sinne des Normzwecks von § 10 UWG sei noch einmal verwiesen auf den Untersuchungsabschnitt unten ab Kap. V. A. 2. b).

tigt werden kann – darf allerdings als richterrechtliche Ausnahmeerscheinung angesehen werden und wäre für das wettbewerbsrechtliche Verfahren aufgrund ihrer Unvorhersehbarkeit wohl unpraktikabel.

**E. Gewinnbegriff und Gewinnberechnung**

Wesentliches Charakteristikum des § 10 UWG ist seine Rechtsfolge, eine zivilrechtlich durchzusetzende Abschöpfung des vom Zuwiderhandelnden erwirtschafteten Unrechtsgewinns. Sie ist zugleich das verbindende Element zur Herausgabe des Verletzergewinns als Schadensberechnungsart; der Gewinnbegriff des § 10 Abs. 1 UWG stützt sich inhaltlich sogar ausdrücklich auf die herrschenden Wertungen zur Berechnung des Verletzergewinns im Immaterialgüterrecht.<sup>1213</sup> Dennoch ergeben sich, wie im Folgenden gezeigt wird, bei der praktischen Anwendung von lauterkeitsrechtlicher Gewinnabschöpfung einerseits und Gewinnherausgabe als Schadensberechnungsart andererseits einzelne Abweichungen und Spezifika, die sowohl in den Unterschieden hinsichtlich des Verletzungsgegenstandes und der Verletzungshandlung, als auch in den Formulierungen der jeweiligen Tatbestände begründet sein können.

Auf die Rechtsfolgen der weiteren oben angesprochenen Anspruchsarten soll zwar ebenfalls kurz eingegangen werden, zwischen diesen und § 10 UWG bestehen insoweit allerdings deutlichere Unterschiede. So ist § 34a GWB in Anlehnung an § 17 Abs. 4 OWiG, §§ 34 Abs. 1, 81 Abs. 5 GWB auf die Abschöpfung des zu Unrecht erlangten wirtschaftlichen „Vorteils“, nicht des „Gewinns“ gerichtet. Andere Ansprüche wie der Geldentschädigungsanspruch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen oder die Schadensberechnungsvorschrift des § 33 Abs. 3 S. 3 GWB beziehen dagegen den Unrechtsgewinn des Rechtsverletzers als (mit) zu berücksichtigende Größe in die Bemessung der zu leistenden Ausgleichszahlung lediglich mit ein.

---

<sup>1213</sup> Dafür spricht etwa die Übernahme der Berechnungsmaßstäbe aus dem *Gemeinkostenanteil*-Urteil des BGH, dazu näher gleich unten; vgl. i.Ü. die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren zur Novellierung des UWG, RegE UWG, Anlage 3, BT-Drucks. 15/1487, S. 43; Micklitz/Stadler, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 121.

#### 1. Grundsätzliche Geltung der Ermittlungsprinzipien zur dritten Schadensberechnungsart für § 10 Abs. 1 UWG

Eine Formel zur Ermittlung des Gewinns lässt sich für § 10 Abs. 1 UWG zunächst recht einfach aufstellen. Im Grundsatz und nach dem Willen der Gesetzesverfasser lassen sich die für die herkömmliche Verletzergevinnaftung im Immaterialgüterrecht seit der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung des BGH<sup>1214</sup> geltenden Regeln und Erkenntnisse hierfür unmittelbar übertragen.<sup>1215</sup> Dennoch ergeben sich in den Fallgruppen des klassischen Lauterkeitsrechts – abgesehen vom ergänzenden Leistungsschutz nach § 4 Nr. 9 UWG – einige Schwierigkeiten bei der konkreten Gewinnberechnung, insbesondere bei der Frage nach dem Zusammenhang zwischen Zuwiderhandlung und Gewinn im Einzelfall. Diese hängen vor allem damit zusammen, dass der Gewinnabschöpfungsanspruch eine Reaktion nicht auf den illegalen Gebrauch subjektiver Rechte anderer,<sup>1216</sup> sondern vielmehr auf die Verletzung „objektiver Marktverhaltensregeln“ darstellt.<sup>1217</sup> Hier wird sich zeigen, inwieweit sich die auf die Verletzung subjektiver Rechte zugeschnittene „Technik“<sup>1218</sup> der Gewinnermittlung im Rahmen der dritten Schadensberechnungsart schablonenartig auf das Wettbewerbsrecht übertragen lässt, oder ob hier nicht vielmehr eine weitere strukturelle Schwäche hinsichtlich der Praktikabilität des Gewinnabschöpfungsanspruchs zutage tritt – wie sich im Übrigen auch innerhalb der gewerblichen Schutzrechte deren Wesensunterschiede niederschlagen, wenn es um die Ermittlung des Verursachungsanteils der Rechtsverletzung am Erlös geht.<sup>1219</sup> Auf Einzelfragen und Ansätze zu ihrer Lösung soll nach einer Darstellung der wichtigsten gemeinsamen Grundzüge der

---

<sup>1214</sup> BGH GRUR 2001, 329, 330 ff. – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1215</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 160.

<sup>1216</sup> Vgl. auch *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 284.

<sup>1217</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 161.

<sup>1218</sup> So in diesem Zusammenhang *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 161

<sup>1219</sup> Dazu unten Kap. III. E. 6. c) (1).

Gewinnberechnung<sup>1220</sup> eingegangen werden, soweit dies für die Bewertung des § 10 Abs. 1 UWG erforderlich ist.

## 2. Grundlagen des Gewinnbegriffs

Ein (Unrechts-) Gewinn im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG liegt zunächst dann vor, wenn sich die Vermögenslage des Unternehmers durch die unlautere Handlung verbessert hat.<sup>1221</sup> Eine Legaldefinition findet sich hierzu nicht;<sup>1222</sup> nach der Gesetzesbegründung zu § 10 Abs. 1 UWG errechnet sich der Gewinn aber aus den „Umsatzerlösen abzüglich der Herstellungskosten der erbrachten Leistungen sowie abzüglich eventuell angefallener Betriebskosten“; „Gemeinkosten und sonstige betriebliche Aufwendungen, die auch ohne das wettbewerbswidrige Verhalten angefallen wären“, sollen dabei nicht abzugsfähig sein.<sup>1223</sup> Dies entspricht den seit der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung des BGH<sup>1224</sup> geltenden Grundsätzen der Gewinnberechnung im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung<sup>1225</sup> und lässt sich vereinfacht in folgende Formel übersetzen:

Umsatzerlöse

– spezifische Herstellungskosten

– variable und ausnahmsweise zurechenbare Betriebskostenanteile

= auszugehender Gewinn

---

<sup>1220</sup> Für diese Untersuchung wird in Fragen zur Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung vor allem zurückgegriffen auf die grundlegenden Analysen von *Zahn*, Verletzergewinn, S. 100 ff., *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 212 ff., 249 ff. sowie *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 274 ff.; *Kraßer* GRUR Int 1980, 259 ff.; *Lehmann* BB 1988, 1680 ff.; *ders.* GRUR Int 2004, 762 ff.; auf diese Quellen sei hiermit für weiterführende Einzelheiten verwiesen.

<sup>1221</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 7.

<sup>1222</sup> Wohl nur *Mönch* sieht in dem Verzicht des Gesetzgebers, in § 10 Abs. 1 UWG eine solche Legaldefinition aufzunehmen, das Risiko großer Rechtsunsicherheit, vgl. *Mönch* ZIP 2004, 2032, 2033.

<sup>1223</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>1224</sup> BGH GRUR 2001, 329, 330 ff. – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1225</sup> Im konkreten Fall für das Geschmacksmusterrecht, von Rechtsprechung und Kommentatoren aber auf das gesamte Immaterialgüterrecht sowie den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz übertragen, vgl. etwa OLG Düsseldorf GRUR 2004, 53 f. – *Gewinnherausgabeanspruch* (für das Urheberrecht); krit. zur Übertragbarkeit auf das Patentrecht *Haedicke* GRUR 2005, 529 ff. m.w.N.

Von den Erlösen, die auf die Verletzungsgegenstände oder die Verletzungshandlung entfallen, werden also die Kosten abgezogen, die unmittelbar durch diese verursacht wurden.<sup>1226</sup> Die grundsätzlich nicht abzugsfähigen Gemeinkosten dagegen sind solche Kosten, die sich nicht einzelnen Gegenständen oder einer einzelnen Produktionsserie zurechnen lassen.<sup>1227</sup> Typische Beispiele hierfür sind Personalkosten, Raummieten, Unternehmenscontrolling sowie allgemeine Werbe- und Verwaltungskosten. Ausnahmsweise der Verletzung unmittelbar zurechenbare Betriebskosten sind dann allerdings wiederum abzugsfähig.

Mit dieser an der Rechtsprechung zum immaterialgüterrechtlichen Schadenersatz orientierten Berechnungsformel zu § 10 Abs. 1 UWG werden im Übrigen Wertungswidersprüche innerhalb des Lauterkeitsrechts zwischen der Gewinnberechnung im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung nach §§ 4 Nr.9, 9 UWG und der Gewinnberechnung bei § 10 Abs. 1 UWG vermieden.<sup>1228</sup>

### **3. Gewinn als objektive Voraussetzung für die Abschöpfung nach § 10 UWG**

Im Rahmen des § 10 UWG spielt der Gewinn (analog dazu in § 34a GWB der Vorteil) des Zuwiderhandelnden nicht nur unter dem Gesichtspunkt der konkreten Rechtsfolge, also des Gegenstands des Abschöpfungsanspruchs, eine Rolle. Vielmehr ist die Erzielung eines Gewinns nach dem Wortlaut der Norm bereits tatbestandliche Voraussetzung des § 10 UWG.<sup>1229</sup> Dabei muss der Gewinn auch auf der Tatbestandsebene kausal mit der Zuwiderhandlung verknüpft sein, wie durch die Formulierung „hierdurch“ zum Ausdruck kommt. Eben „dieser“ Gewinn wird auf Rechtsfolgenseite abgeschöpft, so dass die Kausalität auch und vor allem auf die Gewinnberechnung wirkt. Auf dieses Kausalitätserfordernis –

---

<sup>1226</sup> Vgl. *Zahn*, Verletzergewinn, S. 124.

<sup>1227</sup> Zum betriebswirtschaftlichen Hintergrund ausführlich und instruktiv *Zahn*, Verletzergewinn, S. 106 ff.; *Lehmann* BB 1988, 1680, 1684 ff.

<sup>1228</sup> Vgl. *Pokrant* FS Ullmann 2006, S. 813, 823 f.

<sup>1229</sup> Vgl. etwa *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 140; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 90; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 109; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 141.



auf das weiter unten näher eingegangen wird<sup>1230</sup> – hat sich der Gesetzgeber jedoch nicht beschränkt. Vielmehr muss der Gewinn darüber hinaus zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern erwirtschaftet worden sein.<sup>1231</sup>

Ein vergleichbares Tatbestandserfordernis kausal auf die Rechtsverletzung zurückzuführender Gewinnerzielung kennt die Verletzergewinnherausgabe als eine von drei wahlweise anzuwendenden Berechnungsmethoden für einen Ausgleichsanspruch naturgemäß nicht. Es könnte insoweit höchstens auf die Möglichkeit eines Zusammenhangs zwischen Rechtsverletzung, Gewinn des Verletzers und Verlust des Verletzten ankommen.<sup>1232</sup> Wenn allerdings von vorneherein feststeht, dass der Rechtsverletzer – bezogen auf den Verletzungsgegenstand, nicht gesamtbetrieblich – einen Gewinn gar nicht erwirtschaftet hat, empfiehlt sich für den Verletzten ohnehin die Wahl der Lizenzanalogie als Berechnungsalternative. In den Fällen wiederum, in denen eine Geldentschädigung wegen rücksichtsloser Zwangskommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts in Frage kommt, wird zwar regelmäßig von einem abschöpfbaren wirtschaftlichen Vorteil auszugehen sein; ein mangelnder Gewinn wäre hier jedoch schon insoweit kein objektives Ausschlusskriterium für die Anwendung der Rechtsfolge, als er nur eine Bezugsgröße im Ermessenspielraum des Gerichts darstellt.

Bleibt der lauterkeitswidrig handelnde Unternehmer mit seiner Handlung wirtschaftlich erfolglos, ist die Vorschrift des § 10 UWG dem Grunde nach nicht anwendbar.<sup>1233</sup> Zum einen ergäbe alles andere schon von der Zweckrichtung des Anspruchs her keinen Sinn, würde doch die Geltendmachung eines Abschöpfungsanspruchs auf einen offensichtlich mit Null zu beziffernden Gewinn weder einen eventuellen Kompensationsausfall neutralisieren noch auf den Täter ab-

---

<sup>1230</sup> Kap. III. E. 6.

<sup>1231</sup> Hierzu ausführlich unten ab Kap. III. F. 2. b).

<sup>1232</sup> S. dazu oben Kap. II. C. 2.

<sup>1233</sup> *Alexander* WRP 2004, 407, 418; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 140; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 79; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 92.

schreckend wirken, zum anderen besteht auch ökonomisch und rechtspolitisch insoweit kein Bedürfnis nach Reaktion, als hier ein Marktversagen gerade nicht mehr korrigiert werden muss.<sup>1234</sup>

Nach *Bauer* ist allerdings auch ein nur Teile der unlauteren Handlung betreffender Gewinn zu berücksichtigen, wenn etwa der Zuwiderhandelnde je verkauftes Einzelprodukt einen Gewinn erzielt, insgesamt aber – etwa durch einen Absatzstopp aufgrund einer einstweiligen Verfügung – einen wirtschaftlichen Verlust erlitten hat: Wegen des Ausnahmecharakters, den die Abzugsfähigkeit bestimmter Kosten habe, müsse der Verletzer „den Deckungsbeitrag zu seinen Fixkosten in Form der erzielten Umsatzerlöse herausgeben“.<sup>1235</sup> Selbst wenn man dieser Begründung nicht ohne weiteres folgen mag, ist es im Ergebnis gerechtfertigt, in einer entsprechenden Fallkonstellation den aus dem veräußerten oder anders verwerteten Anteil an Produkten oder Dienstleistungen erwirtschafteten Gewinn im Sinne des Stückgewinns abzuschöpfen, ohne diesen mit dem Gesamtverlust zu verrechnen. Dies ergibt sich zumindest für Verluste aus Absatzausfällen auch daraus, dass erbrachte Leistungen – und nur deren Herstellungskosten sind abzuziehen – im Sinne der Gesetzesbegründung nur vorliegen, soweit sie beim Empfänger angekommen sind.<sup>1236</sup> Die Abschöpfbarkeit der erzielten (Teil-) Gewinne lässt sich schließlich auch aus dem Zweck der Vorschrift erklären, dem Zuwiderhandelnden seine Unlauterkeitsvorteile zu entziehen: Ansonsten hätte sich zumindest der nach den Vorstellungen des Täters ausgeführte Teil der vorsätzlichen Zuwiderhandlung gelohnt. Insoweit entspricht diese Auslegung den Grundsätzen aus der immaterialgüterrechtlichen Verletzergewinnhaftung, bei der die anteiligen Kosten für nicht mehr veräußerte Produkte ebenfalls nicht mit dem erwirtschafteten Gewinn verrechnet werden.<sup>1237</sup> Umgekehrt wird dort das

---

<sup>1234</sup> *Alexander* WRP 2004, 407, 418; dem folgend auch *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 91.

<sup>1235</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 179.

<sup>1236</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 135.

<sup>1237</sup> BGH GRUR 2007, 431, 434 – *Steckverbindergehäuse*.

Vorliegen eines abschöpfungsfähigen Gewinns auch dann angenommen, wenn zwar kein Stückgewinn, aber ein Kostendeckungsbeitrag erzielt wurde.<sup>1238</sup>

#### 4. Umsatzerlöse als pagatorische Einnahmen

Zur Ermittlung des abzuschöpfenden Gewinns sind zunächst die Umsatzerlöse als Basis für die Gewinnberechnung nach betriebswirtschaftlichen Kriterien einzugrenzen. Wie auch bei der dritten Schadensberechnungsart<sup>1239</sup> sind die der Gewinnberechnung nach § 10 Abs. 1, 2 UWG zugrunde zu legenden Umsatzerlöse dabei als pagatorische, d.h. als verbuchte Einnahmen zu verstehen. Es sind daher bereits an dieser Stelle die vor der Inanspruchnahme geleisteten Gewährleistungsaufwendungen oder Rückabwicklungszahlungen als Erlösschmälerungen berücksichtigungsfähig, ebenso Abzugsposten wie Preisnachlässe, Skonti und kulanzweise gewährte Rückzahlungen.<sup>1240</sup>

##### a) Keine Berücksichtigung von Steuerabzügen

Demgegenüber schlägt *Lehmann* für die Berechnung des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung eine Erhöhung der Bemessungsgrundlage um den Grenzsteuersatz des Verletzten vor, da die Abzugsfähigkeit von Schadensersatzzahlungen sonst umgekehrt zu ungerechtfertigten Steuerersparnissen beim Verletzer führen könne.<sup>1241</sup> Zum Teil wird allerdings vertreten, dass bereits das Abzugsverbot des § 12 Nr. 4 EStG für „sonstige Rechtsfolgen vermögensrechtlicher Art“ auf § 10 UWG anzuwenden sei.<sup>1242</sup> Dieses greift jedoch nach jüngst bestätigter Rechtsprechung nur bei solchen Rechtsfolgen, die

---

<sup>1238</sup> Mit Bezug auf BGH GRUR 2001, 329 – *Gemeinkostenanteil: Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 7, sowie § 9 Rn. 1.45; s. auch *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 140. Zur Frage der Verlustersparnis vgl. auch *Heermann* GRUR 1999, 625, 627; *Preu* GRUR 1979, 753, 757 m.w.N.; krit. *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 264; zum Ganzen *Zahn*, Verletzergewinn, S. 139 m.w.N.

<sup>1239</sup> Zu den wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen im Zusammenhang mit der Verletzergewinnherausgabe im Immaterialgüterrecht sei noch einmal verwiesen auf *Lehmann* BB 1988, 1680, 1684 ff.; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 100 ff.

<sup>1240</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 252; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 169.

<sup>1241</sup> *Lehmann* BB 1988, 1680, 1684; ablehnend *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 891, der darauf hinweist, dass der Verletzer seinerseits zunächst seinen Nettoerlös versteuern muss.

<sup>1242</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 168.

als „strafähnliche Sanktionen die Aufgabe haben, Genugtuung für das begangene Unrecht zu schaffen“; dafür kommt es auf einen insoweit „finalen Sanktionscharakter“ an.<sup>1243</sup> Zahlungen zum Ausgleich von Schäden fallen dagegen nicht unter das Abzugsverbot. Sie sind vielmehr nach den allgemeinen Grundsätzen als Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten abzugsfähig.<sup>1244</sup> Dies muss letztlich auch für Zahlungspflichten aus einem Gewinnabschöpfungsanspruch gelten, hat dieser doch, wie oben dargelegt,<sup>1245</sup> gerade nicht die Aufgabe, im Sinne von Sühne und Buße zu „strafen“ oder dem Verletzten Genugtuung zu verschaffen.

Daher sollte der Zuwiderhandelnde die abgeschöpfte Summe richtigerweise steuerlich absetzen können, wie er es auch im Falle entsprechender Schadenersatz- und Gewährleistungszahlungen könnte. Diese Abzugsfähigkeit ist dann auch nicht über einen Aufschlag zu kompensieren. Alles andere umginge den Grundgedanken der Regelung des § 12 Nr. 4 EStG. Denn selbst wenn der Gesetzgeber mit dem Gewinnabschöpfungsanspruch eine über die durch das „rationale Desinteresse“ an individueller Rechtsdurchsetzung wegfallende Präventivwirkung hinausgehende, weitergehende Abschreckung bezweckte, wäre doch der Grad der echten Strafe noch nicht erreicht. Dann aber den nach Steuerrecht zugebilligten Ausgleich wieder rückgängig machen zu wollen, bedürfte klarer gesetzgeberischer Vorgaben oder zumindest deutlicherer Anhaltspunkte in den Gesetzesmaterialien.

#### **b) Weitergehende Effekte**

Ein etwa durch die Verbreitung irreführender Angaben oder durch Lockangebote (vgl. Nr. 5 Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG) gesteigerter Firmenwert am Markt (*goodwill*) oder Imageverbesserungen als außerhalb der Buchung liegende positive Effekte einer Zuwiderhandlung sind bei § 10 UWG – auch nicht im Rahmen

---

<sup>1243</sup> BFH DSStR 2009, 736, 737 m.w.N.

<sup>1244</sup> BFH DSStR 2009, 736, 737.

<sup>1245</sup> Vgl. Kap. III. A. 4. c) (3).

der Schätzung nach § 287 ZPO – schon deshalb nicht zu berücksichtigen, weil die Gesetzesbegründung insoweit ausdrücklich und ausschließlich auf die Umsatzerlöse verweist.<sup>1246</sup> Sie folgt insoweit den nach der Rechtsprechung im Immaterialgüterrecht geltenden Grundsätzen zur Herausgabe des Verletzergewinns<sup>1247</sup> und entspricht spiegelbildlich der Nichtanrechnung unwesentlicher Mitursachen bei der Kausalitätsprüfung im Rahmen der Gewinnermittlung.<sup>1248</sup>

## 5. Kostenabzug

Die Bestimmung der abzugsfähigen Kosten stellt die erste wichtige Stellschraube der Gewinnermittlung dar. Diese ist ein ganz entscheidendes Instrument zur Verschärfung oder Abmilderung der präventiven oder gar pönalen Wirkung eines Gewinnherausgabeanspruchs, da sie den Anspruch in seinem Umfang unmittelbar erweitern oder begrenzen kann. Auch nachdem der Gesetzgeber sich in Anlehnung an die Praxis im Immaterialgüterrecht und ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz bei der Gestaltung des § 10 UWG gegen eine Brutto-Erlösabschöpfung entschieden hat, blieben für die konkrete Gewinnberechnung immer noch Entscheidungen zur Reich- und Tragweite des Anspruchs zu treffen. Im Ergebnis lehnt sich die Gesetzesbegründung nun an die seit der *Gemeinkostenanteil*- Entscheidung aus dem Jahre 2000 geltende Rechtsprechung zum gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht an,<sup>1249</sup> vor deren Hintergrund ist somit die konkrete Berechnungsweise des Unlauterkeitsgewinns nach § 10 UWG zu ermitteln. Im Folgenden wird daher zunächst eine Übersicht zu Rechtslage und Meinungsstand zur Verletzerkostenberücksichtigung im Rahmen der dritten Schadensberechnungsmethode gegeben, bevor auf die ent-

---

<sup>1246</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; ebenso *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 168.

<sup>1247</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 2001, 329, 330 ff. – *Gemeinkostenanteil*; a.A. *Lehmann*, der diese Faktoren gegebenenfalls über einen Zuschlag berücksichtigt wissen möchte, den der Richter über § 287 ZPO schätzen könne, vgl. *Lehmann* BB 1980, 1680, 1684.

<sup>1248</sup> S. dazu etwa unten Kap. III. E. 6. a) (2).

<sup>1249</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24 sowie BGH GRUR 2001, 329, 330 ff. – *Gemeinkostenanteil*.

sprechenden Fragen im Zusammenhang mit der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung eingegangen wird.

#### a) **Gemeinkostenanteil und Teilkostenmethode im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung**

Im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung war bis zur *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung<sup>1250</sup> des BGH zumindest in der Rechtsprechung<sup>1251</sup> anerkannt, dass der Verletzer zur Berechnung des konkret herauszugebenden Gewinns seine Gemeinkosten von den errechneten Umsätzen voll in Abzug bringen könne.<sup>1252</sup> Der Gewinn stelle den Überschuss des Erlöses über die Kosten aus Produktion und/oder Vertrieb eines rechtsverletzenden Gegenstandes dar; vom Gesamterlös durfte der Verletzer daher sämtliche „Selbstkosten“, also „Materialkosten, Fertigungslöhne, Fertigungsgemeinkosten, Verwaltungskosten und Vertriebsgemeinkosten“ sowie die Sonderkosten des Vertriebs abziehen.<sup>1253</sup> Insoweit hat der BGH mit der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung eine erhebliche Veränderung seiner Rechtsprechung vorgenommen.

Im Folgenden wird daher zunächst eine Darstellung der seither geltenden Berechnungsgrundsätze und einiger wesentlicher Reaktionen der Literatur vorgenommen; anschließend soll auf einige Aspekte dieser Rechtsprechung eingegangen werden, die im Zusammenhang der vorliegenden Untersuchung von Interesse sind, insbesondere auf die ihr zugrundeliegende Wertung zu Lasten des Rechtsverletzers und auf den Zusammenhang zwischen Kostenabzug und Verursachungsgedanken. Nach einem kurzen Ausblick auf die zu erwartende Ent-

---

<sup>1250</sup> BGH GRUR 2001, 329 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1251</sup> Vgl. nur BGH GRUR 1962, 509, 511 – *Dia-Rähmchen II*; zust. etwa Wild in Schrickler, UrhR, 2. Aufl., § 97 Rn. 67; Preu GRUR 1979, 753, 757; zur Kritik vgl. vor allem Lehmann BB 1988, 1680, 1683 ff., v. d. Osten GRUR 1998, 284, 286; im Übrigen Dreier, Kompensation und Prävention, S. 285; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Aufl., Kap. 34 Rn. 33 m.w.N.; zum breitgefächerten Meinungsstand in der weiteren Literatur s. weitere Nachw. auch bei Zahn, Verletzererwerb, S. 117 m.w.N.

<sup>1252</sup> Vgl. zur diesbezüglichen Entwicklung der Verletzererwerbherausgabe bis zur *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung Tilmann GRUR 2003, 647, 648 f.

<sup>1253</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 1962, 509, 511 f. – *Dia-Rähmchen II*.

wicklung der Kostenberechnung bei der dritten Schadensberechnungsmethode folgt dann die Untersuchung des Kostenabzugs im Rahmen des § 10 Abs. 1 UWG.

**(1) *Gemeinkostenanteil-Entscheidung des BGH***

Die Entscheidung für die neuen Berechnungsgrundsätze zur Verletzergewinnherausgabe begründet der BGH im Wesentlichen mit Billigkeitserwägungen: Die Versagung der Anrechnung sämtlicher Gemeinkosten begründete der Senat unter anderem mit den Sanktions- und Präventionszielen der Abschöpfung des Verletzergewinns.<sup>1254</sup> Um dem Ausgleichsgedanken zu genügen, werde fingiert, dass der Rechtsinhaber ohne die Rechtsverletzung durch die Verwertung des Schutzrechts den gleichen Gewinn erzielt hätte.<sup>1255</sup> Wegen der besonderen Verletzlichkeit und Schutzbedürftigkeit der immateriellen Verletzungsgegenstände – hier eines Geschmacksmusterrechts – werde der Verletzte bereits bei fahrlässigem Handeln des Verletzers so gestellt wie ein Geschäftsherr bei der sogenannte angemäßen Geschäftsführung nach § 687 Abs. 2 BGB.<sup>1256</sup> Der Verletzer könne in diesen Fällen Aufwendungsersatz gem. §§ 687 Abs. 2 S. 2, 684 S. 1 BGB nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen; anteiligen Gemeinkosten, die keinen unmittelbaren Zusammenhang mit der unbefugten Nutzung des geschützten Rechts hätten, stünde aber eine entsprechende Bereicherung des Verletzten nicht gegenüber.<sup>1257</sup> Wenn auch für den Verletzer die Aufrechterhaltung des Betriebs notwendige Voraussetzung für die Nutzung und damit den Rechtseingriff sei, komme diese Leistung doch dem Verletzten auch dann nicht zugute, wenn man unterstelle, dass dieser selbst einen entsprechenden Betrieb unterhalte.<sup>1258</sup> Posi-

---

<sup>1254</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*; vgl. zur Funktion einer Kompensation der besonderen Verletzlichkeit von Immaterialgüterrechten über eine Sanktionswirkung bereits BGH GRUR 1977, 250, 254 – *Kunststoffhohlprofil I*.

<sup>1255</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil* mit Verweis auf BGH GRUR 1972, 189, 190 f. – *Wandsteckdose II*; BGH GRUR 1973, 478, 480 – *Moderneuheit* sowie w.N.

<sup>1256</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1257</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil* m.w.N.

<sup>1258</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

tiv mitwirkende Umstände wie Herstellungs- und Vertriebsleistungen des Verletzers könnten allgemein *nicht* berücksichtigt werden; sie könnten – anders als die Mitwirkung etwa anderer Schutzgegenstände – der illegalen Produktion im Allgemeinen nicht unmittelbar zugerechnet werden. Die daraus resultierende Vermutung, dass Fixkosten und Gemeinkosten ohnehin angefallen wären, könne aber im Einzelfall vom Verletzer widerlegt werden, wobei ihn hierfür die Darlegungs- und Beweislast treffe.<sup>1259</sup>

#### **(2) Vollkosten- und Teilkostenmethode**

Dieses Umschwenken der Rechtsprechung bei der Berücksichtigung der Gemeinkosten wurde allerdings erst möglich durch die Durchsetzung der Teilkostenmethode als neuer betriebswirtschaftlicher Berechnungsmethode.<sup>1260</sup> Gegenüber der Vollkostenmethode, bei der die Gemeinkosten eines Betriebs auf die einzelnen Produkte schlicht umgelegt wurden, brachte deren Darstellung auch stückbezogener Kosten erheblich mehr Transparenz. Umgekehrt führte dies dazu, dass im Falle der Verletzergewinnherausgabe auch die Fixkosten nun unterschieden werden konnten in abzugsfähige, da auf das konkrete rechtsverletzende Produkt bezogene Kosten und die ohnehin angefallenen, nicht abzugsfähigen Gemeinkosten. Nach der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung dürfen Gemeinkosten des Verletzers zur Berechnung des Verletzergewinns bei der dreifachen Schadensberechnung nur insoweit abgezogen werden, als sie ausnahmsweise den schutzrechtsverletzenden Gegenständen unmittelbar zugerechnet werden können; die Beweislast bezüglich dieser Zurechenbarkeit liegt beim Verletzer.<sup>1261</sup> Nicht abzugfähig sind Fixkosten als reine Bereitschaftskosten, die „ohnehin“ angefallen wären.<sup>1262</sup> Bei den von vorneherein abzugsfähigen Kosten

---

<sup>1259</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 - *Gemeinkostenanteil* mit Verweis auf *Lehmann* BB 1988, 1680, 1685.

<sup>1260</sup> Dazu krit. *Kur* FS Kollé/Stauder 2005, 365, 373.

<sup>1261</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*; *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 623; vgl. zum Ganzen bereits *Lehmann* BB 1988, 1680, 1683 ff. und zur teils uneinheitlichen Terminologie hinsichtlich der Kostenarten erhellend insb. *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 882 ff.; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 105 ff.; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 253 f. m.w.N.

<sup>1262</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.



handelt es sich dagegen um die vom Beschäftigungsgrad abhängigen Kosten für Herstellung und Vertrieb der schutzrechtsverletzenden Gegenstände.<sup>1263</sup>

Es wird zwar von einigen Autoren darauf hingewiesen, dass der Senat damit Begriffe aus dem Kostenrechnungswesen verwendet, die er dabei nicht im streng betriebswirtschaftlichen Sinne differenziert.<sup>1264</sup> Ein exaktes Nachvollziehen der zugrundeliegenden Systeme aus Rechnungswesen und Betriebswirtschaftslehre durch die Rechtsprechung wird allerdings wegen ihrer jeweils unterschiedlichen Ziele – der Zweck der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung dient nicht dem Beleg eines Unrechtsgewinns, sondern vor allem der zielorientierten Steuerung der Unternehmenstätigkeit im Sinne des *Controlling*<sup>1265</sup> – zu meist gar nicht für erforderlich oder zweckdienlich gehalten.<sup>1266</sup>

### (3) Kritik

Das Echo in der Literatur auf die *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung war und ist groß. Dabei wird die Entscheidung vor allem als (relative) Stärkung der am Verletzergewinn orientierten Berechnungsmethode innerhalb der zur Wahl stehenden Varianten der dreifachen Schadensberechnung gedeutet;<sup>1267</sup> zu leicht konnte sich zuvor der Rechtsverletzer – unter Umständen „am Rande oder schon jenseits der prozessualen Wahrheitspflicht“ – bei der Gewinnermittlung arm rechnen,<sup>1268</sup> so dass die Berechnung nach der Lizenzanalogie bisher die deutlich

<sup>1263</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*; vgl. bereits *Lehmann* BB 1988, 1680, 1685; *Tilmann* GRUR 2003, 647 m.w.N.; krit. zu einzelnen Kostenarten *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 885 ff.

<sup>1264</sup> Vgl. *Rojahn* GRUR 2005, 623, 627 sowie *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 253 f.; ausführlich *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 882 ff.

<sup>1265</sup> So dass je nach Zielsetzung unterschiedliche Kostenrechnungsmethoden unterschiedliche Ergebnisse erzielen können, was je nach Unternehmen und Entscheidungssituation auch sinnvoll sein kann, vgl. *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 620.

<sup>1266</sup> *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 884; ausführlich *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 620 f. (betriebswirtschaftliche Kategorisierung zur Ermittlung des Verletzergewinns „weitgehend unbrauchbar“); *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 253.

<sup>1267</sup> *Rojahn* GRUR 2005, 623, 626; *Haedicke* GRUR 2005, 529, 530; *Runkel* WRP 2005, 968, 975; *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 708; *Sedlmaier* CR 2001, 221, 222 f.; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 255; vorsichtiger *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 893; *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 623; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 67.

<sup>1268</sup> Dazu mit Beispielen *Rojahn* GRUR 2005, 623, 626; außerdem *Runkel* WRP 2005, 968; vgl. schon v. d. *Osten* GRUR 1998, 284, 286.

dominierende Rechtsfolge bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten war.<sup>1269</sup> Feststehen dürfte zumindest, dass der BGH eine kritischere Sichtweise auf die Kostenzurechnung eröffnet hat, die in Zukunft eine Gewinnberechnung ohne unverhältnismäßige Schmälerungen zu Lasten des Verletzten gewährleisten soll.<sup>1270</sup> Im Detail und in der weiteren Bewertung gehen die Meinungen zu dieser Rechtsprechung aber durchaus weit auseinander.

#### (a) Wertungsfragen

Während die wohl überwiegende Ansicht die Vollkostenrechnung schon betriebswirtschaftlich als problematisch ansah, da sie insbesondere bei Mehrproduktunternehmen dem Charakter der Fixkosten nicht gerecht werde und dem Unternehmer ermögliche, realen Gewinn unternehmensintern zu verstecken,<sup>1271</sup> sieht die Gegenansicht mit den neuen Berechnungsgrundsätzen die Gefahr von Überkompensation und einer „*overdeterrence*“,<sup>1272</sup> einer Überbetonung verletzteranktionierender und präventiver Elemente<sup>1273</sup> und Störung der schutzrechtimmanenten Balance von Schutz- und Freiheitsinteressen<sup>1274</sup> mit der Folge von Innovations- und Investitionshemmungen<sup>1275</sup> aufziehen. Es wird zumindest bezweifelt, dass die *Gemeinkostenanteil*-Grundsätze in allen Fällen und Bereichen des Immaterialgüterrechts zu einer gerechten Entscheidung führen könnten.<sup>1276</sup>

---

<sup>1269</sup> Helms, Gewinnherausgabe, S. 249.

<sup>1270</sup> Vgl. Meier-Beck GRUR 2005, 617, 623.

<sup>1271</sup> Vgl. Lehmann 1988, 1680, 1684; Pross FS Tilmann 2003, S. 881, 882 ff.; Dreier, Kompensation und Prävention, S. 286 m.w.N.; differenzierend Meier-Beck GRUR 2005, 617, 620 f.

<sup>1272</sup> Helms, Gewinnherausgabe, S. 282.

<sup>1273</sup> Kur FS Kolle/Stauder 2005, S. 365; für das Patentrecht zweifelnd auch Rojahn GRUR 2005, 623, 631; Schaub GRUR 2005, 918, 923 f.

<sup>1274</sup> Kur FS Kolle/Stauder 2005, S. 369.

<sup>1275</sup> Für das Patentrecht Haedicke GRUR 2005, 529, 534 f., der mit guten Gründen insoweit einen differenzierten Blick auf die einzelnen Schutzzwecke der jeweiligen Immaterialgüter und eine Anhebung des Verschuldensmaßstabes bei der verschärften Gewinnhaftung zumindest auf grobe Fahrlässigkeit fordert; ähnlich krit. hinsichtlich der Einbeziehung fahrlässiger Begehung Dreier GRUR Int 2004, 706, 708; vgl. dazu noch eingehend unten Kap. V. A. 2. a).

<sup>1276</sup> Rojahn GRUR 2005, 623, 630; Haedicke GRUR 2005, 529, 535; a.A. Runkel WRP 2005, 968, 969.

*Kur* weist im Übrigen kritisch darauf hin, dass die Dokumentation stückbezogener Kosten eine reine Frage der freiwilligen innerbetrieblichen Organisation bleibe. Wer sie nicht anwende, der sei angesichts der Beweislastverteilung deutlich benachteiligt; es bestehe die Gefahr, dass der Verletzte mehr erhalte, als der Gewinn des Verletzers bei rein stückbezogener Betrachtung tatsächlich ausmache. Damit lasse die Rechtsprechung Überkompensation und ein punitives Element in der Schadensberechnung zu.<sup>1277</sup> In ähnlicher Weise fordert *Haedicke*, es müsse „vermieden werden, dass derjenige, der die fortschrittlichste Buchhaltungs- und Zeiterfassungssoftware einsetzt und damit die Zurechnung sämtlicher Kosten auf Produktionseinheiten rechnerisch belegen kann, den größten Kostenabzug geltend machen kann und dem geringsten Haftungsrisiko unterliegt.“<sup>1278</sup> Hierbei dürfte es sich jedoch um eine Problematik handeln, die sich durch fast alle rechtlichen Bereiche zieht. Auch im allgemeinen Schadensersatzrecht ist auf der Klägerseite derjenige im Vorteil, der seinen Schaden möglichst genau belegen kann; insoweit überträgt die Rechtsprechung dieses Risiko nun auf die Seite des Anspruchsgegners.<sup>1279</sup> Es ist allerdings tatsächlich zu bedenken, dass kleine und mittelständische Betriebe ohne die Kostenrechnungsstruktur großer Konzerne bei einer Inanspruchnahme nach der dritten Schadensberechnungsart schon bei rein fahrlässigen Verstößen in der Praxis mit erheblichen Darlegungsschwierigkeiten zu kämpfen haben können.<sup>1280</sup>

*Kur* kritisiert zudem, dass es schließlich auch bei Anwendung der Teilkostenmethode dabei bleibe, dass der Unternehmensgewinn insgesamt, also ungeachtet

---

<sup>1277</sup> Vgl. *Kur* FS Kolle/Stauder 2005, 365, 373 ff.; vgl. auch *Rinnert/Küppers/Tilmann* FS Helm 2002, 337, 354.

<sup>1278</sup> *Haedicke* GRUR 2005, 529, 533; zust. *Kur* FS Kolle/Stauder 2005, 365, 373; entsprechend stellen auch andere Autoren fest, man könne „Schutzrechtsverletzern nur empfehlen, ihre Kostenrechnung aus Gründen äußerster Vorsorge von vorneherein so zu organisieren, dass eine Zurechnung von Kosten zu den schutzrechtsverletzenden Produkten möglichst weitgehend gelingt“, vgl. *Rinnert/Küppers/Tilmann* FS Helm 2002, 337, 350; ähnlich *Rojahn* GRUR 2005, 623, 630.

<sup>1279</sup> So stößt diese Auswirkung der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung auch längst nicht überall in der Literatur auf Kritik; auch *Pross* etwa stellt insoweit schlicht und wertneutral fest, „eine optimale Organisation der betrieblichen Kostenrechnung“ werde „sicherlich die Möglichkeit verbessern, durch den Verletzungsgegenstand verursachte Kosten zu beziffern und nachzuweisen“, *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 893.

<sup>1280</sup> *Rojahn* GRUR 2005, 623, 631.

einer Berücksichtigung der durch das schutzrechtsverletzende Produkt eventuell erzielten internen Kostenvorteile, durch die Gemeinkosten gemindert werde.<sup>1281</sup>

Dem wird entgegengehalten, dass umgekehrt der Unternehmer, der seine Fixkosten anteilig anrechnen dürfte, vom Verletzten im äußersten Fall in seiner Betriebsstruktur finanziert werde.<sup>1282</sup> *Tilmann* leitet außerdem die Pflicht zur Herausgabe auch des Deckungsbeitrages zu den Gemeinkosten aus dem Begriff des „Erlangten“ nach § 667 BGB ab.<sup>1283</sup>

Zweifel werden auch darüber geäußert, ob die pauschalierende Betrachtung des BGH, der ja beim Verletzten grundsätzlich die Möglichkeit unterstellt, einen entsprechenden Beitrag zu den eigenen Gemeinkosten zu erwirtschaften, für alle Fallkonstellationen trägt oder nur für solche, in denen diese wirtschaftliche Grundannahme gerechtfertigt ist.<sup>1284</sup>

#### **(b) Systematische Kritik**

Einige Kritik macht sich auch an dogmatischen Einzelheiten fest, etwa an dem höchstrichterlichen „Kunstgriff“, die abzugsfähigen Kosten über § 687 Abs. 2 S. 2, 684 S. 1 BGB an eine entsprechende Bereicherung des Verletzten zu knüpfen.<sup>1285</sup> Während etwa nach *Dreier* durch die Einführung der Teilkostenmethode gerade die Wertungskonsistenz zum Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 687 Abs. 2 S. 2, 684 S. 1 BGB gewahrt werde,<sup>1286</sup> sieht *Helms* in der Übertragung der Struktur des geschäftsführungsrechtlichen Rechtsbehelfs ei-

---

<sup>1281</sup> *Kur* FS Kolle/Stauder 2005, 365, 373.

<sup>1282</sup> Vgl. bereits *Lehmann* BB 1988, 1680, 1686; *Haedicke* GRUR 2005, 529, 532.

<sup>1283</sup> *Tilmann* GRUR 2003, 647, 651.

<sup>1284</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 256 f. führt als fiktives Gegenbeispiel einen leicht fahrlässig handelnden Patentverletzer an, der aufgrund seiner falschen Einschätzung einen nicht unwesentlichen Teil seiner Unternehmenskapazitäten auf eine schutzrechtsverletzende Produktion umstellt und dem nach *Helms* billigerweise der Einsatz seiner Maschinen, Mieten, Lohnkosten und Produktionsstätten etc. beim Kostenabzug nicht verwehrt werden dürfe, zumal wenn der Rechtsinhaber über keine entsprechenden Produktionsmöglichkeiten verfüge oder nicht vorhabe, sein Patent selbst zu verwerten. Letzterer Einwand ist nach der Fiktion des BGH allerdings wohl ausgeschlossen, vgl. BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1285</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*; vgl. dazu *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 252.

<sup>1286</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 286.

nen problematischen Systembruch,<sup>1287</sup> zumal letzterer einen ganz anderen Regelungszweck verfolge.<sup>1288</sup>

Insbesondere in der Kombination sowohl schadensrechtlicher als auch der Geschäftsführung ohne Auftrag entlehnter Argumente sehen einige Autoren darüber hinaus eine unzulässige und unsystematische Vermengung von Verletzer- und Verletztenperspektive.<sup>1289</sup> *Tilmann* sieht die Rechtsprechung dabei allerdings auf einem guten Weg, mit der Emanzipation der Gewinnherausgabe von der Schadensperspektive Anschluss an die Rechtsentwicklung in Frankreich, Großbritannien und den Niederlanden zu bekommen, wo die Gewinnherausgabe als *aliud* zum Schadensersatz angesehen werde.<sup>1290</sup> *Helms* dagegen kritisiert sowohl innerhalb der Argumentation der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung als auch bezüglich der vorangehenden Rechtsprechung zur Gewinnhaftung als Schadensberechnungsalternative ein Schwanken zwischen vorteils- und nachteilsorientierten Haftungsperspektiven,<sup>1291</sup> das zu einer uneinheitlichen und wertungswidersprüchlichen Argumentationsweise zwischen bereicherungsrechtlichen, schadensersatzrechtlichen und geschäftsführungsrechtlichen Begründungselementen führe.<sup>1292</sup> Der BGH habe in der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung ergebnisorientiert solche Strömungen betont, die in der Sache eine Verschärfung der Berechnungsregeln zum Verletzergewinn rechtfertigten.<sup>1293</sup> Das Fehlen einer klaren perspektivischen Vorgabe erweise sich in konkreten Einzelfragen als verhängnisvoll.<sup>1294</sup>

<sup>1287</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 256.

<sup>1288</sup> Näher *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 246.

<sup>1289</sup> *Rojahn* GRUR 2005, 623, 627; *Tilmann* GRUR 2003, 647, 650; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 249 ff.

<sup>1290</sup> Mit dem Ergebnis allerdings, dass sie in Frankreich nicht mehr gewährt werde, vgl. *Tilmann* GRUR 2003, 647, 653.

<sup>1291</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 259.

<sup>1292</sup> Ähnlich bereits *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 670; laut *Helms* stelle sich sogar „ernsthaft die Frage, ob die Rechtsprechung in den über einhundert Jahren seit der *Ariston*-Entscheidung in Bezug auf die dogmatische Fundierung der dritten Schadensberechnungsmethode einen wirklichen Fortschritt erzielt“ habe, s. *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 249 sowie S. 252, 255 ff., 259.

<sup>1293</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 248.

<sup>1294</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 259.

#### (c) Fragen zu Auslegung und Praxis

Kritiker, aber auch Befürworter des Richtungswechsels in der Rechtsprechung weisen darauf hin, dass auch nach der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung offene Fragen verblieben. So habe der BGH nicht definiert, welche Kosten nun „Gemeinkosten“ seien und vor allem, wann diese den schutzrechtsverletzenden Gegenständen „unmittelbar zugerechnet“ werden könnten.<sup>1295</sup> Es fehle die Definition klarer normativer Begriffe.<sup>1296</sup> *Meier-Beck* weist darauf hin, dass der Terminus von „Gemeinkosten, die einem Produkt unmittelbar zugeordnet werden“ könnten, betriebswirtschaftlich gesehen in sich widersprüchlich sei. Die Zusammenhänge sind nach seinen Ausführungen tatsächlich andere: Einzelnen betrieblichen Leistungen sind direkt und verursachungsgerecht nur die Einzel- oder Produktkosten zurechenbar; diese stellen immer zugleich variable Kosten dar. Fixkosten hingegen sind immer Gemeinkosten. Unter den Begriff der Gemeinkosten wiederum können variable und fixe Kosten fallen, die allerdings per definitionem niemals einem Produkt unmittelbar zugerechnet werden können.<sup>1297</sup> Andere Autoren stellen auf fixe und variable Einzelkosten gegenüber fixen und variablen Gemeinkosten ab.<sup>1298</sup>

*Pross* folgert – ebenfalls in dem Bemühen, eine vom Gebrauch betriebswirtschaftlicher Kategorien soweit als möglich unabhängige Formel zur Gewinnberechnung zu destillieren – aus der Begründung zur *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung, dass es sich bei den abzugsfähigen Kosten um solche handeln müsse, die durch Herstellung oder Vertrieb der schutzrechtsverletzenden Gegenstände *verursacht* wurden.<sup>1299</sup> Ähnlich definiert *Meier-Beck* diese als Kosten, die den Verletzungshandlungen zugerechnet werden könnten, weil sie „ohne diese

---

<sup>1295</sup> *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 882; *Haedicke* GRUR 2005, 529, 533; *Rojahn* GRUR 2005, 623, 627; *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 620.

<sup>1296</sup> *Rojahn* GRUR 2005, 623, 631; krit. auch *Meier-Beck*, der überdies Teilen der juristischen Literatur vorwirft, im Zuge der Interpretation der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung die Betriebswirtschaftslehre belehren zu wollen, *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 620.

<sup>1297</sup> *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 620.

<sup>1298</sup> Vgl. ausführlich *Haft/Reimann* Mitt. 2003, 437, 440; dem folgend *Runkel* WRP 2005, 968, 970.

<sup>1299</sup> *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 886; zust. *Runkel* WRP 2005, 968, 970.

nicht oder nicht in der gegebenen Höhe entstanden wären.“ *Haedicke* leitet aus dem Rechtsgedanken der redlichen Fremdgeschäftsführung das Erfordernis einer „Finalität“ zwischen Rechtsverletzung und der den Kosten zugrundeliegenden Investitionsentscheidung ab; fixe Kosten seien daher nur dann ausnahmsweise anrechenbar, wenn sie zweckgerichtet mit Blick auf die Rechtsverletzung aufgewendet worden und anschließend ausschließlich oder weit überwiegend der Herstellung der Verletzungsgegenstände zugute gekommen seien.<sup>1300</sup> Entscheidend sei dabei eine „individualisierbare Investitionsentscheidung“.<sup>1301</sup> Dies wird zu vergleichbaren Ergebnissen führen wie der verursachungsbezogene Ansatz,<sup>1302</sup> dürfte aber perspektivisch die passendere Definition liefern. Auch dann ergeben sich allerdings im Einzelfall immer noch Probleme etwa bei innerbetrieblichen Zulieferungen<sup>1303</sup> oder der anteiligen Zurechnung sogenannter „sprungfixer“ Kosten, die zwar durch das schutzrechtsverletzende Erzeugnis verursacht, aber längerfristig auch für andere Produktionen im Betrieb eingesetzt werden.<sup>1304</sup>

Nach *Meier-Beck* sollen schließlich auch solche Kosten zurechenbar und damit abzugsfähig sein, die ohne die Verletzung „zwar entstanden, aber anderweitig ‚gedeckt‘ worden“ wären.<sup>1305</sup> Müsse man davon ausgehen, dass ohne die Rechtsverletzung an Stelle des verletzenden Produkts ein anderes produziert worden wäre, so seien die Kosten – auch soweit sie dann dennoch angefallen wären – anrechenbar, wenn für sie ein anderweitiger Deckungsbeitrag erwirtschaftet worden wäre; dann sei im Rechtssinne ein Kausalzusammenhang zu bejahen.<sup>1306</sup> Dies führt allgemein bzw. umgekehrt formuliert zu der Frage, inwieweit es sich noch um nicht-abzugsfähige, „ohnehin“ angefallene Kosten handelt,

---

<sup>1300</sup> *Haedicke* GRUR 2005, 529, 533.

<sup>1301</sup> *Haedicke* GRUR 2005, 529, 533.

<sup>1302</sup> Vgl. zu Einzelheiten bei der Bewertung von konkreten Kostenarten *Haedicke* GRUR 529, 533.

<sup>1303</sup> *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 886.

<sup>1304</sup> *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 885; *Haedicke* GRUR 2005, 529, 533; vgl. bereits *Lehmann* BB 1988, 1680, 1685 f.

<sup>1305</sup> *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 621 f.

<sup>1306</sup> *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 622.

wenn davon auszugehen ist, dass diese Kosten ohne die Verletzung zwar angefallen, aber für einen anderen Gegenstand eingesetzt worden wären.<sup>1307</sup> Nach Ansicht *Meier-Becks* dürfen also, insoweit in Übereinstimmung mit dem BGH, Gemeinkosten künftig nicht mehr schematisch anteilig gewinnmindernd berücksichtigt werden. Die abzugsfähigen Kosten würden vielmehr nach einem Zurechnungszusammenhang ermittelt, der immer dann zu bejahen sei, wenn anzunehmen sei, „dass ohne die Verletzung ‚ungedekte‘ Gemeinkosten in dieser Höhe nicht entstanden wären“.<sup>1308</sup> Auch andere sehen die „unmittelbare Zurechnung“ nicht im Sinne des Verursachungsprinzips, sondern einer Zuordnung bzw. Zurechenbarkeit und kommen damit zu einem noch wesentlich weiter gefassten Verständnis der abzugsfähigen Kosten.<sup>1309</sup> Dies entspräche aber wohl nicht dem Präventionsgedanken und den systematischen Erwägungen der *Gemeinkostenanteil*-Rechtsprechung und würde im Ergebnis kaum zu deutlich anderen Ergebnissen führen als die frühere Rechtsprechung vor der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung.

Auch an der rechtlichen Behandlung des – durchaus nicht fiktiven<sup>1310</sup> – Falles, dass ein Unternehmen ausschließlich die Produktion oder den Vertrieb eines einzelnen Verletzungsgegenstandes betreibt, oder diese an eine eigene, selbständige unternehmerische Einheit auslagert, scheiden sich die Geister. In einem solchen Fall lassen sich unproblematisch sämtliche Gemeinkosten dem Verletzungsgegenstand zuordnen.<sup>1311</sup> Zu Recht wird allerdings eingewandt, dass die entsprechende betriebswirtschaftliche Verursachungsformel der Rechtsprechung auf diesen Fall nicht schablonenartig angewandt werden kann, da ansonsten dem Verletzer ein Beitrag zum Aufbau des rechtsverletzenden Unternehmens ver-

---

<sup>1307</sup> Hierzu verweist *Meier-Beck* auf die abweichende Beurteilung etwa bei *Rinnert/Küppers/Tilmann* FS Helm 2002, S. 337, 349.

<sup>1308</sup> *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 623; wohl zust. *J. B. Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, UrhG, § 97 Rn. 81.

<sup>1309</sup> Dazu *Rojahn* GRUR 2005, 623, 627 m.w.N.

<sup>1310</sup> Vgl. etwa LG München I InstGE 3, 48, 52 – *Rasenwabe*.

<sup>1311</sup> LG München I InstGE 3, 48, 52 – *Rasenwabe*; vgl. bereits *Lehmann* BB 1988, 1680, 1686; *Runkel* WRP 2005, 968, 971; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 258.



bliebe.<sup>1312</sup> Dies würde einen Großteil der Präventionswirkung verpuffen lassen<sup>1313</sup> und dazu führen, dass etwa der vorsätzliche Rechtsverletzer, der die Weitsicht besitzt, die rechtsverletzende Produktion in ein eigens eingerichtetes Unternehmen auszugliedern, vergleichsweise besser stünde als der fahrlässig Handelnde, dem innerhalb seines ansonsten rechtmäßig betriebenen Mehrproduktunternehmens eine Schutzrechtsverletzung unterläuft.<sup>1314</sup>

Zum Teil wird schließlich befürchtet, dass sich die Verfahren zukünftig verlängern könnten, da kaum jemals ein Prozess ohne Einholung eines oder mehrerer Sachverständigengutachten ablaufen werde.<sup>1315</sup>

#### **(4) Wertung zugunsten des Verletzten**

Tatsächlich ergab sich die Entwicklung der Rechtsprechung nicht nur als Folge der neuen betriebswirtschaftlichen Berechnungsmöglichkeit; die Vollkostenmethode kann als Kostenrechnungsmethode nicht als überholt bezeichnet werden, sie ist vielmehr nach wie vor eine Alternative zu Teilkosten- oder Deckungsbeitragsrechnungssystemen, der sogar angesichts der zunehmenden Bedeutung von Bereichen wie Forschung und Entwicklung, Qualitätsprüfung und Qualitätssicherung, Produktionsplanung und Produktionssteuerung sowie des Ausbaus von zentralen Vertrieb- und Serviceeinheiten eine gewisse Renaissance vorausgesagt

---

<sup>1312</sup> *Rojahn* GRUR 2005, 623, 631; *Tilman* GRUR 2003, 647, 651; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 258; a.A. LG München I InstGE 3, 48, 52 f. – *Rasenwabe*; zust. *Haft/Reimann* Mitt. 2003, 437, 443, 445; ebenso *Runkel* WRP 2005, 968, 971, der einen Vorteil des „reinen Verletzer“ allerdings eher aus prozessualen Aspekten sieht.

<sup>1313</sup> Insofern merkt auch die Kammer des LG München I kritisch an, der BGH habe eben „nicht etwa zur grundsätzlichen Vereinfachung der Berechnung und Stärkung der Präventionswirkung“ die Anrechnung von Fixkosten ausgeschlossen; die Kammer sehe sich aufgrund dieser Rechtsprechung außerstande, die betreffenden nicht variable Gemeinkosten unberücksichtigt zu lassen, LG München I InstGE 3, 48, 52 – *Rasenwabe*.

<sup>1314</sup> Vgl. *Rojahn* GRUR 2005, 623, 631; ähnlich *Kur* FS Kollé/Stauder 2005, 365, 372 Fn. 10; für einen Perspektivwechsel weg vom Verletzten hin zum „Erlangten“ des Verletzers in diesen Fällen daher *Tilman* GRUR 2003, 647, 651.

<sup>1315</sup> *Runkel* verweist hierzu auf die Entscheidung OLG Köln GRUR-RR 2005, 247 – *Loseblattwerk*, bei der allein die erstinstanzliche Auseinandersetzung auf der Leistungsstufe länger als fünf Jahre in Anspruch genommen habe, *Runkel* WRP 2005, 968, 975; *Haedicke* GRUR 2005, 529, 534 auf die entsprechenden Probleme in den USA.

wird, da der Anteil der Gemeinkosten an der betrieblichen Wertschöpfung mit dieser Entwicklung stetig steige.<sup>1316</sup>

Dem Richtungswechsel des BGH lag vielmehr zumindest auch eine normative Entscheidung zu Lasten des Rechtsverletzers und zu Gunsten des Verletzten zugrunde;<sup>1317</sup> die Argumentation des I. Zivilsenats weicht insoweit tatsächlich von der exakten betriebswirtschaftlichen und steuerlichen Betrachtungsweise ab.<sup>1318</sup>

Das Gericht begründet seine Entscheidung mit den bereits dargelegten Billigkeitserwägungen und den Sanktions- und Präventionszielen der dritten Schadensberechnungsart;<sup>1319</sup> wesentlich sei vor allem, den Unrechtsgewinn vollständig abzuschöpfen und dem Verletzer nicht mehr einen Deckungsbeitrag zu seinen Fix- bzw. Gemeinkosten zu belassen.<sup>1320</sup> Alle Zweifel hinsichtlich der Zurechenbarkeit von Verletzungskosten sollen nun zu Lasten des Schuldners gehen.<sup>1321</sup>

In Teilen des Schrifttums war der neue Ansatz schon seit Jahren befürwortet worden,<sup>1322</sup> insbesondere *Lehmann*, auf den der Senat bei seiner Entscheidung mehrfach Bezug nimmt,<sup>1323</sup> hatte ihn bereits 1988 in seinen „juristisch-ökonomischen Kriterien zur Berechnung des Verletzergewinns“ dogmatisch vorbereitet.<sup>1324</sup> Er sah die Berechnung des Nettoertrags auf der Basis der Vollkostenmethode als insoweit untauglich an, als dem Verletzer ein zu großer

---

<sup>1316</sup> *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 621 mit Verweis insbesondere auf *Coenberg*, Kostenrechnung und Kostenanalyse, S. 207.

<sup>1317</sup> Vgl. *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 259; *Rojahn* GRUR 2005, 623, 631; insoweit krit. *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 621 sowie *Kur* FS Kollé/Stauder 2005, S. 365, 373.

<sup>1318</sup> S. nur *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 620 f.; *Rojahn* GRUR 2005, 623, 631; vgl. schon oben Kap. III. 5. a) (2).

<sup>1319</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*; zu den Einzelheiten der Argumentation bereits oben Kap. III. E. 5. a) (1); vgl. zur Funktion einer Kompensation der besonderen Verletzlichkeit von Immaterialgüterrechten über eine Sanktionswirkung bereits BGH GRUR 1977, 250, 254 – *Kunststoffhohlprofil I*.

<sup>1320</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil* mit Verweis auf *Lehmann* BB 1988, 1680, 1684.

<sup>1321</sup> *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 623; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 256.

<sup>1322</sup> Vgl. *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Aufl., Kap. 34 Rn. 33; *Lütje* in Möhring/Nicolini, UrhG, § 97 Rn. 12, 171, jew. m.w.N.; der Rspr. zust. dagegen etwa *Wild* in Schricker, UrhR, 2. Aufl., § 97 Rn. 67.

<sup>1323</sup> Vgl. BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1324</sup> *Lehmann* BB 1988, 1680 ff.

Spielraum geboten würde, um seine Erträge herunter zu rechnen.<sup>1325</sup> Daher seien mit der Teilkostenrechnung, die in einem weitaus größeren Maße dem Kostenverursachungsprinzip Rechnung trage, die Gemeinkosten nach beschäftigungsfixen und beschäftigungsvariablen Kosten zu unterscheiden.<sup>1326</sup> Im Ergebnis handelt es bei den heutigen Berechnungsgrundsätzen aber weniger um eine betriebswirtschaftliche Notwendigkeit denn vor allem um eine grundlegende rechtliche Wertung.

### **(5) Kostenabzug und Verursachungsgedanke**

Die Anwendung der differenzierteren Teilkostenmethode ist im Grunde auch eine Konsequenz aus dem Bemühen der Rechtsprechung, soweit als möglich den gerade auf die Verletzung kausal zurückgehenden Gewinn zu ermitteln.<sup>1327</sup> Auch wenn der BGH insoweit nicht ausdrücklich von Kausalitätskriterien spricht, betont er doch, dass sich der Abzug von Gemeinkosten ohne Rücksicht darauf, ob diese Gemeinkosten auch ohne die Herstellung und den Vertrieb der Verletzungsgegenstände entstanden wären, nicht rechtfertigen lasse;<sup>1328</sup> die grundsätzliche Nichtabzugsfähigkeit von Fixkosten begründet er mit einer „Vermutung“, dass diese „ohnehin angefallen“ wären.<sup>1329</sup> Er stellt damit auch auf Kausalitätserwägungen ab.

Zum einen betont der Senat in der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung den Verursachungsgedanken, nach dem ein Verletzergewinn nur soweit herauszugeben ist, als er tatsächlich auf der Rechtsverletzung beruht: Gehen Teile des Verletzerumsatzes auf wesentliche Faktoren zurück, die außerhalb des Verletzungstatbestandes liegen, so sind diese zu ermitteln und bei der Berechnung des

---

<sup>1325</sup> Lehmann BB 1988, 1680, 1685.

<sup>1326</sup> Lehmann BB 1988, 1680, 1685 m.w.N.

<sup>1327</sup> Dreier, Kompensation und Prävention, S. 286; Pross FS Tilmann 2003, S. 881, 884; Runkel WRP 2005, 968, 970.

<sup>1328</sup> BGH GRUR 2001, 329, 330 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1329</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

Verletzergewinns abzuziehen.<sup>1330</sup> Die nicht-abzugsfähigen Fix- bzw. Gemeinkosten bleiben allerdings nicht nur bei der Gewinnberechnung durch Kostenabzug unberücksichtigt, sie werden auch nicht als mitwirkende werterhöhende Faktoren abgezogen. Soweit hierin ein gewisser Widerspruch<sup>1331</sup> zu liegen scheint – denn auch die Fixkosten sind als „Bereitschaftskosten“ in gewisser Weise ursächliche Bedingungen für die Leistungserstellung<sup>1332</sup> – begegnet der Senat diesen Gegenargumenten ausdrücklich. Unter Verweis auf *Lehmann*, der mit der Teilkostenrechnung von der „Willkürlichkeit der Vollkostenmethode“ zu einer „erhöhten Befolgung des Verursachungsprinzips“ kommen wollte, die den Intentionen der Rechtsprechung wesentlich eher entspreche,<sup>1333</sup> verneint der BGH nun insoweit den Verursachungs- (oder Zurechnungs-) Zusammenhang zwischen anteiligen Gemeinkosten und Verletzergewinn.<sup>1334</sup> Der pauschale Abzug anteiliger Gemeinkosten könne gerade nicht damit begründet werden, dass auch Gemeinkosten im Zusammenhang mit der Verletzungshandlung stünden, weil die Herstellung und der Vertrieb der schutzrechtsverletzenden Gegenstände auch diese anteilig verursacht hätten.<sup>1335</sup> Vielmehr bestehe eine „Vermutung“, dass diese Fix- bzw. Gemeinkosten „ohnehin angefallen“ wären. Diese Kosten könnten der rechtsverletzenden Produktion im Allgemeinen nicht unmittelbar zugerechnet werden.<sup>1336</sup> *Lehmann* spricht im Zusammenhang mit diesen Kosten von „Bereitschaftskosten“, die unabhängig von der Ausbringungsmenge anfielen und deren proportionale Zurechnung zu einem Produktionsgegenstand daher ganz willkürlich sei.<sup>1337</sup> In Abgrenzung dazu wird zur Bezeichnung für die abzugsfähigen, auf die Schutzrechtsverletzung bezogenen Kosten auch der Begriff

---

<sup>1330</sup> Vgl. BGH GRUR 2001, 329, 332 – *Gemeinkostenanteil*; ausführlich hierzu sogleich unten Kap. III. E. 6. a) (2).

<sup>1331</sup> *Tilmann* GRUR 2003, 647, 649.

<sup>1332</sup> So bereits *Lehmann* BB 1988, 1680, 1684; die Entscheidung setzt sich insoweit mit der entsprechenden Gegenargumentation des Berufungsgerichts auseinander, vgl. BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1333</sup> *Lehmann* BB 1988, 1680, 1684 m.w.N.

<sup>1334</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1335</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1336</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1337</sup> *Lehmann* BB 1988, 1680, 1684 unter Verweis auf *Heinen*, Industriebetriebslehre, S. 984.

„Verletzungskosten“ vorgeschlagen.<sup>1338</sup> Maßgeblich ist also nicht, inwieweit Investitionen kausal für die profitable Rechtsverletzung waren, sondern inwieweit die rechtsverletzende Produktion oder der rechtsverletzende Betrieb die Investitionen kausal verursacht hat oder diese auch ohne den Verletzungsgegenstand angefallen wären.<sup>1339</sup> Bei dieser Zuordnung geht es dann im Kern um eine rechtliche Bewertung vor allem nach dem „Kostenverursachungsprinzip“,<sup>1340</sup> wenn die Rechtsprechung „Sowieso-Kosten“<sup>1341</sup>, die „ohnehin“ angefallen wären, als nicht abzugsfähig ansieht.<sup>1342</sup>

### (6) *Dogmatische Aspekte*

Die *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung klärt in dogmatischer Hinsicht kaum eine der vorher diskutierten Fragen zu Rechtsnatur und Herleitung der Verletzergewinnhaftung.<sup>1343</sup> Vielmehr argumentiert die Rechtsprechung nach wie vor sowohl aus der Vorteils-, also der Abschöpfungsperspektive, wie auch aus der nachteilsorientierten Kompensationsperspektive:<sup>1344</sup> Es sei zum einen schlicht „unbillig“, dem Verletzer einen Teil seines Gewinns zu belassen;<sup>1345</sup> die Abschöpfung verfolge dabei Sanktions- und Präventionszwecke.<sup>1346</sup> Beließe man dem Verletzer einen Deckungsbeitrag zu seinen Fixkosten, werde nicht der gesamte Gewinn abgeschöpft.<sup>1347</sup> Diese vorteilsorientierten Ansätze versucht der BGH mit der nachteilsorientierten Perspektive des herkömmlichen Schadensrechts zu verbinden.<sup>1348</sup> Es gehe zwar nicht um den Ersatz eines konkret entstandenen Schadens, aber um den billigen Ausgleich eines Vermögensschadens in

<sup>1338</sup> In diesem Zusammenhang *Haft/Reimann* Mitt. 2003, 437, 438; zust. *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 252 f.

<sup>1339</sup> *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 886.

<sup>1340</sup> *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 884; vgl. auch *Rinnert/Küppers/Tilmann* FS Helm 2002, S. 337, 347 sowie schon *Lehmann* BB 1988, 1680, 1684 f.

<sup>1341</sup> *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 884 mit Verweis auf LG Düsseldorf, Urt. v. 28.3.2002, Az. 4 O 337/01.

<sup>1342</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1343</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 248; a.A. etwa *Tilmann* GRUR 2003, 647, 650 ff.

<sup>1344</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 252.

<sup>1345</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil* mit Verweis auf die Erwägungen bei BGH GRUR 1993, 55, 59 – *Tchibo/Rollex II*; dazu kritisch *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 245 f., der dies als „bereicherungsrechtsnahes“ Argument bezeichnet, das in dem vorliegenden Zusammenhang „ohne dogmatischen Begründungswert“ sei.

<sup>1346</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1347</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1348</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 252.

anderer Weise.<sup>1349</sup> Wegen der Probleme, die sich beim Nachweis eines entgangenen Gewinns des Verletzten stellen, sowie aus den genannten Billigkeitserwägungen müsse sich der Verletzer „letztlich“ behandeln lassen wie ein Geschäftsherr bei der angemäßen Eigengeschäftsführung; wegen der besonderen Verletzlichkeit und Schutzbedürftigkeit des Immaterialgutes gelte das auch für den nur fahrlässigen Verletzer.<sup>1350</sup>

Die Gleichsetzung<sup>1351</sup> des schuldhaft handelnden Immaterialgüterrechtsverletzers mit dem wissentlich handelnden Geschäftsführer aus der angemäßen Eigengeschäftsführung hat die Rechtsprechung immerhin vorher noch nicht in dieser Deutlichkeit formuliert.<sup>1352</sup> Aus der Anwendung der Grundsätze der angemäßen Eigengeschäftsführung leitet der BGH dann die Nichtabzugsfähigkeit der Bereitschaftskosten bei der Gewinnberechnung ab: Der Geschäftsführer kann nach §§ 687 Abs. 2 S. 2, 684 S. 1 BGB nur dasjenige herausverlangen, um das der Geschäftsherr durch das Geschäft bereichert ist; den Gemeinkosten entspreche insoweit aber keine Bereicherung des Verletzten, auch nicht, wenn er entsprechend der Fiktion der Rechtsprechung einen entsprechenden Betrieb unterhalte, mit dem er dieselben Leistungen hätte erbringen können.<sup>1353</sup>

Die erforderliche Verbindung zwischen der Anwendung der Grundsätze der angemäßen Eigengeschäftsführung und dem Kompensationsziel der Gewinnherausgabe, das die Rechtsprechung nach wie vor betont, stellt der BGH über eben diese Fiktion her: Um dem Ausgleichsgedanken Rechnung zu tragen, werde un-

---

<sup>1349</sup> Vgl. BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1350</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*; vgl. später etwa BGH GRUR 2007, 431, 433 – *Steckverbindergehäuse*.

<sup>1351</sup> Es geht hierbei wohlgermerkt offenbar nicht um einen Versuch der Herleitung oder Analogie – denn im Geschmacksmusterrecht bestand mit § 14a Abs. 1 S. 2 GeschmMG a.F. auch schon zur Zeit der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung eine gesetzliche Grundlage für die Zuerkennung des Verletzergewinns – sondern um die Anwendung der Rechtsfolgen oder des Rechtsgedankens der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag; a.A. wohl *Tilmann* GRUR 2003, 647, 649, 653, der der Gewinnherausgabe nun die Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag „unmittelbar oder analog“ zugrunde gelegt sieht; offen lässt dies *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 246 Fn. 1027.

<sup>1352</sup> Zum Ganzen krit. *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 246 f.

<sup>1353</sup> Vgl. BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

terstellt, dass der Rechtsinhaber ohne die Rechtsverletzung durch eigene Verwertungshandlungen den gleichen Gewinn erzielt hätte wie der Verletzer.<sup>1354</sup>

### (7) *Ausblick*

In jüngerer Zeit hat der BGH die Vorgaben der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung bestätigt und betont, dass von der Nichtberücksichtigung von Fixkosten als einer Grundregel stets nur insoweit abzuweichen sei, als sich Teile von diesen der rechtsverletzenden Produktion und/oder dem entsprechenden Vertrieb zuordnen ließen.<sup>1355</sup> Dies gilt nach der Folgerechtsprechung ausdrücklich auch für Unternehmen mit homogener Betriebs- und Kostenstruktur.<sup>1356</sup> Unberührt von aller dogmatischen Kritik hat die Rechtspraxis der letzten Jahre der dritten Schadensberechnungsmethode im Übrigen tatsächlich eine gewisse Renaissance beschert.<sup>1357</sup> Durch die Begrenzung der abzugsfähigen Kosten, die in dieser Form bisher auf alle Fälle entsprechender Verletzungsklagen aus Immaterialgüterrechten übertragen wurden,<sup>1358</sup> kam es zu deutlich höheren Herausgabebeträgen als zuvor.<sup>1359</sup>

---

<sup>1354</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*; vgl. bereits BGH GRUR 1973, 478, 480 – *Modeneuheit*; später BGH GRUR 2007, 431, 433 – *Steckverbindergehäuse*.

<sup>1355</sup> Im Fall BGH GRUR 2007, 431, 434 – *Steckverbindergehäuse* waren dies neben den auf die Produktion entfallenden Lohnkosten auch „Kosten von Maschinen und Räumlichkeiten“, und zwar „anteilig bezogen auf die Lebensdauer“; *Helms* empfindet die Linie der Rechtsprechung insoweit als inkonsequent und unklar, vgl. näher *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 257 f.

<sup>1356</sup> OLG Köln GRUR-RR 2005, 247 – *Loseblattwerk*; dazu auch *Runkel* WRP 2005, 968,

<sup>1357</sup> Eine Übersicht der Instanzrechtsprechung der Jahre 2002 bis 2004 sowie eine hypothetische Aufstellung, welche Umsatzanteile heute in früher entschiedenen prominenten Fallkonstellationen zugesprochen werden könnten, bietet insoweit *Rojahn* GRUR 623, 628; s. auch *Meier-Beck* GRUR 2005, 617 ff.; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 255 m.w.N.; vorsichtiger *Pross* FS Tilmann 2003, 881, 893; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 67.

<sup>1358</sup> Vgl. OLG Düsseldorf Mitt. 2006, 553, 559 ff. – *Lifter* (Patentrecht); BGH GRUR 2009, 856, 860 – *Tripp-Trapp-Stuhl*; OLG Köln GRUR-RR 2005, 247, 248 – *Loseblattwerk* sowie OLG Düsseldorf GRUR 2004, 53 f. – *Gewinnherausgabeanspruch* (Urheberrecht); BGH GRUR 2006, 419, 420 – *Noblesse* (Markenrecht); BGH GRUR 2007, 431, 433 ff. – *Steckverbindergehäuse* (Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz); weitere Nachw. bei *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 255 Fn. 1077.

<sup>1359</sup> Von einer Steigerung im Fall der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung auf das Vierfache der üblichen Lizenz ausgehend *Sedlmaier* CR 2001, 221, 222 f.; vgl. auch OLG Düsseldorf GRUR 2004, 53, 54 – *Gewinnherausgabeanspruch*: es sei unschädlich, wenn Gewinn die übliche Lizenzvergütung „beträchtlich“ übersteige; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 255 m.w.N.

Der BGH hat die *Gemeinkostenanteil*-Grundsätze seither in allen zu entscheidenden Fällen der Verletzererwerbherausgabe für anwendbar erklärt<sup>1360</sup> und ihre grundsätzliche Geltung auch für solche Fälle betont, in denen wegen der zu schätzenden Verursachungsanteile nur ein eingeschränkter Auskunftsanspruch bestehe.<sup>1361</sup> Der zur neuen Rechtsprechung geäußerten Kritik ist der Senat ausdrücklich entgegengetreten: Ein gewisse Typisierung der Kosten sei unerlässlich, um einerseits den Geboten der Praktikabilität und andererseits den Wertungen des Ausgleichsgedankens Rechnung zu tragen. Da bei der Ermittlung des Verletzererwerbs ohnehin häufig auf eine Schätzung zurückgegriffen werden müsse, seien die Schwierigkeiten bei der Zuordnung von abzugsfähigen und nicht abzugsfähigen Kosten „nicht unüberwindbar“.<sup>1362</sup>

#### **b) Kostenabzug bei § 10 Abs. 1 UWG**

Die oben genannten für das Immaterialgüterrecht entwickelten Grundsätze zur Abzugsfähigkeit von Gemeinkosten und zur Beweislastverteilung gelten im Prinzip auch im Rahmen der Gewinnberechnung nach § 10 Abs. 1 UWG.<sup>1363</sup> So sachgerecht die Übernahme der dem immaterialgüterrechtlichen Schadensrecht entnommenen Grundsätze angesichts deren jahrelanger Erprobung, der differenzierten gerichtlichen Fortentwicklung, der damit verbundenen Flexibilität im Einzelfall<sup>1364</sup> und der Möglichkeit zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen bei eventuell gleichzeitig bestehenden Schadensersatzansprüchen von Mitbe-

---

<sup>1360</sup> Vgl. nur BGH GRUR 2006, 419, 420 – *Noblesse* (Markenrecht); BGH GRUR 2007, 431, 433 – *Steckverbindergehäuse* (ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz); weitere Nachw. zu Instanzrechtsprechung und Literatur s. bei *Runkel* WRP 2005, 968, 969 Fn. 8 – 11.

<sup>1361</sup> Dann hat der Beklagte zwar nicht über sämtliche Vorgänge Rechnung zu legen, das Gericht ermittelt jedoch aufgrund der Umsatzzahlen einen wahrscheinlichen kausal auf die Rechtsverletzung zurückgehenden Gewinnanteil; will der Verletzer gegen das Ergebnis dieser Schätzung Einwände erheben, hat er seine Kostenstruktur offenzulegen, die dann nach den Grundsätzen der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung bewertet wird, vgl. BGH GRUR 2006, 419, 420 – *Noblesse*; zur eingeschränkten Auskunftspflicht vgl. noch unten Kap. III. E. 10. b) (3).

<sup>1362</sup> BGH GRUR 2007, 431, 434 – *Steckverbindergehäuse*.

<sup>1363</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 218; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 99; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 101; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 160.

<sup>1364</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 101.



werben<sup>1365</sup> ist, bedürfen im Anschluss doch einige Einzelfragen zumindest einer eingehenden Betrachtung.

**(1) Gesetzgeberische Anlehnung an die Grundsätze aus dem Immaterialgüterrecht**

Laut Gesetzesbegründung zu § 10 UWG soll sich der Gewinn aus den „Umsatzerlösen abzüglich der Herstellungskosten der erbrachten Leistungen sowie abzüglich eventuell angefallener Betriebskosten“ errechnen, wobei „Gemeinkosten und sonstige betriebliche Aufwendungen“, die ohnehin angefallen wären, nicht abzugsfähig sein sollen.<sup>1366</sup> In Anbetracht der schon oben angedeuteten terminologischen Unsicherheiten bei der Typisierung bestimmter Kostenarten bleibt diese Definition „unscharf“<sup>1367</sup>; insbesondere eine explizite Regelung zur ausnahmsweise möglichen Anrechenbarkeit von der Verletzung unmittelbar zuzurechnenden Kosten – wie im Leitsatz der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung – enthält der Passus gerade nicht. Eine solche kann allerdings unter „eventuell angefallene Betriebskosten“ subsumiert<sup>1368</sup> oder auch in einem Umkehrschluss aus dem zweiten Satz hergeleitet werden. Die wohl herrschende Meinung liest jedenfalls aus dieser Definition den Willen des Gesetzgebers heraus, die Grundsätze der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung auf die Gewinnberechnung nach § 10 Abs. 1 UWG zu übertragen.<sup>1369</sup>

---

<sup>1365</sup> Darauf verweist vor allem *Schaub* GRUR 2005, 918, 921; ebenso *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 99.

<sup>1366</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>1367</sup> So *Bauer*, da sich die Begriffe z.T. „weder den Kategorien des Handelsrechts noch der Kosten- und Leistungsrechnung zuordnen“ ließen, vgl. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 172.

<sup>1368</sup> Der dem Juristen eher aus dem Mietrecht geläufige Begriff der „Betriebskosten“ wird dabei als Sammelbegriff für sämtliche bei Betreiben eines Geschäfts anfallende Kosten verwendet.

<sup>1369</sup> Vgl. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 7; *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 99; *Pokrant* FS Ullmann 2006, S. 813, 824; *Schaub* GRUR 2005, 918, 921 ff.; vgl. ebenfalls in diese Richtung weisend die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/1487, S. 43; nach *Leicht* dagegen ergibt sich eine der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung entsprechende Differenzierung durch ein mit der Formulierung „zu Lasten“ umschriebenes Erfordernis des „Absatzbezugs“; demnach seien nicht auf das konkrete Absatzgeschäft bezogene Aufwendungen nicht berücksichtigungs- bzw. ersatzfähig, vgl. *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 292; vgl. zu dieser Auslegung des Tatbestandsteils „zu Lasten“ insoweit allerdings noch unter Kap. III. F. 2. e) (3).

In der Konsequenz soll der Zuwiderhandelnde bei der Gewinnberechnung nach § 10 Abs. 1 UWG bezüglich aller Produkte, deren Vertrieb und Veräußerung zur Erwirtschaftung des Unrechtserlöses beigetragen hat – also derjenigen Produkte, für die in unlauterer Weise geworben oder die in unlauterer Weise vertrieben wurden<sup>1370</sup> –, die variablen Kosten, konkret die Herstellungskosten sowie die nachweislich auf die vertriebenen Produkte anfallenden Betriebskosten, abziehen können.<sup>1371</sup> Fixkosten werden regelmäßig nicht abzugsfähig sein.<sup>1372</sup> Will der Verletzer eigene betriebliche Aufwendungen und Gemeinkosten in Abzug bringen, muss er deren unmittelbaren Zusammenhang zu seinem wettbewerbswidrigen Verhalten darlegen und beweisen,<sup>1373</sup> während die Beweislast für Umsatzerlöse und variable Kosten grundsätzlich beim Anspruchsteller liegen.<sup>1374</sup>

#### (2) *Kritik*

Die Meinungen im Schrifttum gingen auch zur Frage dieser Berechnungsvorgaben weit auseinander. Während im Zuge der Diskussionen um das Gesetzgebungsverfahren etwa *Micklitz/Stadler* nach dem Vorbild der verschuldensunabhängigen Verfallvorschriften aus generalpräventiven Gründen „konsequenterweise“ eine Ausgestaltung nach dem Bruttoprinzip für notwendig erachtet hatten, das dem Täter keinerlei gewinnmindernde Abzugsmöglichkeiten etwa von Herstellungskosten eröffnen sollte,<sup>1375</sup> sprach sich *Sack* für eine weit reichende Abzugsfähigkeit nicht nur von Kosten der Werbeaktion, sondern auch von solchen Aufwendungen aus, die der Zuwiderhandelnde für die Einstellung und Beseitigung der inkriminierten Werbung tätige, inklusive der ihm angefallenen Rechtsverfolgungskosten, sowie für eine Anrechnung von Imageschäden in der Öffentlichkeit.<sup>1376</sup>

---

<sup>1370</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 97, 99; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 110.

<sup>1371</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 7; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 110.

<sup>1372</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 99; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 110.

<sup>1373</sup> *V. Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 218; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 111; zur Verletzergewinnhaftung *Lehmann* BB 1988, 1680, 1685.

<sup>1374</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 111.

<sup>1375</sup> Einzelheiten bei *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 561 f.

<sup>1376</sup> *Sack* WRP 2003, 549, 554.

Zum Teil haben sich diese Ansätze durch die in der Begründung klar zum Ausdruck gebrachte Vorgabe, bei der Gewinnberechnung den heute gültigen Grundsätzen zur Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung zu folgen, überholt. Die Abwendung von einem Bruttoprinzip bei der Berechnung des Herauszugebenden, wie es den neueren Verfallregelungen zugrunde liegt, zeigt einmal mehr die Abgrenzung der privatrechtlich ausgestalteten Gewinnabschöpfung von den hoheitlichen Abschöpfungsinstituten des Straf- und Ordnungsrechts.<sup>1377</sup>

### **(3) Umsetzung der Gemeinkostenanteil-Grundsätze für § 10 Abs. 1 UWG**

Hinsichtlich des Kostenabzugs verweist die Gesetzesbegründung mehr oder weniger ausdrücklich auf die *Gemeinkostenanteil*-Grundsätze zur dritten Schadensberechnungsmethode.<sup>1378</sup> Bei der Übertragung dieser immaterialgüterrechtlichen Berechnungsgrundsätze auf § 10 Abs. 1 UWG ist jedoch zu beachten, dass im Lauterkeitsrecht der Bezugspunkt der für einen Abzug in Frage kommenden Kosten nicht in der Herstellung und dem Vertrieb eines schutzrechtsverletzenden Gegenstandes, sondern in einer Zuwiderhandlung gegen §§ 3 oder 7 UWG liegen muss.<sup>1379</sup> Dem Rechtsanwender wird daher ein gedanklicher Umweg abverlangt. Wollte man alle Wertungen aus dem Immaterialgüterrecht unmittelbar übernehmen, müsste Anknüpfungspunkt für die Gewinnabschöpfung womöglich die lauterkeitsrechtliche Zuwiderhandlung als solche sein, sei sie nun eine Vertriebs- oder Herstellungshandlung oder eine reine Marketingmaßnahme. Einen „Verletzungsgegenstand“ als solchen gibt es im Lauterkeitsrecht zumeist nicht. Hierin liegt schließlich die Besonderheit der verhaltensbezogenen lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung gegenüber der objektbezogenen Verletzergewinnhaftung im Immaterialgüterrecht.

<sup>1377</sup> A.A. Gärtner, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 99, der den gedanklichen Ursprung des Gewinnabschöpfungsanspruchs vorwiegend in den hergebrachten Verfalls- und Abschöpfungsvorschriften nach Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht sieht; auch nach seiner Ansicht ergibt sich hieraus jedoch keine zwingende Systematik, die etwa die Einführung des Bruttoprinzips in § 10 UWG erfordern würde, vgl. dazu noch unten Kap. V. A. b) (2).

<sup>1378</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>1379</sup> Vgl. auch Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 100.

### (a) Unterschiedliche Anknüpfungsgegenstände

Wenn auch die gewerblichen Schutzrechte, der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz und das Urheberrecht untereinander verschiedene Wesenszüge aufweisen, so ist ihnen doch der gegenstandsbezogene Schutz über das Ausschließlichkeitsrecht gemeinsam.<sup>1380</sup> Die Verletzungshandlung, über deren Folgen die Richter mit der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung zu urteilen hatten, bestand denn auch in der Herstellung, dem Feilhalten oder Inverkehrbringen von Verletzungsgegenständen in Form von Nachbildungen eines als Geschmacksmuster geschützten Spannrings. Während der Sonderrechtsschutz der Immaterialgüterrechte in diesem Sinne stets objektbezogen wirkt, wirkt der lauterkeitsrechtliche Leistungsschutz wie auch insgesamt das Lauterkeitsrecht stets handlungsbezogen.<sup>1381</sup> Verletzungshandlungen nach §§ 3 und 7 UWG können sich ganz unterschiedlich darstellen; mal machen auch sie sich tatsächlich an einem bestimmten „Objekt“ (wenn auch regelmäßig nicht im Sinne eines Objekts durch das Lauterkeitsrecht vermittelter ausschließlicher Rechte) fest – wie etwa im Fall der sogenannten Mogelpackung oder von Minderabfüllungen. Oft wird aber nicht das Wirtschaftsgut als solches mit dem Mangel der Unlauterkeit behaftet sein, sondern dessen Vertrieb oder Bewerbung sich als belästigend oder irreführend darstellen. Nur in bestimmten Fällen aber – der Schnittmenge mit dem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz etwa – schlägt sich die Zuwiderhandlung in der Herstellung eines (schutzrechts-) verletzenden Gegenstandes nieder.<sup>1382</sup>

Es zeigt sich hier eine Konsequenz der unterschiedlichen Ausgangssituationen im Urheber- und Patentrecht als klassische Immaterialgüter einerseits und im Wettbewerbsrecht andererseits: Durch die Anknüpfung an ein konkretes – wenn auch immaterielles – Rechtsobjekt im Sinne des Güterschutzes ist die rechtswid-

---

<sup>1380</sup> Zu Besonderheiten etwa im Kennzeichenrecht vgl. unten Kap. III. E. 6. c) (2) (a).

<sup>1381</sup> So führt etwa *Sambuc* zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz aus: Der Schutz der Leistung ergebe sich anders als bei den Sondergesetzen nur reflexartig, es gehe dabei nicht um das „Was“, sondern um das „Wie“ der Übernahme, *Sambuc* in Harte/Henning, UWG, § 4 Nr. 9 Rn. 6; vgl. auch *Schaub* GRUR 2005, 918, 920 m.w.N.; s. bereits oben Kap. II. A. 2. a).

<sup>1382</sup> Vgl. *Schaub* GRUR 2005, 918, 920 f.

rige Nutzungs- oder Verwertungshandlung bezüglich des konkreten urheberrechtlich oder patentrechtlich geschützten Werkstücks mit einem insoweit getätigten Rechtsgeschäft identisch. Während daher etwa für das Urheber- oder Patentrecht die abzugsfähigen Kosten mit einer gewissen Berechtigung unter den Begriff der „Verletzungskosten“ gefasst werden können,<sup>1383</sup> geht diese Parallelsetzung von Gegenstand und Rechtsverletzung und damit von Produktions- und Vertriebskosten einerseits und Verletzungskosten andererseits im Falle des § 10 UWG selten auf.<sup>1384</sup> Verdeutlichen lässt sich dies am Beispiel der unlauteren Werbung mit unzutreffenden Testergebnissen: Der Zuwiderhandelnde erwirtschaftet seinen Erlös etwa aus der Veräußerung von Matratzen; deren Beschaffungs- oder Herstellungskosten werden für die unternehmerische Gewinnberechnung abgezogen. Neben diesen wirtschaftlichen Vorgängen steht die eigentliche Zuwiderhandlung, die in der Verwendung des unzutreffenden Testurteils zu Werbezwecken liegt und nur zu einem gewissen Teil zum wirtschaftlichen Erfolg beiträgt; sie verursacht wiederum eigene, etwa Druck- oder Veröffentlichungskosten. Wenn nun in Anlehnung an die *Gemeinkostenanteil-*Entscheidung der Unlauterkeitsgewinn aus den „Herstellungskosten der erbrachten Leistungen abzüglich eventuell angefallener Betriebskosten“ errechnet werden soll,<sup>1385</sup> so stehen die Kosten der Zuwiderhandlung zumindest in diesem Sinne nicht im unmittelbaren Zusammenhang zum Erlös aus der Veräußerung der Matratzen, der als Berechnungsgrundlage für den Unlauterkeitsgewinn herangezogen ist.

Teilweise wird daher die Kostenberechnung nach § 10 Abs. 1 UWG so verstanden, dass nur die „zur Erzeugung der Zuwiderhandlung“ unmittelbar angefallenen Kosten abzuziehen seien.<sup>1386</sup> Dagegen hält die überwiegende Meinung zu Recht diejenigen betrieblichen Kosten für abzugsfähig, die für das vertriebene

<sup>1383</sup> Vgl. *Haft/Reimann* Mitt. 2003, 437, 438; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 252 f.

<sup>1384</sup> A.A. allerdings wohl *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 164 f.

<sup>1385</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>1386</sup> Insbesondere *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 165.

oder beworbene und schließlich veräußerte Produkt aufgewendet wurden.<sup>1387</sup> Dies ergibt sich schon zwangsläufig daraus, dass der Gesetzgeber hinsichtlich des Abschöpfungsbetrages an einen Gewinn des Zuwiderhandelnden anknüpft. Die Zuwiderhandlung lässt sich von einem zugrundeliegenden Marktvorgang und dem dazugehörigen Produkt zwar gedanklich abstrahieren. Umsatzerlöse und damit Gewinne generiert der Unternehmer jedoch nur aus den Geschäften, die er mit seinen Produkten macht. Wenn diese Veräußerungsgeschäfte – wie für den Regelfall anzunehmen, etwa im Fall unlauterer Werbung – nicht deckungsgleich sind mit der Zuwiderhandlung, ergibt sich der Unternehmensgewinn aus den mit den Grundgeschäften erwirtschafteten Erlösen abzüglich der hierfür – für das Grundgeschäft – aufgewandten Kosten, ohne dass es hierfür der Anknüpfung an einen Verletzungsgegenstand bedürfte. Im Ergebnis können daher die Berechnungsprinzipien zum Kostenabzug aus dem Immaterialgüterrecht grundsätzlich übernommen werden.

#### **(b) Kostenarten**

Es kann und soll an dieser Stelle nicht auf die Abzugsfähigkeit aller denkbaren Kostenarten eingegangen werden.<sup>1388</sup> Versteht man, wie oben dargelegt, die Gesetzesbegründung zur Gewinnberechnung bei § 10 Abs. 1 UWG, wonach „eventuell angefallene Betriebskosten“ abzugsfähig, dagegen Kosten „die auch ohne das wettbewerbswidrige Verhalten angefallen wären“ nicht abzugsfähig sein sollen,<sup>1389</sup> im Sinne des Verursachungsprinzips nach der *Gemeinkostenanteil-*Entscheidung,<sup>1390</sup> so wäre eine betriebswirtschaftliche Klassifizierung nach Kostenarten eigentlich gar nicht notwendig. Eine solche kann zwar durch Typisie-

---

<sup>1387</sup> Vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 7; Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 98 ff. m.w.N.; Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 100.

<sup>1388</sup> Vgl. hierzu etwa die tabellenartige Auflistung bei Bauer, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 175 – 177; Einzelfragen auch bei Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 97 ff.; zur dritten Schadensberechnungsmethode demgegenüber Pross FS Tilmann 2003, S. 881, 886 ff.; Runkel WRP 2005, 968, 971 ff.

<sup>1389</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>1390</sup> Dazu oben III. E. 5. a) (5) sowie noch eingehend unten Kap. III. E. 6. a) (2).

den Überblick und die Handhabung erleichtern,<sup>1391</sup> die Typisierung ersetzt jedoch nicht die Prüfung im Einzelfall, ob alle der Gruppe zugeordneten Kosten tatsächlich den nötigen Zurechnungszusammenhang aufweisen.<sup>1392</sup> Schließlich kann eine solche Prüfung umgekehrt auch zu dem Ergebnis führen, dass bestimmte Fixkosten den Verletzungsgegenständen ausnahmsweise unmittelbar zuzurechnen sind und diese daher bei der Gewinnermittlung in Abzug gebracht werden können.<sup>1393</sup>

### (i) Allgemeines

Für die Verletzergewinnhaftung im Immaterialgüterrecht lässt sich nach dem oben Dargelegten immerhin zunächst festhalten, dass zwar über viele Einzelheiten der Kostenzurechnung noch kein Konsens besteht.<sup>1394</sup> Auch hat sich die obergerichtliche oder höchstrichterliche Rechtsprechung noch längst nicht mit allen in der Literatur erörterten Fall- und Kostengruppen erschöpfend auseinandergesetzt. Wegen der Anknüpfung an einen konkreten Verletzungsgegenstand lassen sich aber, geht man erst einmal von einer Zuordnungsregel – etwa dem Verursachungsprinzip, wie *Pross* es herleitet<sup>1395</sup> – aus, doch einigermaßen einheitliche Kostenabzugsregeln aufstellen, die sich dem Grunde nach auch auf die Berechnung nach § 10 UWG übertragen lassen.

Ausgehend vom immaterialgüterrechtlichen Beispiel einer schutzrechtsverletzenden Produktion eines bestimmten Gegenstandes lassen sich vom Erlös dann zunächst die Stückkosten abziehen, die unmittelbar durch die Herstellung des Verletzungsgegenstandes verursacht wurden, wie etwa Einkaufskosten im

---

<sup>1391</sup> Für die dreifache Schadensberechnung vgl. BGH GRUR 2007, 431, 434 – *Steckverbindergehäuse*; *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 886.

<sup>1392</sup> So zur dritten Schadensberechnungsmethode *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 886; *Runkel* WRP 2005, 968, 975.

<sup>1393</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*; krit. *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 620; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 254 Fn. 1071, S. 255 ff.

<sup>1394</sup> S. oben Kap. III. E. 5. a) (3) (c); ansonsten vgl. dazu *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 257 ff.; *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 886 ff.; *Rojahn* GRUR 2005, 623, 626 f.

<sup>1395</sup> *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 886; vgl. oben Kap. III. E. 5. a) (5).

Handelssektor oder Material- und Verpackungskosten des Produzenten.<sup>1396</sup> Abzugsfähig sind außerdem als „Erzeugnisfixkosten“<sup>1397</sup> weitere Kosten, die unmittelbar durch die Produktion oder den Vertrieb verursacht werden und der Produktart, nicht aber dem einzelnen Stück, zugerechnet werden können, wie gegebenenfalls spezifische Personalkosten<sup>1398</sup>, Werbung, Transport- und Gewährleistungskosten<sup>1399</sup> oder, je nach Fallgestaltung, Entwicklungs- und Produktionsvorbereitungskosten.<sup>1400</sup> Bei Nachweisbarkeit etwa durch gesonderte Stromzähler an den einzelnen Maschinen können hierunter auch Energiekosten fallen.<sup>1401</sup> Nicht abzugsfähig sind dann die ohnehin anfallenden Bereitschaftskosten,<sup>1402</sup> etwa ohnehin angeschaffte und nicht ausschließlich für die Rechtsverletzung genutzte Gebäude und Maschinen oder Grundstücke.<sup>1403</sup> Hierunter fällt auch die Raummiete, soweit der Verletzer nicht besondere Angaben zu einer gesonderten, abtrennbaren Nutzung machen kann, die über die pauschale anteilige Zurechnung der Mietkosten hinausführen.<sup>1404</sup>

Über diese Grundsätze hinaus soll im Folgenden nur auf einige spezifische Einzelfragen eingegangen werden, die im Zusammenhang mit § 10 Abs. 1 UWG von Bedeutung sind.

---

<sup>1396</sup> Helms, Gewinnherausgabe, S. 253 mit Bezug auf BGH WRP 2007, 533, 536 = GRUR 2007, 431, 434 – Steckverbindergehäuse.

<sup>1397</sup> Lehmann BB 1988, 1680, 1685 mit Verweis auf das mehrstufige *Direct Costing* als Berechnungsmethode wiederum bei Heinen, Industriebetriebslehre, S. 995.

<sup>1398</sup> Inwieweit hier etwa dargelegt werden muss, dass die Arbeitnehmer ohne Rechtsverletzung nicht eingestellt oder entlassen worden wären, sei an dieser Stelle dahingestellt; für eine solche Nachweispflicht des Verletzers allerdings Runkel WRP 2005, 968, 973; vgl. in ähnlichem Sinne zu Produktionskapazitäten Meier-Beck GRUR 2005, 617, 622.

<sup>1399</sup> Helms bezeichnet diese leicht abweichend als „Erzeugniskosten“, vgl. Helms, Gewinnherausgabe, S. 254.

<sup>1400</sup> Dazu Pross FS Tilmann 2003, S. 881, 887.

<sup>1401</sup> Runkel WRP 2005, 968, 971 f.

<sup>1402</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*; Helms, Gewinnherausgabe, S. 254 f.

<sup>1403</sup> Pross FS Tilmann 2003, S. 881, 889 f.; zur Abnutzung von Produktionsmitteln Runkel WRP 2005, 968, 972 f.

<sup>1404</sup> Runkel WRP 2005, 968, 972; weitere Einzelheiten zu abzugsfähigen Kostenarten s. bei Lehmann BB 1980, 1680, 1685.



**(ii) Handels- und Dienstleistungssektor**

Im Handelssektor, dem im Wettbewerbsrecht wohl ein noch stärkeres Gewicht zukommen wird als im Immaterialgüterrecht, fallen beim Zuwiderhandelnden entgegen der insoweit zu engen Formulierung in der Gesetzesbegründung<sup>1405</sup> regelmäßig keine Herstellungskosten an. Hier muss die Anrechnung von Anschaffungskosten bzw. des Einkaufspreises an deren Stelle treten;<sup>1406</sup> dabei wird auch vertreten, dass anteilige Lohnkosten des Verkaufpersonals abzugsfähig seien.<sup>1407</sup> Im reinen Dienstleistungssektor dagegen – als Beispiel werden insbesondere die Fälle irreführender Angebote von Telefon-Mehrwertdiensten genannt<sup>1408</sup> – sollen neben eventuell zu berücksichtigenden anteiligen Lohnkosten nur weitere variable Kosten abzugsfähig sein.<sup>1409</sup>

**(iii) Kosten der unlauteren Werbemaßnahme**

Schließlich wird gerade die Frage, ob die Kosten der unlauteren Werbeaktion als solcher abzugsfähig sein sollen, noch uneinheitlich beantwortet. Auf den ersten Blick scheint sich auch diesbezüglich die Konstellation im Lauterkeitsrecht von der Interessenlage im Falle einer Immaterialgutsverletzung – wo die eindeutig einem schutzrechtsverletzenden Produkt zuzuordnenden Werbekosten allgemein als abzugsfähig angesehen werden<sup>1410</sup> – signifikant zu unterscheiden. Denn schließlich stellt gerade die lauterkeitswidrige Aktion den Anknüpfungspunkt der Gewinnherausgabepflicht dar. In den Fällen belästigenden Direktmarketings oder der irreführenden Werbung fallen Zuwiderhandlung und Gewinn insoweit auseinander, als die auf die unlautere Maßnahme folgenden Umsatzerlöse auf einer neuen Ursache, nämlich den Vertragsabschlüssen mit den Abnehmern be-

---

<sup>1405</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>1406</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 99; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 149.

<sup>1407</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 99; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 149; dem folgend wohl *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 171.

<sup>1408</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 171.

<sup>1409</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 99; dem folgend wohl *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 171.

<sup>1410</sup> *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 890; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 106.

ruhen.<sup>1411</sup> Aus diesem Grund lehnt eine Ansicht die Abzugsfähigkeit der Kosten gerade der unlauteren Werbemaßnahme aus Gründen der Generalprävention ab.<sup>1412</sup> Eine überwiegende Ansicht in der Literatur spricht sich inzwischen allerdings für eine Abzugsfähigkeit dieser Werbekosten aus.<sup>1413</sup> Kosten der im Vorfeld eingeholten Rechtsberatung sollen dabei als Teil der für die Werbung aufgewandten Kosten ebenfalls abzugsfähig sein.<sup>1414</sup> Bei näherem Hinsehen besteht hier auch kein Wertungswiderspruch zu den vergleichbaren Konstellationen im Immaterialgüterrecht: Dort verkörpert sich die Rechtsverletzung regelmäßig in unlizenzierter Herstellung und Vertrieb eines von Schutzrechten erfassten Produktes, und auch dort sind die für Herstellung und Vertrieb, also die für die Rechtsverletzung als solche, aufgewendeten Kosten abzugsfähig – neben den abzugsfähigen Werbekosten.

In beiden Fällen, Immaterialguts- und Lauterkeitsrechtsverletzung, sind damit potentiell alle Bereiche, Herstellung/Veräußerung und Marketing, vom Kostenabzug umfasst. Allerdings bleibt dieses Ergebnis für das Lauterkeitsrecht aus generalpräventiven Gesichtspunkten äußerst unbefriedigend, und es darf ein entscheidender Unterschied nicht übersehen werden: Im Falle der Gewinnabschöpfung handelt es sich bei den Werbekosten nach der jetzigen Rechtslage um die Kosten einer bewussten, vorsätzlichen Rechtsverletzung, während die dreifache Schadensberechnung bereits im Falle leichter Fahrlässigkeit greift. Geht man davon aus, dass im Gegensatz zum lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch bei der Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen des dreifachen Schadensersatzes die Kompensationsfunktion gegenüber der Präventivfunktion

---

<sup>1411</sup> Ähnlich *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 166.

<sup>1412</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 219; ähnlich *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 166, 176 f.

<sup>1413</sup> Vgl. *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 100; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 100; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 110 f.

<sup>1414</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 100; dem folgend *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 100.

im Vordergrund steht,<sup>1415</sup> so scheint es doch zunächst vertretbar, im Rahmen des Gewinnabschöpfungsanspruchs aufgrund dessen generalpräventiven Überschusses eine andere Gewichtung vorzunehmen. Diese würde sich allerdings, nähme man dem Zuwiderhandelnden die Abzugsmöglichkeit der Verletzungskosten, zumindest insoweit nicht mehr als „Gewinn-“, sondern vielmehr als Bruttoerlös-Abschöpfung darstellen; mit dem geltenden Recht wäre eine solche nicht mehr vereinbar.<sup>1416</sup>

#### (iv) Folgekosten und Sonstiges

Die Anrechnung von Kosten der Rechtsverteidigung nach der Zuwiderhandlung wird inzwischen überwiegend und zu Recht abgelehnt,<sup>1417</sup> zumal es schon dem Grundgedanken des deutschen Prozessrechts entspricht, dass die unterliegende Partei die Kosten ihre Rechtsverfolgung selbst tragen muss; dies gilt für den Bereich des allgemeinen Zivilprozesses ebenso wie für die Verfallsvorschriften.<sup>1418</sup> Zudem wird darauf hingewiesen, dass die Rechtsverfolgungskosten eher einen „Teil des allgemeinen Risikos bei der Verstrickung in einen Prozess“<sup>1419</sup> darstellen, die lediglich das Vermögen als Ganzes und nicht den konkreten Gewinn schmälerten.<sup>1420</sup>

Von einem Abzug ausgeschlossen sind insoweit nach den Grundsätzen der Verletzergewinnhaftung wie auch im Lauterkeitsrecht insgesamt solche Kosten,

---

<sup>1415</sup> So *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 101 mit Bezug auf BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1416</sup> Zum Vorschlag einer Bruttoerlösabschöpfung *de lege ferenda* vgl. noch unten Kap. V. A. 3. b).

<sup>1417</sup> S. etwa v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 256; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 101; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 7; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 177; vgl. auch die Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24, wonach vor allem Anreize zur Führung kostenintensiver Auseinandersetzungen vermieden werden sollten und die Rechtsverfolgungskosten ausdrücklich auch nicht abzugsfähig nach der Subsidiaritätsregelung des § 10 Abs. 2 UWG sind, dazu auch unten Kap. III. E. 8. g); zur dritten Schadensberechnung aus rechtspolitischen Gründen ebenso *Rojahn* GRUR 2005, 623, 630; a.A. nur *Sack* WRP 2003, 549, 554 sowie dem folgend *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42; für eine Anrechnung im Rahmen der dritten Schadensberechnungsmethode *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 891 f.; zum Ganzen ausführlicher und im Ergebnis eine Abzugsfähigkeit ablehnend *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 111 f.

<sup>1418</sup> Hierzu und zur Ausnahme der Vorteilsabschöpfung im GWB *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 111 f.

<sup>1419</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 93.

<sup>1420</sup> *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 7; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 94.

die nicht im Zuge, sondern unmittelbar als Folge der Zuwiderhandlung verursacht wurden, etwa die – allerdings von *Sack* als abzugsfähig angesehenen<sup>1421</sup> – Kosten für die Einstellung und Beseitigung der unlauteren Maßnahme<sup>1422</sup> oder gar Imageschäden,<sup>1423</sup> zumal dies dem Präventionsgedanken der Vorschrift erheblich entgegenwirken würde. Dagegen können bei entsprechendem Nachweis eines unmittelbaren Zusammenhangs anteilige Lohnkosten oder Speditions- und Fahrtkosten anrechnungsfähig sein.<sup>1424</sup>

#### c) Zusammenfassung

Die Grundsätze, die die Rechtsprechung mit der *Gemeinkostenanteil-*Entscheidung zur Kostenberücksichtigung bei der Gewinnermittlung aufgestellt hat, lassen sich im Ergebnis relativ unproblematisch für den wettbewerbsrechtlichen Verbandsanspruch als Rechtsfolge von Lauterkeitsrechtsverstößen übernehmen. Die Anknüpfung an einen Verletzungsgegenstand ermöglicht es im Immaterialgüterrecht zwar in ganz anderer Weise als im Lauterkeitsrecht, einen Ursachenzusammenhang zwischen Produktions- oder Vertriebsgegenstand und Rechtsverletzung einerseits und angefallenen Kosten andererseits herzustellen. Im Lauterkeitsrecht sind demgegenüber in vielen Fällen die ursächlichen Kosten der Rechtsverletzung von den Kosten der Herstellung eines oder einer mit der Zuwiderhandlung beworbenen oder vertriebenen Produkts oder Dienstleistung gedanklich zu trennen. Auch bei der Anwendung des § 10 UWG sind aber die abzugsfähigen Kosten durch einen Verursachungszusammenhang mit dem Veräußerungsgegenstand und nicht etwa mit der Zuwiderhandlung selbst zu ermitteln. Dies ergibt sich nicht nur aus den Hinweisen der Gesetzesbegründung, sondern schon aus den Gesetzen der betriebswirtschaftlichen Gewinnberechnung; schließlich erwirtschaftet der Zuwiderhandelnde seine Erlöse nicht unab-

---

<sup>1421</sup> *Sack* WRP 2003, 549, 554.

<sup>1422</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 7.

<sup>1423</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 102; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 101; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 177; a.A. noch *Sack* WRP 2003, 549, 554.

<sup>1424</sup> Vgl. *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 99; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 100.

hängig von jedem Produkt. Allerdings wird im Lauterkeitsrecht dann zumeist nur ein Anteil am Erlös aus den Geschäften mit dem betreffenden Produkt überhaupt als Berechnungsgrundlage für den herauszugebenden Gewinn zugelassen werden können. Diese Frage der Beschränkung der Gewinnabschöpfung aus Gründen der Kausalität wird im Folgenden behandelt.

## 6. Haftungsausfüllende Kausalität

Der geltende Tatbestand des § 10 Abs. 1 UWG enthält komplexe Kausalitätsanforderungen. So wird, wie oben dargestellt, zum einen nach dem Wortlaut der Vorschrift eine Gewinnerzielung durch den unlauter Handelnden bereits als Tatbestandsvoraussetzung im Sinne einer haftungsbegründenden Kausalität gelesen. Zum anderen ist nur derjenige Teil eines Unternehmensgewinns abschöpfungsfähig, der sich kausal auf die konkrete Rechtsverletzung bzw. lauterkeitsrechtliche Zuwiderhandlung zurückführen lässt. Zur Untersuchung dieser für die Anwendung des § 10 Abs. 1 UWG ganz wesentlichen Problematik wird zunächst wieder die entsprechende Rechtslage im Zusammenhang mit der Herausgabe des Verletzergewinns als dritter Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht dargestellt; denn immerhin wird zur Bestätigung der Praktikabilität einer kausalen Gewinnermittlung im Lauterkeitsrecht gerne auf die entsprechende Praxis bei der Haftung wegen Immaterialgutsverletzungen verwiesen.<sup>1425</sup> Hieran schließt sich eine gesonderte Betrachtung der zum Teil sehr umstrittenen Auslegungsfragen zu den Kausalitätsanforderungen in § 10 Abs. 1 UWG an, bevor zuletzt untersucht wird, inwieweit sich einzelne Erfahrungen mit der dritten Schadensberechnungsart tatsächlich für die Anwendung des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs fruchtbar machen lassen.

---

<sup>1425</sup> Nachw. s. oben Fn. 13, 15 ff.

**a) Kausalitätserfordernis im Rahmen der dritten Schadensberechnungsart**

Ähnlich wie bei der Auslegung des § 10 Abs. 1 UWG war auch für die Herausgabe des Verletzergewinns seit langem umstritten, inwieweit der Verletzer den „Einfluss-Wert“ anderer gewinnfördernder Umstände, die etwa auf mutmaßlich abweichenden Verbrauchermotivationen oder eigenunternehmerischen Bemühungen wie besonderen Vertriebsleistungen seinerseits beruhten, vor der Gewinnherausgabe vom Gesamtgewinn abziehen dürfe.<sup>1426</sup>

**(1) Allgemeine Grundsätze**

Für die Gewinnhaftung im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung gilt der Grundsatz, dass der Verletzer den gesamten, aber auch nur denjenigen Gewinn herauszugeben hat, der kausal auf seine verletzende Tätigkeit zurückgeht.<sup>1427</sup>

Als „Rechenschritt“ wird wie auch bei § 10 Abs. 1 UWG vertreten, dass zunächst eine Auswahl derjenigen Umsatzerlöse bzw. Umsatzerlösanteile, also der Anteile am Bruttozufluss eines Unternehmens, vorzunehmen sei, welche als Grundlage für die anschließende (Unrechts-) Gewinnberechnung durch Abzug der berücksichtigungsfähigen Kosten dienen sollen.<sup>1428</sup> Hierzu hat der BGH in seiner Entscheidung *Tripp-Trapp-Stuhl* allerdings klargestellt, dass vom „Gesamtgewinn“ zunächst die berücksichtigungsfähigen Pauschalkosten abzuziehen und erst danach der Verletzergewinn um den Kausalitätsabschlag zu mindern sei, da sich ansonsten der Kausalitätsabschlag auch auf die – in diesem Fall – Vertriebskosten erstrecke.<sup>1429</sup>

---

<sup>1426</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 1993, 55, 59 – *Tchibo/Rolex II*; BGH GRUR 1961, 354, 355 ff. – *Vitasulfal*; *Tilmann* GRUR 2003, 647, 649; *Preu* GRUR 1979, 753, 757; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 126, 132 ff., jew. m.w.N.

<sup>1427</sup> RGZ 35, 63, 75 – *Ariston*; RGZ 156, 321, 326; BGH GRUR 2002, 532, 535 – *Unikatrahmen*; BGH GRUR 1962, 509, 512 – *Dia-Rähmchen II*; BGH GRUR 1961, 354, 355 f. – *Vitasulfal*; RG GRUR 1938, 836, 838 – *Rußbläser*; s. auch *Zahn*, Verletzergewinn, S. 23, 125 ff.; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 97 Rn. 67.

<sup>1428</sup> Vgl. schon *Lehmann* BB 1988, 1680, 1684; *Runkel* WRP 2005, 968; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 130.

<sup>1429</sup> BGH GRUR 2009, 856, 860, 862 – *Tripp-Trapp-Stuhl*.

Will man aus dem Gesamtgewinn aus der Veräußerung eines (auch) rechtsverletzenden Gegenstandes diejenigen Anteile identifizieren, die mit der Rechtsverletzung in notwendigem Zusammenhang stehen, ist danach zu differenzieren, welchen Anteil der von seiner Tätigkeit betroffenen Schutzrechte der Verletzer tatsächlich rechtswidrig missachtet hat und welcher Anteil des Gewinns damit überhaupt auf der Rechtsverletzung beruht,<sup>1430</sup> sowie umgekehrt danach, welchen Teil eines geschützten Werks, Patents, Geschmacksmusters usw. der Verletzer bei der Gewinnerzielung verletzt hat.<sup>1431</sup> Der Gewinn muss gerade aus der Handlung erwachsen sein, durch die das entsprechende Schutzrecht verletzt wurde.<sup>1432</sup> Dies gilt zum Teil auch für mittelbar erzielte Gewinne.<sup>1433</sup> Die Frage, wie weit sich dieser Verursachungsgedanke im Detail niederschlagen sollte, bot in Rechtsprechung und Literatur schon immer Stoff für Diskussionen, zumal die Auslegung des Kausalitätserfordernisses sich maßgeblich auf die Praktikabilität des Anspruchs auswirkt.

## **(2) Gewichtung von Verursachungsfaktoren vor und nach der Gemeinkostenanteil-Entscheidung**

In Rechtsprechung und Literatur wurde lange Zeit vor allem die Auffassung vertreten, dass diverse bei der Gewinnerzielung mitwirkende Faktoren jeglicher Art in ihren Verursachungsanteilen zugunsten des Verletzers vom Gesamterlös bzw. –gewinn abzuziehen seien.<sup>1434</sup> Insbesondere für Kennzeichenrechte und im Bereich des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes wurde angenommen, dass regelmäßig nicht der gesamte Gewinn ursächlich auf die Rechtsverletzung zu-

<sup>1430</sup> Vgl. bereits RGZ 156, 321, 326.

<sup>1431</sup> BGH GRUR 2002, 532, 535 – *Unikatrahmen*; BGH GRUR 1962, 509, 512 – *Dia-Rähmchen II*; BGH GRUR 1959, 379, 382 f. – *Gasparone*; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 67.

<sup>1432</sup> BGH GRUR 1962, 509, 512 – *Dia-Rähmchen II*.

<sup>1433</sup> In der frühen Entscheidung *Dia-Rähmchen II* etwa hat der BGH die Werbewirkung eines schutzrechtsverletzenden *Dia-Rähmchens* bezüglich des Hauptangebots, einer Kamera, ausreichen lassen, um den auf diese Werbewirkung anteilig entfallenden Gewinn aus dem Verkauf der Kamera unter den Herausgabeanspruch zu fassen, BGH GRUR 1962, 509, 511 – *Dia-Rähmchen II*; Einzelheiten zu den möglichen mittelbaren Gewinnauswirkungen bei *Zahn*, Verletzererwerb, S. 138 ff.

<sup>1434</sup> Vgl. BGH GRUR 1993, 55, 59 – *Tchibo Rolex II*; BGH GRUR 1974, 53, 54 – *Nebelscheinwerfer*; BGH GRUR 1959, 379, 380 – *Gasparone*; *Preu* GRUR 1979, 753, 757 m.w.N.; a.A. etwa *Tilmann* GRUR 2003, 647, 651; weitere Nachw. bei *Zahn*, Verletzererwerb, S. 125 f.

rückzuführen und daher herauszugeben sei; bei anderen Immaterialgütern hatte etwa *Teplitzky* bereits vor der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung gefordert, konkurrierende Einflüsse nur dann abzuziehen, wenn sie auf eigenen Schutzrechten beruhten.<sup>1435</sup> Nach der Rechtsprechung waren aber eigene Leistungen des Verletzers im Bereich der Produktgestaltung und eigene Absatzmöglichkeiten ebenfalls gewinnmindernd zu berücksichtigen: Im Fall *Tchibo/Rolax II* etwa wurde dem Verletzten nur ein Teil des Verletzergewinns zugestanden, da nicht angenommen werden könne, dass jeder einzelne Kaufentschluss allein aufgrund des imitierten Aussehens und nicht aufgrund anderer, etwa vertriebsspezifischer Elemente wie den auffallend niedrigen Preis, getroffen worden sei.<sup>1436</sup> Diese Problematik hat *von der Osten* schließlich als eine von drei entscheidenden Hürden für die Etablierung des Herausgabeanspruchs auf den Verletzergewinn ausgemacht,<sup>1437</sup> zumal nach dieser Ermittlungsmethode ein Abschöpfungsbetrag über dem Betrag nach der Lizenzanalogie kaum zu erwarten war.<sup>1438</sup>

Der BGH hat in seiner *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung auch hierzu Stellung genommen. Das Kausalitätserfordernis führe nicht dazu, dass Vertriebsleistungen des Verletzers geschützt würden, sondern solle lediglich in solchen Fällen eine Differenzierung ermöglichen, in denen das unter Verletzung des Schutzrechts hergestellte Erzeugnis „keine identische Nachbildung“ darstelle oder „sonst besondere Eigenschaften“ aufweise, die für den erzielten Erlös von Bedeutung seien.<sup>1439</sup> *Zahn* interpretiert dies so, dass unter den verschiedenen denkbaren Faktoren, die neben einer Schutzrechtsverletzung zur Generierung von

---

<sup>1435</sup> *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Aufl., Kap. 34 Rn. 33; dazu *Tilmann* GRUR 2003, 647, 649; für das Patentrecht vgl. *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 264; *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 618 f.; zu den Auswirkungen der Wesenunterschiede der gewerblichen Schutzrechte im Übrigen *Zahn*, Verletzergewinn, S. 132 f.

<sup>1436</sup> BGH GRUR 1993, 55, 59 – *Tchibo/Rolax II*; ähnlich BGH GRUR 1961, 354, 355 f. – *Vitasulfal*; dazu *Zahn*, Verletzergewinn, S. 125 f. sowie *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 260 und *Tilmann* GRUR 2003, 647, 649, jeweils m.w.N.

<sup>1437</sup> Neben dem Abzug der anteiligen Gemeinkosten und fehlender Nachprüfbarkeit durch einen Wirtschaftsprüfer, vgl. *v. d. Osten* GRUR 1998, 284, 285 ff.

<sup>1438</sup> Vgl. BGH GRUR 1993, 55, 59 – *Tchibo/Rolax II*; BGH GRUR 1987, 37, 40 – *Videolizenzvertrag*; *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 264 f.; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 260 m.w.N.

<sup>1439</sup> BGH GRUR 2001, 329, 332 – *Gemeinkostenanteil*; insoweit krit. *Tilmann* GRUR 2003, 647, 651.



Umsatzerlösen beitragen können, „normale“ unternehmerische Leistungen nicht mehr berücksichtigungsfähig seien, auch wenn sie sich im Umsatzergebnis positiv niederschlugen.<sup>1440</sup> Nach der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung soll jedenfalls zwar eine Differenzierung nach Verursachungsanteilen des Verletzergewinns stattfinden. Abzugsfähig sollen dabei aber nur solche Gewinnanteile sein, die aufgrund von Besonderheiten des unter Verletzung eines oder mehrerer Schutzrechte hergestellten *Gegenstandes* selbst erwirtschaftet wurden;<sup>1441</sup> für außerhalb des Gegenstandes liegende Faktoren insbesondere aus dem allgemeinen Unternehmensbereich, wie zum Beispiel besondere Vertriebsleistungen zur Absatzförderung, gilt das im Umkehrschluss gerade nicht.<sup>1442</sup>

Abzugsfähig können danach Verursachungsanteile etwa in Form gewichtiger gemeinfreier Elemente innerhalb des Verletzungsgegenstands<sup>1443</sup> oder weiterer, möglicherweise sogar verletzereigener Schutzrechte<sup>1444</sup> sein. Hätte nach der Lebenserfahrung die rechtsverletzende Nutzung gar nicht oder jedenfalls nicht mit Gewinn stattfinden können, soll die Kausalität bei 100 % angesetzt werden können.<sup>1445</sup> Keine Berücksichtigung sollen dagegen solche Leistungen des Verletzers finden, die aus dem allgemeinen Unternehmensbereich außerhalb des schutzrechtsverletzenden Gegenstandes stammen,<sup>1446</sup> wie etwa Werbewirkungen, Preispolitik etc.<sup>1447</sup>

Die Bestimmung des kausal auf die Rechtsverletzung zurückzuführenden Umsatzerlöses lässt sich nach diesen Vorgaben kaum pauschal vornehmen. Sie ist

---

<sup>1440</sup> Vgl. *Zahn*, Verletzergewinn, S.131; krit. zur Rspr. dagegen *Grabinski* GRUR 2009, 260, 265.

<sup>1441</sup> BGH GRUR 2001, 329, 332 – *Gemeinkostenanteil*; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 127; krit. *Tilmann* GRUR 2003, 647, 651.

<sup>1442</sup> *Zahn*, Verletzergewinn, S. 127 mit Bezug auf BGH GRUR 2001, 329, 332 – *Gemeinkostenanteil*; krit. *Tilmann* GRUR 2003, 647, 651.

<sup>1443</sup> Vgl. etwa OLG Hamburg ZUM-RD 2007, 29, 33 f.; *Grabinski* GRUR 2009, 260, 264 m.w.N.

<sup>1444</sup> Vgl. BGH GRUR 2006, 419, 420 – *Noblesse*.

<sup>1445</sup> Vgl. zum Urheberrecht *J. B. Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, UrhG, § 97 Rn. 79; zum Markenrecht *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vorbem. §§ 14-19d Rn. 238, 244 m.w.N.; zum Patentrecht OLG Karlsruhe Mitt. 2001, 447, 450.

<sup>1446</sup> Vgl. BGH GRUR 2001, 329, 332 – *Gemeinkostenanteil*; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 127.

<sup>1447</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 261.

im Einzelfall zu treffen.<sup>1448</sup> Zum Teil wurden die Unterscheidungskriterien des BGH insoweit auch als schwierig auszulegen und „kaum einleuchtend“ kritisiert.<sup>1449</sup> Die Möglichkeit der richterlichen Schätzung der Verursachungsanteile nach § 287 ZPO<sup>1450</sup> macht in der Praxis jedenfalls eine möglichst exakte Eingrenzung der berücksichtigungsfähigen Faktoren nicht obsolet.<sup>1451</sup> Es ergeben sich hierbei Besonderheiten sowohl hinsichtlich unterschiedlicher Produktarten als auch hinsichtlich der unterschiedlichen Schutzgegenstände des gewerblichen Rechtsschutzes.<sup>1452</sup>

#### **(3) Keine doppelte Berücksichtigung von Verursachungsanteilen**

Auch die oben behandelten Kostenabzugsregeln nach der *Gemeinkostenanteil-*Entscheidung beruhen auf einer Bewertung von Verursachungsanteilen.<sup>1453</sup> Da der allgemeine Unternehmensbereich hierbei bereits berücksichtigt wird – man denke etwa an Vertriebs- und Werbekosten – sollen die diesen Kosten zugrundeliegenden Faktoren nach Ansicht von *Zahn* nicht ein zweites Mal „verwertet“ werden, indem ihnen ein Teil des Erlöses zugerechnet und dieser vom herauszugebenden Gewinns abgezogen würde.<sup>1454</sup> Dem ist zuzustimmen. Die auf die ei-

---

<sup>1448</sup> Ebenso *Runkel* WRP 2005, 968, 975.

<sup>1449</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 261 f.; ähnlich *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 619 („zweifelhaft“); krit. auch *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 893 sowie *Tilmann* GRUR 2003, 647, 651.

<sup>1450</sup> BGH GRUR 2002, 532, 535 – *Unikatrahmen*.

<sup>1451</sup> Ähnlich *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 623.

<sup>1452</sup> Vgl. *Zahn*, Verletzererwerb, S. 132 f.; so sollen etwa die Grundsätze zur Ermittlung des maßgeblichen Erlöses innerhalb einer Gesamtvorrichtung, die für das Patentrecht zur Bestimmung der angemessenen Lizenzgebühr entwickelt wurden, auf die Berechnung des kausalen Verletzererwerbs übertragbar sein, *Zahn*, Verletzererwerb, S. 136 f. m.w.N.

<sup>1453</sup> Dazu bereits oben Kap. III. E. 5. a) (5); vgl. auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 286; *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 884; *Runkel* WRP 2005, 968, 970.

<sup>1454</sup> *Zahn*, Verletzererwerb, S. 127. *Zahn* unterscheidet darüber hinaus bezogen auf den Vertrieb des rechtsverletzenden Produkts zwischen einer (unzulässigen) Kausalitätsaufteilung des *Absatzes* in Abgrenzung zu der des *Umsatzes*. Hinsichtlich des Absatzes sei immer denkbar, dass die Kaufentscheidung neben der Verletzungshandlung als solcher auf ganz anderen Tatsachen beruhen könne, wie etwa auf einem günstigen Preis oder einem weit gefächerten Filialnetz des Endverkäufers. Es sei insoweit bereits fraglich, ob sich eine Aufteilung insoweit, auch im Rahmen der Schätzung nach § 287 ZPO, überhaupt anstellen lasse, es müsse eher von einer einheitlichen Kaufentscheidung ausgegangen werden. Es dürfe im Übrigen nicht so getan werden, als hätte nur ein Teil der vertriebenen Gegenstände das Schutzrecht verletzt; vielmehr griffe jeder einzelne Gegenstand in den Schutzbereich des Schutzrechts ein. Die Absatzleistungen des Verletzers würden bereits dadurch hinreichend berücksichtigt, dass dieser die auf die Verletzungsprodukte entfallenden, unmittelbar zurechenbaren Kosten erlösmindernd in Abzug bringen dürfe. Hinsichtlich jedes einzelnen produzierten Stücks sei dann aber beim *Umsatz* der Verursachungsanteil bestimmter – vor allem gegenstandsbezogener – Faktoren abzuziehen, vgl. *Zahn*, Verletzererwerb, S. 128 ff., 131.

gene Vertriebsleistung in Abgrenzung zur widerrechtlichen Schutzrechtsnutzung entfallenden Erfolgsanteile am Verletzergewinn sind gedanklich zu trennen von der Frage, welche Kosten bei der Gewinnberechnung abgezogen werden können. Ein Faktor kann entweder auf der Investitionsseite – beim Kostenabzug – oder auf der Wirkungsebene – bei den Kausalitätsanteilen – berücksichtigt werden.

Dies gilt allerdings nur, soweit die Investitionen gerade kausal auf die Schutzrechtsverletzung zurückzuführen sind und die rechtsverletzende Produktion oder der rechtsverletzende Betrieb die Investitionen kausal verursacht hat und diese nicht auch ohne den Verletzungsgegenstand angefallen wären,<sup>1455</sup> denn dann wäre der einzelne Faktor weder als Kosten- noch als Verursachungselement berücksichtigungsfähig. Für eigene Vertriebsleistungen, denen nach der Rechtsprechung des BGH auf der Kostenseite gerade nicht-abzugsfähige Gemeinkosten entsprechen, fordert daher auch *Helms*, dass sie keinesfalls „durch die Hintertür“ der Erlösquotelung nach Kausalitätsgesichtspunkten doch noch Berücksichtigung finden sollten.<sup>1456</sup>

Diese Ableitungen aus den höchstrichterlichen Vorgaben lassen sich vor allem mit der Präventionsfunktion der Berechnungsmethode nach dem Verletzergewinn begründen: Damit der Verletzer keinen Vorteil aus der Verletzung behält, darf er zwar seine auf den Verletzungsgegenstand bezogenen Kosten in Ansatz bringen, darüber hinaus jedoch nur profitieren, wenn es „besondere“, berechtigte Gründe hierfür gibt.<sup>1457</sup>

<sup>1455</sup> Dazu bereits oben Kap. III. E. 5. a) (5); *Pross FS Tilmann* 2003, S. 881, 886.

<sup>1456</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 262.

<sup>1457</sup> Vgl. BGH GRUR 2001, 329, 332 – *Gemeinkostenanteil*; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 127.

**(4) *Rechtmäßiges Alternativverhalten***

Im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht wurde wie auch später im Rahmen des § 10 Abs. 1 UWG<sup>1458</sup> diskutiert, inwieweit ein – tatsächliches oder hypothetisches – nicht verletzendes Verhalten und der daraus tatsächlich oder hypothetisch resultierende Gewinn zur Ermittlung des kausal auf der Rechtsverletzung beruhenden Gewinnanteils herangezogen werden sollten.<sup>1459</sup> Dabei werden folgende Berechnungsmethoden als alternativ gegenübergestellt: Ermittelt man den kausalen Gewinn, in dem man berechnet, inwieweit der Gewinn ohne den Eingriff nicht angefallen wäre, oder ermittelt man einen Gewinnbetrag, der nur in der Differenz zwischen diesem Gewinn und einem hypothetischen Gewinn besteht, den der Verletzer ohne den Eingriff wahrscheinlich auf andere Weise erzielt hätte?<sup>1460</sup>

*Kraßer* sieht im Ansatz der Rechtsprechung vor der *Gemeinkostenanteil-*Entscheidung, dem Verletzten nur einen der Bedeutung seines Immaterialguts im Gesamtkomplex der gewinnerzeugenden Faktoren entsprechenden Gewinnanteil zuzusprechen, insoweit einen „Mittelweg“.<sup>1461</sup> Eine andere Ansicht hält den Unterschied zwischen den beiden Berechnungsarten zumindest für das Patentrecht für einen rein methodischen, der sich inhaltlich und im Ergebnis nicht auswirke.<sup>1462</sup> Beide Wege zielten darauf ab, den gerade durch die rechtswidrige Benutzung des fremden Immaterialgutes erzielten Gewinn festzustellen.<sup>1463</sup> Dem ist allerdings nur insoweit zuzustimmen, als für die Bestimmung des hypothetischen Gewinns ohne Schutzrechtsverletzung nicht ein Umsatz hinzugedacht wird, wie er unter Einsatz eines entsprechenden, aber rechtmäßig lizenzierten

---

<sup>1458</sup> Dazu gleich unten Kap. III. E. 6. b) (4).

<sup>1459</sup> S. beispielsweise, jew. m.w.N., *Fischer*, Schadenberechnung, S. 117; *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 264; *Zahn*, Verletzererfolg, S. 132 ff., insb. Fn. 489 f.

<sup>1460</sup> *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 264.

<sup>1461</sup> *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 264.

<sup>1462</sup> *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 618.

<sup>1463</sup> *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 619.

Rechtsgutes hätte erwirtschaftet werden können.<sup>1464</sup> Im Rahmen der Ermittlung des Verletzergewinns als Alternative der dreifachen Schadensberechnung wird tatsächlich regelmäßig gerade kein Vergleich mit dem hypothetischen Erlös gezogen, den der Verletzer hätte aus eigener Kraft erwirtschaften können. Der Verletzer darf also einen hypothetischen Gewinn, den er ohne Eingriff in das fremde Schutzrecht wahrscheinlich auf andere Weise erzielt hätte, nicht in Abzug bringen, wenn der Gewinnanteil bereits anderweitig ermittelt wurde.<sup>1465</sup>

Das Ermittlungsmodell nach dem hypothetischen Gewinn wird zum Teil als unzulässiger Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens abgelehnt.<sup>1466</sup> Tatsächlich kann sich auf den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens grundsätzlich der Rechtsverletzer berufen, der geltend machen kann, der Schaden wäre auch entstanden, wenn er sich rechtmäßig verhalten hätte.<sup>1467</sup> Das macht der Verletzer beim Abzug anderer kausal wirkender Faktoren anhand eines rechtmäßigen Vergleichsverhaltens aber gerade nicht; wie *Zahn* richtig ausführt, wäre dann in der Regel nämlich gar kein Schaden entstanden.<sup>1468</sup> Der BGH hat daher bereits in der Entscheidung *Tchibo/Rolex II* klargestellt, dass es sich bei der Heranziehung eines rechtmäßigen Vergleichsverhaltens zur Ermittlung der Kausalanteile gerade nicht um eine Form des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens handelt.<sup>1469</sup>

Die Frage der Zulässigkeit oder Erforderlichkeit eines Vergleichs mit einem tatsächlichen oder hypothetischen „Nichtverletzungsgewinn“ entscheidet sich vielmehr nach anderen Gesichtspunkten. Denkbar wäre zunächst etwa, den Gewinn heranzuziehen, der erfahrungsgemäß durch den Absatz ähnlicher Produkte

<sup>1464</sup> Vgl. dazu noch unten Kap. III. E. 6. b) (4) (e); in diesem Sinne versteht wohl auch *Meier-Beck* den hypothetischen Gewinn, vgl. *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 619.

<sup>1465</sup> *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn 67.

<sup>1466</sup> Etwa *Lütje* in *Möhring/Nicolini*, UrhG, § 97 Rn. 174.

<sup>1467</sup> Statt aller *Palandt/Grüneberg* Vorb v § 249 Rn. 64.

<sup>1468</sup> *Zahn*, Verletzergewinn, S. 135.

<sup>1469</sup> BGH GRUR 1993, 55, 59 – *Tchibo/Rolex II*; zust. *Zahn*, Verletzergewinn, S. 135 m.w.N.

ohne Rechtsverletzung erzielt wird; wird nun ein vorteilhafteres Ergebnis erzielt, könnte aus einem Vergleich der Erlöse auf den Verursachungsanteil der Rechtsverletzung geschlossen werden.<sup>1470</sup> Auch bei einem Vergleich mit einer anderen, rechtmäßigen Produktion des selben Unternehmens ist allerdings die Vergleichbarkeit der zugrundeliegenden, unterschiedlichen Faktoren fraglich; dies gilt umso mehr bei einem Vergleich mit dem tatsächlichen Gewinn eines Dritten.<sup>1471</sup> Es ließe sich darüber hinaus die Überlegung anstellen, welche wirtschaftlichen (Rest-) Handlungen dem Verletzer hypothetisch gesehen noch möglich wären, wenn der Verletzte seinen Unterlassungsanspruch voll geltend gemacht hätte.<sup>1472</sup> Die Differenz ergäbe dann den Verursachungsanteil der Rechtsverletzung am Gesamterlös.

Aufgrund der wesensmäßigen Unterschiede schon innerhalb der gewerblichen Schutzrechte als Produktions- und Bezeichnungsrechte<sup>1473</sup> käme es dabei zu ganz unterschiedlichen „Restverwertungshandlungen“.<sup>1474</sup> Dies entspräche der Rechtsprechung, die auch nach der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung zu dem Ergebnis kommt, dass insbesondere bei Kennzeichenrechtsverletzungen häufig nicht die Herausgabe des gesamten Gewinns in Betracht komme, da der geschäftliche Erfolg in vielen Fällen nicht ausschließlich und noch nicht einmal überwiegend auf der Verwendung des fremden Kennzeichens beruhe.<sup>1475</sup> Die Methode scheidet dagegen von vorneherein, wenn ein Gewinn auf diese Weise

---

<sup>1470</sup> Zahn, Verletzererwerb, S. 133 m.w.N.

<sup>1471</sup> Zahn, Verletzererwerb, S. 134 f.; für den Fall etwa, dass „sich jemand schon vorher in nicht verletzender Weise tatsächlich betätigt hat und diese Tätigkeit nun mit einer unerlaubten verbessert und ergänzt“, findet sich etwa bei Fischer die Annahme, dass nur der aus diesem Wechsel gewonnene „Mehrvorteil“ herauszugeben sei, da nur er auf der Rechtsverletzung beruhe, s. Fischer, Schadenberechnung, S. 117 m.w.N.

<sup>1472</sup> Vgl. Zahn, Verletzererwerb, S. 133.

<sup>1473</sup> Nach einer Zusammenfassung E. Körners unterscheidet sich innerhalb der gewerblichen Schutzrechte der „Zuweisungsgehalt“ der Produktionsrechte (Patente, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster und Sortenschutzrechte) von demjenigen der Bezeichnungsrechte (Namens-, Firmen-, Warenzeichen- und Ausstattungsrechte) insoweit, als die Produktionsrechte den geschützten Gegenstand selbst der alleinigen Berechtigung des Rechteinhabers zuweisen, während sich der Zuweisungsgehalt der Bezeichnungsrechte darauf beschränke, dem Rechteinhaber ausschließlich eine bestimmte Herkunftsvorstellung zuzuweisen, ohne dass die Herstellung oder der Vertrieb des Produkts selbst hiervon tangiert wären. Der Zuweisungsgehalt der Bezeichnungsrechte umfasse mithin nur einen eingeschränkten Teilbereich des vertriebenen Gegenstandes, nämlich die Vorstellung über seine Herkunft, E. Körner GRUR 1980, 204; vgl. auch Ullmann GRUR 1978, 615, 17.

<sup>1474</sup> Zahn, Verletzererwerb, S. 133 mit Bezug auf E. Körner GRUR 1980, 204 f.

<sup>1475</sup> BGH GRUR 2006, 419, 420 – Noblesse; vgl. dazu noch unten Kap. III. E. 6. c) (2) (a).

nicht erzielbar wäre; in diesem Fall soll der gesamte Gewinn dem Schutzrechtsverstoß zuzurechnen sein.<sup>1476</sup> Sie könnte andererseits dann Aufschlüsse geben, wenn der Verletzergewinn sich vor allem aus einer durch die Schutzrechtsverletzung ermöglichten Preiserhöhung oder Kostenreduzierung ergibt.<sup>1477</sup>

Allerdings dürfte für diese Ermittlungsmethode seit der *Gemeinkostenanteil-*Entscheidung des BGH zumeist kein Raum mehr sein.<sup>1478</sup> Denn der BGH lässt darin auch hinsichtlich der Verursachungsanteile eine Berücksichtigung nur besonderer, unmittelbar auf den Verletzungsgegenstand bezogener Faktoren zu. Ergäbe sich nun aus dem Vergleich mit einem hypothetischen oder tatsächlichen Alternativgewinn eine Differenz, so verbliebe der Restgewinn beim Verletzer, auch wenn diese auf den „allgemeinen“, nicht berücksichtigungsfähigen Unternehmensbereich zurückzuführen wäre. Dies widerspräche den höchstrichterlichen Vorgaben zur Gewinnberechnung, die in dieser Weise nicht durch einen „Pauschalvergleich“ umgangen werden dürfen; die Unrechtsgewinnermittlung über einen Vergleich der Gewinne aus schutzrechtsverletzenden mit solchen aus nicht schutzrechtsverletzenden Produktionen wird daher höchstens noch in Ausnahmefällen in Betracht kommen.<sup>1479</sup>

#### (5) *Mittelbare Gewinne*<sup>1480</sup>

Bei der Herausgabe des Verletzergewinns gelten als kausal verursachte Unrechtsgewinne auch solche Gewinne, die mit einer rechtmäßigen Produktion erwirtschaftet wurden, auf deren Absatz sich aber ein eigenständiges, schutz-

---

<sup>1476</sup> *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vorbem. §§ 14-19d, Rn. 238; *J. B. Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, UrhG, § 97 Rn. 79; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 134 mit Verweis auf OLG Karlsruhe Mitt. 2001, 447, 450.

<sup>1477</sup> *Zahn*, Verletzergewinn, S. 134 mit Verweis auf RGZ 43, 56, 61 – *Maischverfahren*.

<sup>1478</sup> *Zahn*, Verletzergewinn, S. 136; ähnlich wohl *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 618, der sich zur Berechnung anhand des hypothetischen Gewinns nur in der Vergangenheitsform und bezüglich der früheren Rechtsprechung äußert.

<sup>1479</sup> *Zahn*, Verletzergewinn, S. 136.

<sup>1480</sup> Ausführlich, auch zu den einzelnen Schutzrechten, vgl. *Zahn*, Verletzergewinn, S. 137 ff.

rechtsverletzendes Nebenprodukt positiv ausgewirkt hat.<sup>1481</sup> Auch hier greift gegebenenfalls die richterliche Schätzung nach § 287 ZPO zur Festsetzung eines bestimmten Gewinnanteils.<sup>1482</sup> Wegen des Rückgriffs auf §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 668 BGB sollen nach einer Ansicht auch Zinsen herauszugeben sein.<sup>1483</sup> Gewinn-Gewinne, die durch Weiterwirtschaften mit dem Verletzererfolg erzielt wurden, sind dagegen nicht umfasst,<sup>1484</sup> anders jedoch solche Gewinne, die sich aus zwingenden Anschlussgeschäften ergeben, da sie auf der Verletzung beruhen.<sup>1485</sup>

#### **(6) Zusammenfassung**

Bei der dritten Schadensberechnungsart ist der Verletzererfolg nur insoweit herauszugeben, als er ursächlich auf die Rechtsverletzung zurückzuführen ist. Die Rechtsprechung beurteilt dies allerdings zu Recht nicht im Sinne einer adäquaten Kausalität, sondern anhand einer rechtlichen Bewertung der verschiedenen konkurrierenden Verursachungsanteile, die zu dem geschäftlichen Erfolg geführt haben;<sup>1486</sup> diese Wertung soll vergleichbar sein mit der Bestimmung von Mitverschuldensanteilen im Rahmen des § 254 BGB.<sup>1487</sup> Soll ein bestimmter Verursachungsfaktor mindernd berücksichtigt werden, so kann er nur entweder beim Kostenabzug oder als Kausalitätsanteil in Anrechnung gebracht werden. Eine zu schematische Berechnung etwa anhand eines hypothetischen Gewinns aus einem nicht-verletzenden Produkt widerspricht der höchstrichterlichen Vorgabe, nach der in jedem Einzelfall eine wertende Gewichtung der Verursachungsanteile, gegebenenfalls unter Rückgriff auf das Schätzungsermessen nach § 287 ZPO, vorzunehmen ist. Auch zur Gewährleistung einer präventiven Wir-

---

<sup>1481</sup> BGH GRUR 1962, 509, 512 – *Dia-Rähmchen II* m. krit. Anm. Moser v. Filsek; BGH GRUR 2002, 532, 535 – *Unikatrahmen*; Tilmann GRUR 2003, 647, 651; Zahn, Verletzererfolg, S. 138 und zu den einzelnen Schutzrechten S. 142 ff.

<sup>1482</sup> BGH GRUR 2002, 532, 535 – *Unikatrahmen*; BGH GRUR 1962, 509, 512 – *Dia-Rähmchen II*.

<sup>1483</sup> Etwa Zahn, Verletzererfolg, S. 139.

<sup>1484</sup> BGH GRUR 1962, 509, 512 – *Dia-Rähmchen II*; zust. Zahn, Verletzererfolg, S. 138 m.w.N.; krit. Dreier, Kompensation und Prävention, S. 284.

<sup>1485</sup> BGH GRUR 2007, 431, 435 – *Steckverbindergehäuse*.

<sup>1486</sup> BGH GRUR 2009, 856, 860 – *Tripp-Trapp-Stuhl*; BGH GRUR 2007, 431, 434 – *Steckverbindergehäuse*; OLG Frankfurt GRUR-RR 2003, 274, 278 – *Vier-Streifen-Kennzeichnung*.

<sup>1487</sup> BGH GRUR 2007, 431, 434 – *Steckverbindergehäuse* m.w.N.



kung sollen dabei nur besondere, gewichtige Faktoren gewinnmindernd berücksichtigt werden können. Gewinn-Gewinne sind von der Herausgabe nicht mehr umfasst, andere mittelbare Gewinne wie Zinsen oder Gewinne aus zwingenden Anschlussgeschäften sowie Gewinne, die auf eine Umsatzsteigerung durch eine gesonderte Schutzrechtsverletzung zurückgehen, können jedoch je nach Fallgestaltung herausverlangt werden. Nach der sich nun anschließenden allgemeinen Darstellung der Kausalitätsfragen zu § 10 Abs. 1 UWG wird bei der Untersuchung zur Übertragbarkeit und Praktikabilität der genannten Berechnungsgrundsätze auf und für die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung auf einzelne der genannten Aspekte noch näher eingegangen.

### **b) Anforderungen an den Zusammenhang zwischen Zuwiderhandlung und Unrechtsgewinn im Rahmen des § 10 UWG**

Die für die dritte Schadensberechnungsart entwickelten Grundsätze zu den Kausalitätsanforderungen gelten nach der herrschenden Meinung dem Grunde nach auch für den Gewinnabschöpfungsanspruch im Lauterkeitsrecht: Zwischen Gewinnerzielung und Zuwiderhandlung muss ein Kausalzusammenhang bestehen,<sup>1488</sup> für den Fall, dass die Höhe des Gewinns streitig bleibt, verweist die Gesetzesbegründung auf die Vorschrift des § 287 ZPO.<sup>1489</sup> Dennoch ergeben sich in mindestens dem gleichen Maße wie bei der immaterialgüterrechtlichen Gewinnherausgabe Probleme im Detail, die vor allem aus der Sorge vor mangelnder Praktikabilität der Gewinnabschöpfung erwachsen.

Tatsächlich scheint bei der Zurechnung kausaler Unrechtsgewinnanteile im Lauterkeitsrecht für viele Fallgruppen ein geradezu strukturelles Problem zu beste-

---

<sup>1488</sup> Mit ausdrücklichem Verweis auf die Grundsätze zur Herausgabe des Verletzergewinns *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 7; i.E. ebenso v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 215; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 97; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 123; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 98 f.; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 135; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 141; *Mönch* ZIP 2004, 2032.

<sup>1489</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

hen,<sup>1490</sup> weshalb im folgenden Abschnitt der Untersuchung die wesentlichen Streitpunkte und Lösungsvorschläge hierzu besprochen werden. Dazu werden zunächst grundsätzliche Fragen und Auffassungen zum Kausalitätserfordernis abgehandelt und anschließend anhand einzelner lauterkeitsrechtlicher Fallgruppen beispielhaft umrissen, inwieweit in ihnen Probleme beim Kausalitätsnachweis bzw. der Ermittlung des kausalen Unlauterkeitserfolgs bereits angelegt sein können. Zuletzt wird auf die umstrittene Frage der Berücksichtigung eines „lauteren Alternativverhaltens“ bei der Kausalitätsprüfung eingegangen, bevor zum nächsten Abschnitt dieses Kapitels und zu der Frage übergeleitet wird, ob und inwieweit die aufgeworfenen Probleme mithilfe der Erkenntnisse zur Verletzererfolgsherausgabe im Immaterialgüterrecht gelöst werden können.

Von den hier behandelten Kausalitätsfragen gilt es im Übrigen das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ zu unterscheiden, das in erster Linie die Anforderungen an den Zusammenhang zwischen kausaler Gewinnerzielung und Abnehmerbenachteiligung beschreibt<sup>1491</sup> und das später außerhalb des Kapitels zur Gewinnberechnung gesondert dargestellt wird.<sup>1492</sup>

#### **(1) Ansatz einer Gesamtbetrachtung nach Goldman und Micklitz**

Der exakte Nachweis der unmittelbar aufgrund der Zuwiderhandlung beim Täter entstandenen Unrechtserlöse oder –gewinne ist gerade im Lauterkeitsrecht vielfach unmöglich;<sup>1493</sup> entgegen der herrschenden Ansicht will daher *Goldmann* aus Gründen der Teleologie sowie aus Praktikabilitäts Gesichtspunkten an Stelle

---

<sup>1490</sup> Zu den Fallgruppen im Einzelnen vgl. sogleich unten Kap. III. E. 6. b) (3).

<sup>1491</sup> Nach *Bauer* würde im Übrigen die Bedeutung des Merkmals „zu Lasten“ überfrachtet, wenn seinetwegen die Kausalitätsprüfung durch eine „quasi-konditionelle Prüfung“ ersetzt würde, vgl. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 142, die allerdings die Kausalitätsprüfung ihrerseits immer wieder mit dem Merkmal „zu Lasten“ koppelt, s. etwa *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 146 ff.

<sup>1492</sup> Insbesondere zur Frage möglicher Auswirkungen des Merkmals „zu Lasten“ auf die Gewinnermittlung vgl. unten Kap. III. F. 2. d).

<sup>1493</sup> Vgl. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 7; *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 143; *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 43; *Sack* WRP 2003, 549, 553 f.; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 121; aber auch bereits *Grauel/Luhrenberg* WRP 1980, 521, 523, 525; vgl. näher unten ab Kap. III. E. 6. b) (3).

des kausalen einen *konditionalen* Zusammenhang ausreichen lassen.<sup>1494</sup> Um das Ziel der Schaffung sowohl einer wirkungsvollen Sanktion und eines Abschreckungsinstruments<sup>1495</sup> gegen massenhaften unlauteren Wettbewerb zu erreichen, sei im Ergebnis nicht derjenige Gewinn abzuschöpfen, der erzielt werde, *weil* unlauter gehandelt, sondern derjenige, der entstehe, *wenn* unlauter gehandelt werde.<sup>1496</sup> Hierfür nimmt *Goldmann* auch eine recht weite Auslegung des Merkmals „hierdurch“ vor.<sup>1497</sup>

Im Ergebnis wäre damit der gesamte zeitlich nach dem Wettbewerbsverstoß entstandene Gewinn, der mit den beworbenen oder angebotenen Produkten erzielt wurde, vom Gewinnabschöpfungsanspruch umfasst.<sup>1498</sup> Da niemand – auch nicht das Gericht im Rahmen seiner gesetzlichen Schätzungsbefugnis nach § 287 ZPO – die Wirkung von Werbung hinreichend genau ermitteln könne, sei, so *Goldmann*, die *conditio-sine-qua-non*-Formel in diesem Fall „überfordert“.<sup>1499</sup> Der von ihm geforderte rein konditionale Zusammenhang stelle daher das „materiellrechtliche Korrelat“ zu § 287 ZPO als Prozessvorschrift dar.<sup>1500</sup> Sein Ansatz beruhe damit im Gegensatz zur streng kausalistischen Auffassung gerade nicht auf einem „realitätsfernen monokausalen Modell“, sondern berücksichtige das Zusammenspiel vielfältiger Einflüsse, die bei der Generierung eines Gewinns eine Rolle spielten.<sup>1501</sup> Hieran knüpft insbesondere *Micklitz* an, der zur Bewahrung einer effektiven Abschreckungswirkung fordert, im Wege einer teleologischen Reduktion des Kausalitätserfordernisses nach einer Gesamtbetrach-

---

<sup>1494</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 92 ff.

<sup>1495</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 93.

<sup>1496</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 92.

<sup>1497</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 93 mit Verweis auf den Entwurf von *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 125 (wo demgegenüber noch ein „strikt kausales ‚aufgrund‘“ gewählt worden sei), sowie denjenigen von *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* WRP 2002, 1317, 1322.

<sup>1498</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 93 sowie wörtlich unter Rn. 97: „Umsatzerlöse sind nach der hier vertretenen Auffassung alle Erlöse, die vom unlauter Handelnden mit den beworbenen oder angebotenen Waren oder Dienstleistungen erzielt wurden. Bei unlauterer Bewerbung von Waren oder Dienstleistungen sind nur diejenigen Umsatzerlöse relevant, die zeitlich nach der Werbeaktion angefallen sind.“

<sup>1499</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 90.

<sup>1500</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 92.

<sup>1501</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 92.

tung den gesamten Gewinn der unlauteren Werbeaktion als natürlicher Handlungseinheit abzuschöpfen.<sup>1502</sup>

Gegen den Ansatz *Goldmanns* spricht allerdings schon der Wortlaut des § 10 Abs. 1 UWG. Ließe man anstelle des kausalen einen konditionellen Zusammenhang ausreichen, so führte das schließlich nicht nur zu Beweiserleichterungen für den Anspruchsberechtigten, sondern gleichzeitig zu einer materiellen Ausweitung des Anspruchsinhaltes. Eine solche Ausdehnung *contra legem* nur zur Beseitigung – wenn auch mit Recht – befürchteter Durchsetzungsprobleme wird sich auch mit Verweis auf die *ratio legis* in der Rechtspraxis nicht durchsetzen.<sup>1503</sup> Der Wortlaut des § 10 Abs. 1 UWG ist insoweit eindeutig: „Wer vorsätzlich eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und *hierdurch* zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, kann (...) auf Herausgabe *dieses* Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden [Herv. d. Verf.]“. Der Begriff „*hierdurch*“ indiziert auch in dieser Konstellation eine kausale und nicht nur eine konditionale Beziehung zwischen Zuwiderhandlung und Gewinn.<sup>1504</sup>

Auch die Tatsache, dass der Wortlaut der Vorschrift sich im Laufe der verschiedenen Entwürfe gewandelt hat, lässt keine anderen Schlüsse zu; das Adverb „*hierdurch*“ ist insoweit nicht weniger „strikt kausal“<sup>1505</sup> als die Präposition „aufgrund“.<sup>1506</sup> Ähnlich verhält es sich im Ergebnis mit der Wahl des Begriffs

---

<sup>1502</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 143 m.w.N.

<sup>1503</sup> *Neuberger* sieht in der Argumentation *Goldmanns*, die Ausdehnung des Zurechnungszusammenhangs auf alle im konditionalen Kontext stehenden Gewinne stärke die *ratio legis* im Sinne der Abschreckung, geradezu etwa „Tautologisches“; sie ließe sich in der Konsequenz für jede Verschärfung der Haftung ins Feld führen, müsse jedoch auch die Grenzen des ordnungspolitischen Auftrags der Gewinnabschöpfung beachten. Diesen sieht *Neuberger* in erster Linie in der Neutralisierung unlauter erlangter Wettbewerbsvorteile, vgl. *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 95 f; zu Zielrichtung und tatsächlichem Abschreckungsgehalt der Gewinnabschöpfungsvorschrift vgl. allerdings oben Kap. III. A. 4. sowie unten ab Kap. IV. C.

<sup>1504</sup> Im Ergebnis ebenso v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 215; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 7; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 122; ähnlich *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 96; a.A. wohl *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 554.

<sup>1505</sup> A.A. aber *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 93.

<sup>1506</sup> Ähnlich *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 95; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 98; *Gärtner* führt dazu aus, dass der Gesetzgeber eine dem Vorschlag *Goldmanns* entsprechende Absicht durch die

„Gewinn“ anstelle von „Mehrerlös“<sup>1507</sup> oder „Unrechtsgewinn“<sup>1508</sup>, die ebenso wenig ein Indiz für eine über den Kausalzusammenhang hinausgehende Reichweite der Gewinnabschöpfung darstellt.<sup>1509</sup> *Goldmanns* Verweis auf die Anwendbarkeit des § 287 ZPO schließlich spricht letzten Endes sogar gegen eine zu weite Ausdehnung des Zurechnungszusammenhangs: Ließe man in seinem Sinne schlichte Konditionalität zwischen Tat und Gewinn ausreichen, so wäre der Einsatz des Instruments der richterliche Schätzung meist gar nicht mehr nötig, da der erforderliche Zusammenhang durch das Gericht oder Sachverständige aus hinreichend differenziert dargestellten Verkaufszahlen abgelesen werden könnte, ohne dass es einer richterlichen Schätzung überhaupt bedürfte. Gerade bei der jetzigen, eng auszulegenden Gesetzeslage aber erlaubt die richterliche Schätzung eine praktische Handhabung der schwierigen Kausalitäts- und Zurechnungsfragen,<sup>1510</sup> auch wenn diese in der Wirklichkeit an gewisse Grenzen stößt.<sup>1511</sup>

Ohne das Erfordernis eines streng kausalen Zusammenhangs zwischen Verletzungshandlung und Gewinn wäre eine sinnvolle Eingrenzung der abzuschöpfenden Vermögenswerte nicht möglich;<sup>1512</sup> entsprechend verzichtet auch keines der übrigen Gewinnhaftungs- oder Vorteilsabschöpfungsinstitute auf die Eingren-

---

Wahl von Formulierungen wie „während“ oder „ab diesem Zeitpunkt“ – zum Ausdruck gebracht hätte; im Übrigen lege die Gesetzesbegründung zu dem insoweit identisch zu § 10 Abs. 1 UWG formulierten § 34a Abs. 1 GWB ausdrücklich eine Vorteilsberechnung analog § 17 Abs. 4 OWiG fest, im Rahmen derer ebenso ein striktes Kausalitätserfordernis gilt, vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 122 und insb. Fn. 584.

<sup>1507</sup> Etwa noch *Grauel/Luhrenberg* WRP 1980, 521 ff.; *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* WRP 2002, 1317, 1322.

<sup>1508</sup> Dazu *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 25.

<sup>1509</sup> Ebenso *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 95, der darauf hinweist, dass *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* die Begriffe „Mehrerlös“ und „Gewinn“ synonym verwenden, während *Micklitz/Stadler* ihre Studie zwar als Analyse der Perspektiven einer „Unrechtsgewinnabschöpfung“ überschreiben, im Wortlaut ihres letztendlichen Regelungsvorschlages allerdings von der Herausgabe des „aufgrund des Wettbewerbsverstoßes erlangten Gewinns“ sprechen, vgl. *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 25, 121 f., 125. *Goldmann* argumentiert hierzu, dass *Micklitz/Stadler* mit der Formulierung „aufgrund“ und *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* „auf andere Weise“ klargestellt hätten, dass es nur um den gerade aus der Unlauterkeit resultierenden Mehrerlös gehen sollte, vgl. *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 93. Angesichts der semantischen Eindeutigkeit des aktuellen Wortlautes und einer Gesetzesbegründung, nach der sich die „Höhe des Anspruchs nach dem durch den Wettbewerbsverstoß“ erzielten Gewinn bemesse, vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24, vermag diese Auslegung insgesamt nicht zu überzeugen.

<sup>1510</sup> So auch *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 96; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 7.

<sup>1511</sup> Vgl. unten Kap. III. E. 10. b) (3).

<sup>1512</sup> Vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 121.

zung durch den Kausalzusammenhang.<sup>1513</sup> Den im Rahmen der Zurechenbarkeitsprüfung entstehenden Problemen könnte eher auf prozessualer denn auf materieller Ebene begegnet werden.<sup>1514</sup> Bei allem ehrenhaften Bemühen, dem Gewinnabschöpfungsanspruch zu mehr Relevanz und dem Lauterkeitsrecht zu einer effizienteren Rechtsdurchsetzung zu verhelfen, wird *Goldmanns* Ansatz daher im Ergebnis zu Recht als zu einseitig und ergebnisorientiert kritisiert.<sup>1515</sup>

#### (2) *Unmittelbarkeitszusammenhang oder Adäquanz*

Zur Einschränkung des ausufernd weiten naturwissenschaftlichen Kausalitätszusammenhangs schlägt *Gärtner* anstelle der im Zivilrecht hierfür grundsätzlich angewandten Maßstäbe der Adäquanz und der Zurechenbarkeit<sup>1516</sup> die Übernahme des Kriteriums der Unmittelbarkeit aus den § 17 Abs. 4 OWiG, §§ 73 ff. StGB vor.<sup>1517</sup> Zum einen begründet *Gärtner* dies mit seinem Argument der systematischen Eingliederung in die Reihe der hoheitlich ausgestalteten Abschöpfungsinstitute.<sup>1518</sup> Überzeugender jedoch greift *Gärtner* einen Gedanken auf, den bereits *von Braunmühl* darlegt. Danach eignet sich die Figur der adäquaten Kausalität im Sinne einer objektiv-nachträglichen Wahrscheinlichkeitsbetrachtung zwar für die Eingrenzung einer schadensersatzrechtlichen Einstandspflicht. Der Schädiger soll für solche Folgen seines schädigenden Verhaltens nicht aufkommen, die auszulösen jenes nach der Lebenswahrscheinlichkeit gar nicht geeignet war.<sup>1519</sup> Da es dem sich vorsätzlich unlauter verhaltenden Unternehmer auf eine Gewinnerzielung ja gerade immer ankommen wird,<sup>1520</sup> wäre eine solche „nachträgliche Wahrscheinlichkeitsbetrachtung“ im Sinne der Adäquanzprüfung für

---

<sup>1513</sup> Für die hoheitlichen Abschöpfungsinstitute vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 121, 81 m.w.N.; für die Herausgabe des Verletzergewinns bei der dreifachen Schadensberechnung soeben Kap. III. E. 6. a) (1).

<sup>1514</sup> So auch *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 121.

<sup>1515</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 94.

<sup>1516</sup> Dazu s. nur Palandt/*Grüneberg* Vorb v § 249 Rn. 26 ff.

<sup>1517</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 123.

<sup>1518</sup> Dazu vgl. schon oben Kap. I. B. 1. b).

<sup>1519</sup> Vgl. nur Palandt/*Grüneberg* Vorb v § 249 Rn. 26.

<sup>1520</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 221.

§ 10 Abs. 1 UWG jedoch „nicht sachgerecht“.<sup>1521</sup> Dem Sinn und Zweck der Gewinnabschöpfung entsprechend soll dem Zuwiderhandelnden schließlich jeder Gewinn aus der vorsätzlich unlauteren Handlung genommen werden, ganz gleich mit welcher Wahrscheinlichkeit dieser zu erwarten war.<sup>1522</sup>

Mit dem Unmittelbarkeitskriterium soll im Grunde zutreffend verhindert werden, dass ein weiterer, durch den Einfluss einer zusätzlichen Kausalkette mittelbar aus dem Unrechtsgewinn erwachsender Vorteil – *Gärtner* benennt hier beispielhaft den aus dem Tatgewinn erworbenen Lottoschein – ebenso von der Abschöpfung betroffen wäre.<sup>1523</sup> Wie bei der Gewinnherausgabe nach §§ 4 Nr. 9, 9 UWG sind dagegen Gewinne aus zwingenden Folgegeschäften als unmittelbare Einnahmen anzurechnen.<sup>1524</sup>

### **(3) Grundprobleme und Fallgruppen zur Ermittlung des kausalen Unlauterkeitsgewinns**

Über die Frage der richtigen Ermittlung und der praktischen Umsetzbarkeit einer (kausalen) Gewinnermittlung im Wettbewerbsrecht überhaupt scheiden sich die Geister. Hoch umstritten ist nach wie vor, inwieweit zur Ermittlung des kausal auf der Zuwiderhandlung beruhenden Gewinnanteils ein hypothetischer Lauterkeitsgewinn als Vergleichsgröße herangezogen werden muss. In der Tat ist eine präzise Ermittlung des genau auf die Zuwiderhandlung entfallenden Gewinnanteils im Wettbewerbsrecht mit besonders hohen Schwierigkeiten verbunden, im Ergebnis wohl in vielen Fällen sogar unmöglich.<sup>1525</sup> Insoweit zeigen sich hier,

---

<sup>1521</sup> So zutreffend *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 124; i.E. ebenso schon v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 221.

<sup>1522</sup> So *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 124.

<sup>1523</sup> Vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 61 f., 123 sowie *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 126.

<sup>1524</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 126 mit Verweis auf BGH GRUR 2007, 431, 435 – *Steckverbindergehäuse*.

<sup>1525</sup> Vgl. schon *Grauel/Luhrenberg* WRP 1980, 521, 523 ff; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 7; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 143; *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 43; *Sack* WRP 2003, 549, 553 f.; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 121; krit. auch die Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 34. Der hochkomplexen Frage, inwieweit exogene und endogene Faktoren die Präferenzordnung der Abnehmer im lauterkeitsrechtlich geschützten Entscheidungsprozess beein-

wie im Anschluss dargestellt wird, einige Unterschiede, aber auch Gemeinsamkeiten im Vergleich zu den Berechnungsgrundlagen im Immaterialgüterrecht. Im Lauterkeitsrecht geht es typischerweise um die Frage, in welchem finanziellen Umfang gerade eine (einzelne) Vertriebs- oder Marketingaktion zur Erwirtschaftung des Gewinns aus einem Produkt oder einer Dienstleistung beigetragen hat. Hierzu findet sich vielerorts ein bekanntes Bonmot, das die Schwierigkeit dieser Ermittlung belegt: „Die Hälfte des Geldes, das man in die Werbung steckt, ist zum Fenster hinausgeworfen, man weiß nur nicht welche.“<sup>1526</sup>

Die Ermittlung von Verursachungsanteilen stellt sich allerdings nicht für alle Lauterkeitsverstöße in gleichem Maße als schwierig dar. In einigen Fällen erübrigt sich eine Differenzierung schon deshalb, weil die Handlung in ihrer Gesamtheit unlauter war und auf lautere Weise gar kein Gewinn erzielt worden wäre; die Literatur nennt als Beispiele hierfür die Einziehung geringer Beträge ohne Rechtsgrund oder kostenpflichtige Mehrwertdienste, die die in Aussicht gestellte Gegenleistung nicht liefern.<sup>1527</sup> Hinzu kommen könnte die Fallgruppe der Abo-Fallen im Internet,<sup>1528</sup> wobei das OLG Frankfurt inzwischen auch hier eine Differenzierung nach solchen Vertragsschlüssen vorgenommen hat, die trotz oder wegen der objektiven Unlauterkeit zustande gekommen waren.<sup>1529</sup> Äußerst schwierig dürfte dagegen – auch wegen des Zusammenwirkens mit der objektiven Bedingung der Gewinnerzielung „zu Lasten“ – die Ermittlung der kausalen Unrechtsgewinnanteile in der Fallgruppe der Vertragsabschlüsse aufgrund bzw.

---

flüssen und welche Konsequenzen sich daraus für die Anforderungen an Verbraucherinformationen ergeben, nähert *Leistner* sich auf verhaltenstheoretischer Ebene, vgl. ausführlich und instruktiv *Leistner ZGE/IPJ* 1 (2009), 3, 6 ff., 17 ff. m.w.N.

<sup>1526</sup> Nachw. bei *Sack WRP* 2003, 549, 553.

<sup>1527</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 152 f.; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 232; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 127; das Prinzip entspricht dem bei der Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung: Auch hier soll der gesamte Gewinn dem Schutzrechtsverstoß zugerechnet werden, wenn ohne den Verstoß ein nennenswerter Gewinn gar nicht hätte erzielt werden können, vgl. oben Fn. 1445.

<sup>1528</sup> Dazu *Meyer-van Raay/Deitermann VuR* 2009, 335, 339 f.; zur Frage der Vorsätzlichkeit in diesen Fällen vgl. schon oben Kap. III. D. 5. b).

<sup>1529</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 4.12.2008, CR 2009, 253, 256 insoweit übereinstimmend mit der Parallelentscheidung OLG Frankfurt MMR 2009, 341 ff.



nach belästigender Telefon- oder E-Mail-Werbung sein,<sup>1530</sup> in denen im Vergleich zu unzulässigen Abo-Fallen ein objektives Missverhältnis zwischen dem Wert des Angebots und dem Kaufpreis vielfach gar nicht vorliegen wird. Voraussetzung für eine Gesamtbetrachtung muss jedenfalls sein, dass es sich um einen tatsächlich einheitlichen Lebenssachverhalt handelt. Entgegen der Konstruktion von *Micklitz* und *Goldmann* ergibt sich ein solcher einheitlicher Sachverhalt aber eben nicht schon daraus, dass ein einzelnes Unlauterkeitselement den übrigen Werbe- oder Vertriebsvorgang schlicht „infizieren“ würde.<sup>1531</sup>

Im Fall der prozentual genau zu bestimmenden Minderabfüllung oder Mogelpackung führt die Kausalitätsprüfung dagegen auf den ersten Blick zu leicht berechenbaren Ergebnissen. Selbst hier ist aber tatsächlich umstritten, inwieweit ein hypothetischer Lauterkeitsergebnis als Vergleichsgröße herangezogen werden kann und ob sich die Unlauterkeit nicht über den Minderungswert hinaus auf den übrigen Umsatz auswirkt.<sup>1532</sup> Noch schwieriger wird es bei vorsätzlicher Werbung mit falschen oder teils falschen, teils richtigen Testergebnissen. Überall dem liegt außerdem die Frage, ob sämtliche ursächlich wirkenden Faktoren zumindest schätzungsweise zu berücksichtigen sind; dann müssten auch Verursachungsanteile etwa von besonders umsatzfreundlichen – und großteils kaum quantifizierbaren – äußeren Umständen wie Wetter, Verkaufssituation, Preispolitik, Bekanntheit des Unternehmers etc. abgezogen werden. Dies gilt im Ergebnis für all diejenigen Fälle, in denen sich das Unlauterkeitselement als gleichberechtigter oder untergeordneter Teil eines ansonsten rechtmäßigen, komplexen Werbe- oder Vertriebsvorgangs darstellt.

---

<sup>1530</sup> Dazu noch ausführlich unter Kap. III. F. 2. e) (2).

<sup>1531</sup> So die Formulierung von *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 144; sei bei einer umfangreichen Werbeaktion nur eine einzige Aussage irreführend, sei die Anzeige insgesamt als irreführend anzusehen. *Micklitz* stellt sich hierbei ausdrücklich gegen die Praxis der Rechtsprechung im Bereich des negatorischen Rechtsschutzes, die stets nur die spezifisch unlauteren Elemente untersagt, vgl. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 144, Fn. 339.

<sup>1532</sup> Dazu sogleich unten ab Kap. III. E. 6. b) (4).

### (4) „Lauteres Alternativverhalten“ und Unlauterkeitsanteil

Bis heute heftig umstritten ist die Frage, ob bei der Anwendung des § 10 UWG zur Ermittlung des kausal auf der Unlauterkeit beruhenden Gewinnanteils ein – hypothetischer – Lauterkeitsgewinn heranzuziehen ist. Die aus einem Vergleich zwischen diesem und dem tatsächlich erwirtschafteten Gewinn gewonnene Differenz soll nach einer weit verbreiteten Literaturansicht zu einer deutlichen Verringerung der Abschöpfungssumme gegenüber einem „nur“ nach allgemeinen Kriterien ermittelten kausalen Unrechtsgewinn führen, da von diesem dann noch ein nicht auf der Verletzung beruhender Zuflussanteil abzuziehen sei.<sup>1533</sup> Der Wortlaut des § 10 Abs. 1 UWG lässt allerdings weder darauf schließen, dass der Gesetzgeber die Heranziehung eines hypothetischen Lauterkeitsgewinns vorgesehen hätte,<sup>1534</sup> noch lässt sich daraus eindeutig das Gegenteil lesen.<sup>1535</sup>

#### (a) Übersicht Meinungsstand

Nach *Sack* ist durch § 10 Abs. 1 UWG nur diejenige Rendite der Unlauterkeit abzuschöpfen, die der Zuwiderhandelnde nicht auch bei einem vergleichbaren rechtmäßigen Verhalten erwirtschaftet hätte.<sup>1536</sup> Nach dieser Ansicht wäre der Unrechtsgewinn aus einer vergleichenden Betrachtung des mit der unlauteren Handlung erzielten Gewinns mit einem hypothetischen Gewinn zu ermitteln, den der Unternehmer bei einer entsprechenden lautereren Wettbewerbshandlung erzielt hätte.<sup>1537</sup> Diese Form der Gewinnermittlung würde nach allgemeiner Ansicht erhebliche zusätzliche Berechnungsprobleme bereiten<sup>1538</sup> und soll trotz richterlicher Schätzung in den meisten Fallkonstellationen kaum handhabbar sein.<sup>1539</sup> Sie könnte damit also zu erheblicher Rechtsunsicherheit bei den klage-

---

<sup>1533</sup> Vgl. *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 97; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 127; *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 88.

<sup>1534</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 97.

<sup>1535</sup> Anders allerdings wohl *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 185.

<sup>1536</sup> *Sack* WRP 2003, 549, 554.

<sup>1537</sup> *Sack* WRP 2003, 549, 554; zust. *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 92; *Götting*, Wettbewerbsrecht, § 19 Rn. 21; *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 285.

<sup>1538</sup> *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 285; *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 82, 88; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 91, 99 f.

<sup>1539</sup> Vgl. *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 82; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 97.

beauftragten Verbänden führen und würde mit großer Wahrscheinlichkeit zur Folge haben, dass weiterhin Abschöpfungs- und damit Präventionsdefizite bestehen blieben.

Nach der Gegenansicht ist zur Feststellung, welcher Gewinn kausal gerade auf der Unlauterkeit beruht, der Vergleich mit einem hypothetischen Kausalverlauf nicht erforderlich.<sup>1540</sup> Abzuschöpfen sei der kausale Unrechtsgewinn, der dem Unternehmen ohne den Wettbewerbsverstoß nicht entstanden wäre,<sup>1541</sup> nicht (nur) dessen über einem vergleichbaren, hinzugedachten lauterem Wettbewerbs-ertrag liegender Unlauterkeitsüberschuss. Im Grunde gehe es um die Frage, ob für die Ermittlung des erforderlichen Zurechnungszusammenhangs lediglich die unlautere Handlung „hinweggedacht“ oder ob zusätzlich eine entsprechende lautere Handlung „hinzugedacht“ werden und anschließend die Differenz ermittelt werden muss.<sup>1542</sup>

Die Diskussion um den Abzug des hypothetischen Lauterkeitsergebnisses spiegelt vor allem die unterschiedlichen Auffassungen der Autoren vom Normziel der Gewinnabschöpfung wider: *Schmauß* etwa sieht den Zweck der Gewinnabschöpfung allein in der „Neutralisation von Unrechtsgewinnen“.<sup>1543</sup> Eine Gewinnabschöpfung, die den hypothetischen Lauterkeitsergebnis nicht in Abzug bringe, schöpfe nicht mehr nur den gerade durch die Zuwiderhandlung erzielten, sondern zwangsläufig auch Teile des rechtmäßig erwirtschafteten Gewinns ab.<sup>1544</sup> Dann entstehe eine abzulehnende Sanktionswirkung.<sup>1545</sup> Die Gegenan-

---

<sup>1540</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 97; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 127; *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 88; *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 185; a.A. *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 91.

<sup>1541</sup> *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 185.

<sup>1542</sup> So bereits v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 230 ff. mit Ausführungen zu unterschiedlichen Fallgruppen; ähnlich *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 124.

<sup>1543</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 91.

<sup>1544</sup> So *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 92 mit Verweis auf die Ausführungen von *Grauel/Luhrenberg* zur Übertragung der Grundsätze zur Bestimmung des Mehrerlöses auf das UWG, *Grauel/Luhrenberg*, WRP 1980, 521, 525.

<sup>1545</sup> Der von *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 92, hierzu vorgenommene Verweis auf die Gesetzesmaterialien ist allerdings strenggenommen nicht sehr aussagekräftig; zum einen betont die Bundesregierung in

sicht macht ihre Positionen an einem Beispiel deutlich: In dem von *Goldmann* gewählten Fall soll etwa eine Produktverpackung statt der angegebenen 1000g nur 900g Müsli enthalten, dabei aber den vollen Preis von zwei Euro (für 1000g) kosten.<sup>1546</sup> Nach *Schmauß* wäre aufgrund des zwingenden Vergleichs mit dem hypothetischen Lauterkeitsgewinn ein Unrechtserlös von nur 20ct pro abgesetzte Packung anzusetzen, die übrigen 180ct blieben als rechtmäßiger Erlös beim Zuwiderhandelnden.<sup>1547</sup> Nach der Gegenansicht ist jedoch jedes einzelne Gramm um 11,1 % überteuert und nimmt „am täuschenden Effekt der Mogelpackung teil“. <sup>1548</sup> Nach einer einheitlichen Betrachtungsweise wären dann die gesamten zwei Euro Grundlage für die Berechnung des Unrechtsgewinns.<sup>1549</sup>

#### **(b) Kein Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens**

Das Modell, nach dem zur Ermittlung des Unrechtsgewinns ein hypothetischer Lauterkeitsgewinn von dem aus der Zuwiderhandlung gezogenen Vorteil abzuziehen ist, wird von einigen Autoren strukturell mit dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens im Schadensrecht in Verbindung gebracht.<sup>1550</sup> Letzterer begrenzt innerhalb von Kausalketten die Haftbarkeit eines Rechtsverletzers auf solche Fälle, in denen der Erfolg nicht auch ohne die Verletzungshandlung eingetreten wäre; umgekehrt kann sich der Schädiger mit dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens von der Haftung befreien, wenn die Beeinträchtigung auch dann eingetreten wäre, wenn er sich rechtmäßig verhalten hätte.<sup>1551</sup>

---

ihrer Gegenäußerung gerade das Präventionsziel des § 10 UWG, zum anderen spricht sie sich lediglich gegen eine Belastung des Zuwiderhandelnden über den erzielten *Gewinn* – und nicht *Unrechtsgewinn* – hinaus aus, vgl. BT-Drucks. 15/1487, S. 43.

<sup>1546</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 87.

<sup>1547</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 92, der hier allerdings unzutreffend von einem „Gewinn“ spricht, welcher sich jedoch selbstverständlich erst nach Abzug der Kosten errechnet.

<sup>1548</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 87; dem folgend *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 143 sowie *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 156 Fn. 734.

<sup>1549</sup> Vgl. *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 87 f.; ähnlich über den Weg einer teleologischen Reduktion des Kausalitätserfordernisses *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 142.

<sup>1550</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 124 f.; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 151; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 127; *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 185.

<sup>1551</sup> Vgl. statt aller Palandt/*Grüneberg* Vorb v § 249 Rn. 64.

Dieser Einwand ist von der Kausalität zwischen Zuwiderhandlung und Gewinnerzielung jedoch grundsätzlich zu trennen.<sup>1552</sup> Nach *Gärtner* lässt sich der Schadensersatzrechtliche Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens schon aus systematischen und Wertungsgründen nicht auf die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung übertragen.<sup>1553</sup> Dem ist zuzustimmen. Allerdings nicht, wie *Goldmann* argumentiert, wegen des Sanktions- und Abschreckungszwecks des Anspruchs, der „für hypothetische Erwägungen keinen Raum“ lasse.<sup>1554</sup> Die Haftungsbeschränkung berücksichtigt vielmehr Realisierungen des allgemeinen Lebensrisikos, für die der Schädiger nicht eintreten soll bzw. für die eine geeignete und angemessene Lastenverteilung vorgenommen werden muss. Auf eine solche Betrachtung des allgemeinen Lebensrisikos oder einer angemessenen Lastenverteilung kann es im Falle einer – zumal nach dem aktuellen Wortlaut vorsätzlichen – lauterkeitswidrigen Handlung nicht ankommen.<sup>1555</sup>

Wenn *Gärtner* allerdings argumentiert, es liege schließlich noch nicht einmal eine Beeinträchtigung vor, hinsichtlich derer eine sachgerechte Einstandspflicht überhaupt herausgearbeitet werden müsste – da es vielmehr allein um die Zuordnung eines rechtswidrig erlangten Vorteils gehe<sup>1556</sup> –, kann dem nur eingeschränkt gefolgt werden. Immerhin rechtfertigt sich der Gewinnabschöpfungsanspruch auch dadurch, dass mit ihm das „rationale Desinteresse“<sup>1557</sup> an der Durchsetzung durchaus vorhandener Gewährleistungs- oder Kompensationsansprüche der Abnehmer neutralisiert werden soll. Eine Beeinträchtigung besteht also sehr wohl, ihre Erforderlichkeit manifestiert sich im Tatbestandteil „zu Lasten“. Gerade dessen Reichweite und konkrete Anforderungen sind jedoch

---

<sup>1552</sup> Vgl. zur dreifachen Schadensberechnung BGH GRUR 1993, 55, 59 – *Tchibo/Rolox II*; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 133 ff. sowie bereits oben Kap. III. E. 6. a) (4).

<sup>1553</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 125 f.

<sup>1554</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 86; dem folgend *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 145.

<sup>1555</sup> Vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 126; ähnlich *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 127 m.w.N.

<sup>1556</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 126.

<sup>1557</sup> *Hopt/Baetge* in *Basedow/Hopt et. al.*, Bündelung gleichgerichteter Interessen, S. 46.; vgl. zum Regelungshintergrund auch oben Kap. II. C. 1. a) (1).

nach wie vor äußerst umstritten und vor allem die dem Grundgedanken der Bagatell- und Streuschäden zugrundeliegenden Fallgruppen derart heterogen, dass sich daraus eine allgemeingültige Argumentation zur Auslegung des Zurechnungszusammenhangs zwischen Gewinnerzielung und Unlauterkeitshandlung tatsächlich kaum wird ableiten lassen.

#### **(c) Gewinn- oder Mehrerlösabschöpfung**

Im Rahmen der Mehrerlösabschöpfung nach § 34 GWB a.F. wurde zur Ermittlung des „Mehrerlöses“ dem tatsächlich erwirtschafteten Gewinn ein hypothetischer, auf marktgerechten Preisen beruhender Erlös gegenübergestellt und zur Ermittlung des kausalen Kartellerlöses dann die Differenz der beiden Werte errechnet.<sup>1558</sup> An diesem Grundsatz hat sich nach wohl herrschender Meinung auch mit der Neuformulierung „Vorteilsabschöpfung“ in §§ 34, 34a GWB nichts geändert.<sup>1559</sup> Teilweise wird daher auch die Abkehr vom – im ursprünglichen Professorenentwurf zum UWG noch enthaltenen<sup>1560</sup> – Begriff der „Mehrerlösabschöpfung“ hin zum Begriff der „Gewinnabschöpfung“ als Indiz gegen die Berücksichtigung eines hypothetischen Lauterkeitserlöses als Vergleichsbetrag gelesen.<sup>1561</sup>

Die Ermittlung des Mehrerlöses in § 34 GWB a.F. bereitete gerade aufgrund dieses Erfordernisses, der Berechnung unbekannter hypothetischer Marktergebnisse zugrunde zu legen, in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten,<sup>1562</sup> die auch mit der neuen Regelung nicht aus der Welt sein werden, obgleich der Gesetzgeber mit der Novellierung des GWB auch insoweit eine Erleichterung schaffen wollte.<sup>1563</sup> *Meessen* weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die betref-

---

<sup>1558</sup> Nachw. bei *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 220.

<sup>1559</sup> Dazu und zur selben Problematik bei § 33 Abs. 3 S. 3 GWB s. näher unten ab Kap. III. E. 7. b); vgl. auch *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 220; *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 185.

<sup>1560</sup> *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* WRP 2002, 1317, 1322, 1327.

<sup>1561</sup> Vgl. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 152; *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 80.

<sup>1562</sup> Vgl. *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, § 34 Rn. 15 ff.

<sup>1563</sup> Dazu unten ab Kap. III. E. 7. b).

fenden Ermittlungsgrundsätze auf die Zeit der 50er Jahre zurückgingen, in denen vor Einführung des GWB am 1.1.1958 die Preise in großen Teilen noch nicht dem Markt von Angebot und Nachfrage überlassen, sondern behördlich festgelegt wurden, somit ein vorgegebener „legaler“ Preis die Basis für eine Differenzberechnung zum tatsächlich erzielten Erlös bildete.<sup>1564</sup> Nachdem mit Einführung des GWB und dem zeitgleichen Inkrafttreten der Art. 85 und 86 EWG-Vertrag die freie, marktbezogene Preisentwicklung gestärkt, gleichzeitig aber mit dem damaligen § 38 Abs. 3 GWB[1957]<sup>1565</sup> die im Kern bis heute bestehende (dreifache) Mehrerlösabführung aus § 8 WiStG in das Kartellrecht übernommen wurde, musste an dessen Stelle der fiktive Wettbewerbspreis treten, d.h. der Preis, der sich bei ungestörtem Wettbewerb erwartungsgemäß ergeben hätte.<sup>1566</sup> Dieser stellte und stellt eine wesentlich problematischere Berechnungsgrundlage dar, zumal gerade die Freiheit des Wettbewerbs dazu dienen soll, dass sich der angemessene Preis über den „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“<sup>1567</sup> ermittelt. Auch die im Zuge der 4. Novelle des GWB eingeführte Ermächtigung zur Schätzung des Mehrerlöses,<sup>1568</sup> nach dem Vorbild des § 8 Abs. 3 WiStG, konnte diese Schwierigkeiten nicht gänzlich beseitigen.<sup>1569</sup>

### (d) Präventionsaspekte

Wesentlich stärker als die vorgenannten Berechnungsprobleme scheint allerdings ein anderer Gesichtspunkt gegen die Abzugsfähigkeit des gesamten hypothetischen Lauterkeitserlöses zu sprechen, nämlich der Präventionsauftrag des § 10 UWG. Beließe man dem Zuwiderhandelnden denjenigen Teil des Gewinns,

<sup>1564</sup> Meessen WuW 2004, 733, 739 m.w.N.

<sup>1565</sup> BGBl I 1957, S. 1081, 1089; dazu Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34 Rn. 6.

<sup>1566</sup> Vgl. Meessen WuW 2004, 733, 739.

<sup>1567</sup> Meessen WuW 2004, 733, 739 verweist für die theoretischen Grundzüge insoweit auf die gleichlautende Monografie von Hayeks aus dem Jahr 1968, vgl. v. Hayek, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, S. 1 ff.

<sup>1568</sup> Vgl. § 37b Abs. 3 S. 1, § 38 Abs. 4 S. 2 GWB[1980], entspr. § 34 Abs. 3 S. 1, § 81 Abs. 2 S. 2 GWB[1998], heute übernommen in § 34 Abs. 4 S. 1 GWB; der Problematik, dass „die Berechnung der Bußgeldhöhe nach dem Mehrerlös mit großen Schwierigkeiten verbunden ist, die vielfach einer gerechten Sanktion im Wege stehen“, wollte der Gesetzgeber aber primär mit der Anhebung des allgemeinen Bußgeldrahmens begegnen, vgl. Begr. RegE GWB[1980], BT-Drucks. 8/2136, S. 27.

<sup>1569</sup> Zum Ganzen eingehend, auch mit Beispielen gescheiterter Ermittlungsversuche in der Praxis Meessen WuW 2004, 733, 739 ff. m.w.N.; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34 Rn. 15 ff.

den er bei einer lautereren Werbemaßnahme ohnehin erwirtschaftet hätte, so verlöre § 10 UWG nach Ansicht einiger Autoren einen Großteil seiner abschreckenden Wirkung.<sup>1570</sup> So betont etwa *Goldmann*, um eine wie immer geartete Prävention zu erreichen, dürfe der Zuwiderhandelnde nicht in der Sicherheit belassen werden, in keinem Fall mehr als den konkret durch die Unlauterkeit erzielten Gewinn herausgeben zu müssen.<sup>1571</sup> *Goldmann* befürchtet andernfalls bildhaft eine Art „geltungserhaltender Reduktion“ der jeweiligen Wettbewerbs-handlung, welche im Zweifel dazu führen würde, dass den lauterkeitswidrig Handelnden gegenüber dem lauter Handelnden kein gesteigertes Risiko treffe.<sup>1572</sup> Da eine vorsätzlich unlautere Werbung sorgfältig in ihrer Wirkung berechnet sei, gebiete daher der Präventions- und Sanktionszweck des § 10 UWG eine einheitliche Betrachtungsweise, die (hypothetische) Lauterkeitsanteile außer Acht lasse.<sup>1573</sup> Nach der Gegenansicht soll hingegen die Abschreckungswirkung nicht zunichte gemacht, sondern nur verringert werden, wenn es zu einer Art „geltungserhaltender Reduktion“ komme.<sup>1574</sup>

Es lässt sich an dieser Stelle in gewisser Weise ein Vergleich ziehen zur Diskussion um die Lizenzanalogie als Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht. Auch dort lässt sich ein Präventionsausfall feststellen, wenn der Verletzer für den Fall, dass er bei einer Rechtsverletzung erwischt wird, nicht schlechter steht, als er im Fall einer ordnungsgemäßen Lizenzierung stünde.<sup>1575</sup> Aus ähnlichen Gründen wird auch im Rahmen der Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs. 4 OWiG die Berücksichtigung hypothetischer Einnahmen abgelehnt; dem Täter fehle jeglicher Anreiz zu ordnungsgemäßem Handeln, wenn er trotz seines

---

<sup>1570</sup> Vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 125; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 97; ähnlich *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 88.

<sup>1571</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 88.

<sup>1572</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 88.

<sup>1573</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 87 f.

<sup>1574</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 128.

<sup>1575</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 139.



Rechtsverstoßes behandelt würde, als habe er sich rechtmäßig verhalten.<sup>1576</sup> Im Rahmen des § 10 UWG bleibt allerdings stets zu beachten, dass der dominierende Präventionszweck der Norm von einem zugleich vermögensordnenden Ansatz durchaus begrenzt wird.<sup>1577</sup>

### (e) Stellungnahme

Richtigerweise ist das Hinzudenken eines hypothetischen Kausalverlaufs zum einen zu unterscheiden von einer Ausdifferenzierung des Unternehmergewinns nach Lauterkeits- und Unlauterkeitsanteilen,<sup>1578</sup> zum anderen von der „normativen Korrektur“ der Kausalitätsprüfung,<sup>1579</sup> die insbesondere *Köhler* – dies sei an dieser Stelle kurz vorweggenommen<sup>1580</sup> – aufgrund der Formulierung „zu Lasten“ vornimmt. Nach *Köhler* muss der herauszugebende Unrechtsgewinn identisch mit der Summe der Vermögensnachteile der Abnehmer sein, da der Gewinnabschöpfungsanspruch quasi an die Stelle der nicht realisierten Abnehmerforderungen trete.<sup>1581</sup> Indem *Köhler* aufgrund des Tatbestandsmerkmals „zu Lasten“ die Gewinnberechnung grundsätzlich nach den kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln durchgeführt wissen will, kommt er bei der Fallgruppe der Mogelpackung rechnerisch zum selben Ergebnis, als ginge er von der Differenz zu einem hypothetischen Lauterkeitsgewinn aus: Nach einem von *Köhler* gewählten Beispiel aus der Fallgruppe der Mogelpackung beträgt der Kaufpreis dieser Mogelpackung 5 €, wobei der Unternehmer 2 € Gewinn macht. Der Preis ist bis auf den Umfang des Minderungsanspruchs von 1 € angemessen. Nach *Köhler* ist pro Packung von den 2 € Gesamtgewinn aus dem Vertrieb des Produkts dann je-

---

<sup>1576</sup> Vgl. OLG Hamburg NJW 1971, 1000, 1002 (zu § 13 Abs. 4 OWiG a.F.); *Mitsch* in KK-OWiG, § 17 Rn. 120; für § 34 GWB *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34 Rn. 20; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 218 m.w.N., der insoweit zwischen dem Hinzudenken eines legalen Einsatzes der Mittel und dem legalen Sockelbetrag als Differenz zwischen hypothetischem und tatsächlichem Marktpreis unterscheidet, vgl. *Sieme* a.a.O., S. 219 f.

<sup>1577</sup> Vgl. oben Kap. III A. 4. c) (1).

<sup>1578</sup> Anders aber wohl *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 141; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 82 ff.; *Sosnitza* GUR 2003, 739, 746; *Sack* WRP 2003, 549, 554.

<sup>1579</sup> Vgl. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 149.

<sup>1580</sup> Näher unten Kap. III. F. 2. c) (2).

<sup>1581</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 10.

weils nur 1 € Unrechtsgewinn herauszugeben.<sup>1582</sup> Auf dasselbe Ergebnis kämen die Vertreter der Berechnungsmethode nach dem hypothetischen Lauterkeitsergebn. Denn der Minderungsanspruch ist, vereinfacht gesagt, der Unterschied zwischen „Leistung“ und „Schlechtleistung“; sein Gegenwert entspricht im Falle einer gezielten, wettbewerbsrechtlich relevanten Minderleistung der Differenz zwischen dem hypothetischen Lauterkeits- und dem tatsächlichen Gewinn.

Auf die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „zu Lasten“ sowie die unterschiedlichen Ansätze zu dessen Auslegung wird wie erwähnt weiter unten eingegangen. Im Ergebnis allerdings sind die Darlegungen *Köhlers* wie auch *Schmauß*’ bezogen auf die Mogelpackungen zunächst von bestechender Klarheit und Nachvollziehbarkeit. Tatsächlich ist für deren Schlussfolgerungen aber weder eine Einschränkung über das Merkmal „zu Lasten“, noch der Vergleich mit einem hypothetischen Unlauterkeitsergebn erforderlich.

Bei allen unterschiedlichen Standpunkten bleibt nämlich eines zu berücksichtigen: Wenn man bei der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung einen hypothetischen Lauterkeitsergebn abziehen möchte, dann darf dies nur eine Methode sein, um den kausal auf die Unlauterkeit zurückzuführenden Gewinnanteil einzugrenzen. Es darf also nicht darum gehen, eine Art Unlauterkeitsmehrwert gegenüber einer vergleichbaren Wettbewerbshandlung zu ermitteln, bei dem an die Stelle des Unlauterkeitselements eine entsprechende lautere Fiktion gesetzt wird. Der Unterschied sei an einem Beispiel verdeutlicht: Im Internet existieren diverse gegen Preisangabenrecht verstoßende Angebote, bei denen der Abnehmer davon ausgeht, eine üblicherweise kostenlos verfügbare Software auch in diesem Fall kostenlos herunterladen zu können, und nicht bemerkt, dass er eine Verpflichtung in Form eines teuren Abonnements eingeht.<sup>1583</sup> In diesem Fall legt es der Anbieter mit seinem Geschäftsmodell gerade darauf an, dass der Abneh-

---

<sup>1582</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 10.

<sup>1583</sup> Diese Fallkonstellation lag der Entscheidung OLG Frankfurt MMR 2009, 341 ff. zugrunde.

mer sich in die Irre führen lässt.<sup>1584</sup> In solchen Fällen wäre es verfehlt, wollte man dem Unrechtsgewinn nun einen hypothetischen Gewinn gegenüberstellen, den der Anbieter in lauterer Weise hätte erwirtschaften können – etwa mit einem entsprechenden Geschäftsmodell, dessen Kostenpflichtigkeit in adäquater, jeden Irrtum ausschließender Form kenntlich gemacht wäre. Dies wäre zunächst hochspekulativ und würde die Präventionswirkung der Gewinnabschöpfung deutlich verringern. Darüber hinaus würde es aber auch der Tatsache nicht gerecht, dass das gesamte Geschäft auf der Irreführung beruht.<sup>1585</sup> Daher muss in solchen Fällen der gesamte Gewinn dem Wettbewerbsverstoß zugerechnet werden, so dass der Anbieter nur seine entsprechenden Kosten in Abzug bringen kann.<sup>1586</sup>

Es sollte also vielmehr lediglich – ob mit oder ohne hypothetischem Vergleichsgewinn und insoweit nicht anders als bei der Verletzergevinnaftung im Immaterialgüterrecht – in einem Fall, in dem ein einheitlicher Vorgang voneinander trennbare unlautere und lautere Elemente hat, bei der Bestimmung der Kausalität zwischen diesen differenziert werden.<sup>1587</sup> Dies hat nichts mit dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens<sup>1588</sup> oder dem Hinzudenken eines hypothetischen Lauterkeitsverlaufs zu tun. Oder umgekehrt betrachtet: Die Vergleichshypothese darf höchstens den Zustand ohne Unlauterkeitsanteil beschreiben; unzulässig wäre ein hypothetischer Alternativentwurf, der nicht einfach nur den Unlauterkeitsanteil aus der Handlung subtrahiert, wie es die Kausalitätsprüfung tut, sondern ein vergleichbares, aber lauterer Element an dessen Stelle setzt.<sup>1589</sup>

---

<sup>1584</sup> Dazu näher *Meyer-van Raay/Deitermann* VuR 2009, 335, 340.

<sup>1585</sup> Hinzu kommt, dass in diesem besonderen Fall ein lauterer Geschäftsmodell gegen Entgelt kaum denkbar ist, da *Open-Source-Software* regelmäßig unproblematisch und kostenlos über das Internet verfügbar ist; zur Problematik des Begriffspaares „*Open Source*“ und „*Freie*“ Software vgl. [http://de.wikipedia.org/wiki/Open\\_Source](http://de.wikipedia.org/wiki/Open_Source) [zuletzt aufgerufen am 19.4.2011].

<sup>1586</sup> Entsprechendes gilt im Falle eines Schutzrechtsverstoßes, ohne den ein Gewinn nicht denkbar wäre, vgl. noch einmal oben Fn. 1445 sowie *Zahn*, Verletzergevinnaftung, S. 134 mit Verweis auf OLG Karlsruhe Mitt. 2001, 447, 450.

<sup>1587</sup> Ähnlich *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 127 f.

<sup>1588</sup> A. A. wohl *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 154 f.

<sup>1589</sup> Insofern vermögen die historischen Argumentationen mit dem terminologischen Unterschied zwischen „Gewinn“ und „Unrechtsgewinn“ nicht ganz zu überzeugen, vgl. aber *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 93.

### **(5) Zwischenergebnis**

Die Ermittlung des kausalen Unrechtsgewinnanteils ist für § 10 Abs. 1 UWG nicht durch einen rein konditionalen Zusammenhang ersetzbar; auch der Präventionszweck der Norm ändert hieran nichts, wird er doch durch den vermögensordnenden Ansatz des Gesetzgebers begrenzt. Einer zu weiten Auslegung steht insoweit außerdem der Wortlaut der Norm entgegen. Damit bleiben schon bei der materiellen Bestimmung des abzuschöpfenden kausalen Unrechtsgewinns zum Teil ganz erhebliche Probleme bestehen. Denn auch wenn wie soeben gezeigt die in der Literatur stark problematisierte Ermittlung eines hypothetischen Lauterkeitsergebnisses im Sinne eines *zusätzlichen* Abzugspostens hierzu gar nicht erforderlich ist: Für einzelne Fallgruppen, etwa die belästigende Werbung, die Werbung mit unzutreffenden Testergebnissen oder allgemeiner betrachtet alle Fallkonstellationen, in denen sich das Unlauterkeitselement als eines innerhalb eines komplexen Werbe- oder Vertriebsvorgangs darstellt, steht der Anspruchsinhaber bei der Benennung des kausalen Unrechtsanteils vor ganz erheblichen Problemen. Inwieweit diese durch die Erfahrungen aus der Praxis der dritten Schadensberechnungsmethode tatsächlich entschärft werden können, wird nun unmittelbar im Anschluss untersucht.

### **c) Übertragbarkeit der Grundsätze zur Berücksichtigung von Verursachungsanteilen aus dem Immaterialgüterrecht auf § 10 Abs. 1 UWG**

Die Grundsätze, nach denen im Bereich der Immaterialgüterrechte und des hier insoweit mitbehandelten wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes die Frage des angemessenen Kausalitätsabschlags bei der Ermittlung des Verletzererfolgs gehandhabt wird, wurden bereits oben dargelegt. Wie gezeigt ist auch hier und auch nach der neueren Rechtsprechung seit der *Gemeinkostenanteil-*Entscheidung eine pauschalisierte Berechnungsformel für die Ermittlung von Verursachungsanteilen am Verletzererfolg nicht denkbar,<sup>1590</sup> die unterschiedli-

---

<sup>1590</sup> Vgl. oben Kap. III. E. 6. a) (2).

chen Verletzungs-, vor allem aber Schutzrechtsarten<sup>1591</sup> erfordern vielmehr stets eine einzelfallabhängige Feststellung der kausalen Unrechtsanteile.

So hängt etwa die Gewichtung der einzelnen Verursachungsfaktoren untereinander auch davon ab, um welche Art von Produkt es sich bei den Verletzungsgegenständen handelt, um ein Produkt des täglichen Bedarfs zum Beispiel oder um ein Produkt, dessen Erwerb typischerweise eine „komplexe Entscheidungsfindungsphase“ vorangeht. Je nach Einzelfall können dann Kriterien wie die Kennzeichnung, technische Vorteile, Bekanntheit etc. eine unterschiedliche Rolle spielen.<sup>1592</sup> Vor der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung taten sich denn die Gerichte nicht nur hinsichtlich des Kostenabzugs, sondern auch bezüglich der Berücksichtigung unterschiedlicher Arten von Verursachungsanteilen schwer; der unternehmerische Ertrag aus Produktion und Vertrieb eines immaterialrechtlich geschützten Gegenstandes – hier eines Patents – wurde zum Beispiel neben den erfindungsbezogenen technischen Vorteilen auf mehrere weitere Ursachen wie „Werbung, Qualität und Größe der Vertriebsorganisation, das Ansehen des Unternehmens, besondere Geschäftsbeziehungen und dergleichen mehr“ zurückgeführt, die dementsprechend bei der Gewinnermittlung alle berücksichtigt werden sollten.<sup>1593</sup> Auch in diesem Punkt hat sich die Rechtsprechung seit der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung in eine für den Verletzten grundsätzlich günstigere Richtung entwickelt.<sup>1594</sup>

Es ist allerdings – wie auch schon bezüglich der Regeln des Kostenabzugs – zunächst zu klären, ob für eine direkte Übertragung dieser Grundsätze auf die Auslegung des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs die erforderliche Grundlage besteht. Der Gewinnabschöpfungsanspruch verfolgt seine Prä-

---

<sup>1591</sup> Zur Einteilung der Schutzrechte in Produktions- und Bezeichnungsrechte vgl. noch einmal *E. Körner* GRUR 1980, 204; *Zahn*, Verletzerertrag, S. 133 ff.

<sup>1592</sup> *Zahn*, Verletzerertrag, S. 132.

<sup>1593</sup> OLG Düsseldorf Mitt. 1998, 358, 363 – *Durastep*; dazu *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 259 f.

<sup>1594</sup> Vgl. oben Kap. III . E. 6. a) (2).

ventionsziele schließlich zunächst vor einem vermögensordnenden, die dritte Schadensberechnungsmethode hingegen vor einem kompensatorischen Hintergrund. Ein Großteil der systematischen Argumente zur Verletzergewinnberechnung im Immaterialgüterrecht lässt sich im Übrigen nicht mit der von einer individuellen Betroffenheit gelösten Verbandsklage in § 10 UWG vereinbaren; denn insoweit machen dogmatisch wie wertungsbezogen einen Sinn weder die Fiktion, der Kläger hätte den Gewinn selbst erwirtschaften können und mache daher seinen entgangenen Gewinn geltend, noch die Konstruktion, nach der sich der fahrlässige Rechtsverletzer wie ein angemessener Eigengeschäftsführer behandeln lassen müsse. Dies liegt vor allem an dem ganz gravierenden Strukturunterschied zwischen dem objektbezogenen Sonderrechtsschutz der Immaterialgüterrechte und dem handlungsbezogenen Lauterkeitsrecht.<sup>1595</sup>

Schon angesichts der deutlichen Querverweise in den Gesetzmaterialien liegt neben der Heranziehung von Abgrenzungskriterien aus anderen Abschöpfungsinstrumenten, wie *Gärtner* sie vornimmt,<sup>1596</sup> dennoch die Frage nahe, inwieweit Ableitungen aus der *Gemeinkostenanteil*- und den folgenden Entscheidungen zur dritten Schadensberechnungsart Licht ins Dunkel der Kausalitätsfragen zur lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung zu bringen vermögen. Zwar beziehen sich die ausdrücklichen Hinweise in den Gesetzesmaterialien vor allem auf die Abzugsfähigkeit von Kosten, es findet sich aber auch der allgemeine Verweis auf die Ermittlung des Unrechtsgewinns im Immaterialgüterrecht.<sup>1597</sup> Im Übr-

---

<sup>1595</sup> Zur Abgrenzung der Immaterialgüterrechte zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz sei noch einmal verwiesen auf *Sambuc* in Harte/Henning, UWG, Einl. F Rn. 193 ff.; § 4 Nr. 9 Rn. 6 f.; *Fezer* GRUR 1986, 485, 490 ff.

<sup>1596</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 123 f.

<sup>1597</sup> Die Begründung zu § 10 UWG verweist zwar nur – und auch das nicht einmal ausdrücklich – auf den Tenor der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung zum Kostenabzug, nicht aber auf deren Feststellungen zur Kausalität, vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24 sowie bereits Begr. RefE UWG, abgedr. GRUR 2003, 298, 310; spätestens in der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/1487, S. 43, liest sich der Verweis jedoch hinreichend weit: „Das Verfahren der Gewinnermittlung ist auch im Streitfall durchaus praktikabel. Schon nach derzeit geltendem Recht wird eine Gewinnermittlung in einzelnen Fällen in der Praxis durchgeführt. So stellt etwa der Verletzergewinn eine Möglichkeit der Berechnung des Schadenersatzanspruchs aufgrund einer Verletzung von Marken-, Patent- und Urheberrechten dar. Auch im UWG ist diese

gen hängt die Frage des Kostenabzugs mit der der Verursachungsanteile zusammen.<sup>1598</sup> Vor allem hinsichtlich der Präventions- und Abschöpfungsperspektive – denn insoweit hat sich die dritte Schadensberechnungsart von ihren kompensatorischen Wurzeln weitgehend emanzipiert<sup>1599</sup> –, aber auch durch das Element der Kompensation von Durchsetzungsdefiziten weisen schließlich beide Institute gemeinsame Normrichtungen auf. Damit liegen die den Ansprüchen zugrundeliegenden gesetzgeberischen Wertungen und Billigkeitserwägungen, wenn auch dogmatisch ganz unterschiedlich „verpackt“, doch wieder sehr nah beieinander.

Der BGH hat schließlich mit den Vorgaben, die die immaterialgüterrechtliche Rechtsprechung seit dem Jahr 2000 prägen, auch hinsichtlich der Berücksichtigungsfähigkeit von Mitverursachungsfaktoren und Nebeneffekten bei der Gewinnermittlung der dritten Schadensberechnungsmethode zu deutlich mehr Durchsetzungspotential verholfen. Es liegt daher nahe, im Sinne einer praktikablen und systemverträglichen Anwendbarkeit des § 10 Abs. 1 UWG auf diese Grundsätze soweit als möglich zurückzugreifen. Hierbei sind die sogleich dargestellten strukturellen Unterschiede zwischen den lauterkeitsrechtlichen Fallgruppen und denen der Verletzung „klassischer“ Immaterialgüterrechte zwar grundsätzlich zu beachten. Darüber hinaus ergeben sich allerdings insbesondere im Bereich der Kennzeichenrechtsverletzungen bei der Gewichtung verschiedener Verursachungsanteile Fragestellungen und Probleme, die denen der lauterkeitsrechtlichen Fallgruppen ähnlich sind und deren Handhabung in der Praxis für die Anwendung des § 10 Abs. 1 UWG von großem Interesse ist. Auf diese wird daher anschließend näher eingegangen.

---

*Schadenberechnung in den Fällen des Leistungsschutzes und des Geheimnisverrats anerkannt [...]. Soweit dem Gläubiger die Grundlagen für die Berechnung des Gewinns nicht bekannt sind, hat er in der Regel gegen den Zuwiderhandelnden einen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB. [...] Aufgrund dieser Auskunft kann dann im Einzelfall der Gewinn berechnet werden. Es bestehen bei der Gewinnermittlung demnach keine Schwierigkeiten, die nicht auch bei einer Vielzahl anderer Ansprüche entstehen könnten.“*

<sup>1598</sup> Dazu schon oben Kap. III. E. 5. a) (5).

<sup>1599</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 2009, 856, 862 f. – *Tripp-Trapp-Stuhl* zur Frage des Abschöpfungsumfang gegenüber einer Verletzerkette, vgl. näher unten ab Kap. III. G. 2. b) (3).

#### **(1) Relevanz der Strukturunterschiede für die lauterkeitsrechtlichen Fallgruppen**

Die strukturellen Unterschiede zwischen dem objektbezogenen Sonderrechtsschutz der klassischen Immaterialgüterrechte und dem handlungsbezogenen Lauterkeitsrecht<sup>1600</sup> wirken sich weit mehr als bei der Frage der Kostenzuordnung bei der Ermittlung der auf die Verletzung bezogenen Kausalanteile am Unrechtsgewinn aus. Der Gewinn aus einer Urheber- oder Patentrechtsverletzung ergibt sich regelmäßig<sup>1601</sup> aus der Veräußerung oder sonstigen Verwertung eines unter Verletzung des Schutzrechts hergestellten Gegenstands oder Werkes. Dabei wird der gesamte Veräußerungsgewinn bei der Ermittlung des Unrechtsgewinns insbesondere dadurch beschränkt, dass eventuelle auf gemeinfreie, berechtigterweise genutzte oder eigenschöpferische, also nicht-verletzende Bestandteile des Gegenstandes entfallende Anteile von der Herausgabepflicht ausgenommen sind.<sup>1602</sup> Insoweit besteht keine Kausalität mehr zwischen Verletzungshandlung und Ertrag.<sup>1603</sup> Die Rechtsverletzung liegt in diesen Fällen in der Verwertung einer geschützten immateriellen Eigentumsposition, der sich die hierdurch erzielten Erlöse als Gegenwert der Veräußerung, Verbreitung oder Aufführung häufig unmittelbar kausal zurechnen lassen.<sup>1604</sup> Wer etwa unlizenziert Konsumgüter, technische Geräte oder Musik vertreibt, muss den Verletzerertrag auf Grundlage der hiermit erzielten Erlöse berechnen lassen. Daher lässt sich regelmäßig der Gewinn aus den Umsatzerlösen eines konkreten „Verletzungsprodukts“<sup>1605</sup> errechnen.

---

<sup>1600</sup> Vgl. etwa oben Kap. III. 5. b) (3) (a).

<sup>1601</sup> Zum Sonderfall der rein innerbetrieblichen Nutzung eines technischen Schutzrechts etwa zur Verfahrensoptimierung s. *Haedicke* GRUR 2005, 529, 531.

<sup>1602</sup> BGH GRUR 1993, 55, 59 – *Tchibo/Rolux II*.

<sup>1603</sup> Vgl. nur *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 67; *J. B. Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, UrhG, § 97 Rn. 79.

<sup>1604</sup> Auch hier existieren natürlich problematischere Konstellationen, man denke etwa an den Verkauf gebrauchter Gegenstände unter urheber- oder markenrechtswidriger Darstellung des Logos oder Katalogfotos in Internet-Auktionsforen; zu Konstellationen mit erschwerter Zuordnung der Kausalanteile auch im Immaterialgüterrecht vgl. daher sogleich unten Kap. III. E. 6. c) (2).

<sup>1605</sup> *Meier-Beck* GRUR 2005, 617, 619.



Im Lauterkeitsrecht dagegen finden sich außer der Fallgruppe der Füllmengenunterschreitungen oder der Mogelpackungen nur selten Fälle, in denen sich die lauterkeitsrechtliche Verletzungshandlung als solche unmittelbar in einem – veräußerungsfähigen – Verletzungsgegenstand, hier etwa der gegenüber der erwarteten oder angegebenen Füllmengenangabe reduzierten Produkteinheit, niederschlägt. Vielmehr werden zumeist Produkte, die für sich genommen rechtmäßig hergestellt und/oder vertrieben werden, in einer Weise beworben, die im Gegensatz zu den Vorschriften zur Wahrung der Lauterkeit im Wettbewerb steht, wie etwa im bisher entschiedenen Fall der Werbung mit unzutreffenden Testurteilen, allgemeiner bei intransparenten Verkaufsförderungsmaßnahmen, der Irreführung etwa nach dem Katalog der § 5 Abs. 1, 4 UWG oder durch Unterlassen der Informationen nach § 5a UWG, sowie bei Geschäftsabschlüssen, die aufgrund einer unlauteren Kontaktaufnahme im Direktmarketing nach § 7 Abs. 1, 2 UWG zustande kommen.

Es sind schließlich gerade im Lauterkeitsrecht Konstellationen denkbar, in denen sich die absatzfördernde Wirkung einer Werbemaßnahme nicht auf das unmittelbar beworbene Produkt beschränkt bzw. gar nicht unmittelbar auf dieses abzielt. Dabei zeigt beispielhaft die Fallgruppe von nicht ausreichend vorrätig gehaltenen „Lockangeboten“ (vgl. Nr. 5 Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG), dass eine Beschränkung der kausalen Unlauterkeitsgewinnermittlung ausschließlich auf die konkret beworbenen Produkte unter dem Gesichtspunkt der Prävention zu kurz griffe. Der Gewinn des Unternehmers ergibt sich in diesen Fällen regelmäßig aus der gesteigerten Anziehungswirkung, von der seine Filialen mit einem solchen Angebot profitieren, nicht aber aufgrund der konkreten Verkäufe der oft unter dem Marktpreis angebotenen Lockwaren.<sup>1606</sup> Gerade um Sinn und Zweck der konkret verletzten Verbotsnorm zu entsprechen, wird *Goldmann* solche Fälle im Blick haben, wenn er eine einheitliche Betrachtung des Gesamtgeschehens

---

<sup>1606</sup> Ausführlich zu den Voraussetzungen dieser Fallgruppe *Bornkamm* in Köhler/Bornkamm, UWG, Anh. zu § 3 Abs. 3 Rn. 5.1 ff. m.w.N.

fordert: Schließlich setze, wer vorsätzlich eine unlautere Werbung veröffentlichte, ganz bewusst auf einen dadurch erzeugten Anlockeffekt und auf die Gesamtwirkung der Werbemaßnahme.<sup>1607</sup>

Im für den Rechtsanwender besten Fall kann auch bei einem Wettbewerbsverstoß außerhalb § 4 Nr. 9 UWG die Verletzungshandlung einem oder mehreren vertriebenen Produkten zugerechnet werden. Dann berechnet sich der nach § 10 Abs. 1 UWG abzuschöpfende Gewinn wie in der Gesetzesbegründung ausgeführt aus denjenigen Erlösen, die aus den unlauter beworbenen oder unlauter angebotenen Waren und Dienstleistungen erzielt wurden.<sup>1608</sup> Auch in solchen, einfach gelagerten Konstellationen geht allerdings schon allein die Kaufentscheidung des Abnehmers und damit der daraus entstehende Gewinn meist auf ein „Bündel“ von Ursachen – innerhalb und außerhalb der Werbemaßnahme, des Angebots, des Abnehmers – zurück.<sup>1609</sup> Für ein bestimmtes Verhalten am Markt ist in vielen Fällen ein ganzes „Konglomerat“ an Motiven ausschlaggebend.<sup>1610</sup> Darüber hinaus stellen sich diverse Werbekampagnen gerade großer Anbieter als eine breite Streuung verschiedener Werbeelemente wie Fernsehspots, Plakatwerbung etc. dar. So kann etwa eine Werbung aus wahren und unwahren Aussagen bestehen. Schließlich sind auch Effekte zu berücksichtigen, die – etwa in Form von gewerblichen Schutzrechten – auf das vertriebene Produkt selbst zurückgehen. In all diesen Fällen gestalten sich der Kausalitätsnachweis und die Gewichtung der Verursachungsanteile denkbar schwierig.<sup>1611</sup> Eine Berechnung allein nach Absatzstückzahlen wird im Lauterkeitsrecht jedenfalls nicht in gleicher Regelmäßigkeit möglich sein wie im Falle von Produktpiraterie, da sich die Rechtsverletzung nicht am veräußerten Gegenstand selbst, sondern vielmehr an

---

<sup>1607</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 87 a.E.; anders aber etwa *Köhler*, der eine Anwendung des § 10 UWG auf Lockangebote bereits wegen des Tatbestandsmerkmals „zu Lasten“ ablehnt, vgl. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 10.

<sup>1608</sup> *Begr. RegE UWG*, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; *Gärtner*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 110.

<sup>1609</sup> Dazu *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 92; *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 143.

<sup>1610</sup> *Schmauß*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 100.

<sup>1611</sup> Vgl. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 7; *Sack* WRP 2003, 549, 554; *Schmauß*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 100.

der Qualität der Umstände festmacht, unter denen er auf dem Markt angeboten wird. Dies erweist sich in der Praxis der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung als ernsthaftes strukturelles Problem und bedeutender Hemmfaktor bei der Anspruchsdurchsetzung.<sup>1612</sup>

## **(2) Vergleichbare Fragestellungen in Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht**

Allerdings sind Konstellationen komplexer Kausalitätsfragen auch im objektbezogenen Immaterialgüterrecht nicht unbekannt. Es wirken sich allgemeine unternehmerische Einflüsse auch auf den Absatz etwa von patentrechts- oder urheberrechtsverletzenden Gegenständen aus; zur Handhabung dieser Problematik lassen sich aus der immaterialgüterrechtlichen Rechtsprechung einige Regeln ableiten. Auch spielt insbesondere das Kennzeichenrecht neben dem ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz unter den Immaterialgüterrechten eine Sonderrolle,<sup>1613</sup> die, wie sogleich gezeigt werden wird, zu Fragestellungen geführt hat, die mit der Kausalitätsproblematik bei § 10 Abs. 1 UWG vergleichbar sind. Darüber hinaus muss auch etwa im Urheberrecht die Wirkung einer Rechtsverletzung nicht immer auf ein abgrenzbares schutzrechtsverletzendes Element beschränkt sein, sondern kann sich auch auf weitere, für sich genommen zulässige Elemente erstrecken. Auf die genannten Aspekte soll im Folgenden kurz und anhand einiger Beispiele vor allem aus der jüngeren Rechtsprechung eingegangen werden.

### **(a) Verursachungsanteile bei Kennzeichenrechtsverletzungen**

Wegen seines Charakters als Bezeichnungsrecht war die Anwendung der dreifachen Schadensberechnung als solche für den Bereich des Kennzeichenrechts zunächst gar nicht anerkannt: Das Reichsgericht ging insoweit lediglich vom Verstoß gegen eine Verbotsbestimmung aus, da das Warenzeichenrecht dem Inha-

<sup>1612</sup> Vgl. die Informationsbroschüre „Recht durchsetzen – Verbraucher stärken“ des vzbv, Stand Januar 2011, S. 17.

<sup>1613</sup> S. im Zusammenhang mit der Verletzergewinnhaftung insb. *Beuthien/Wasmann* GRUR 1997, 255, 258 m.w.N. sowie bereits oben Fn. 254; zum Sonderfall der geografischen Herkunftsangaben s. oben Fn. 117.

ber kein „besonderes Genußgut“ verschaffe, das ein anderer unbefugt ausnutzen könne.<sup>1614</sup> In einer späteren Entscheidung relativierte das Reichsgericht zwar diesen Ansatz, indem es die Verwendung einer verwechslungsfähigen Marke durchaus als Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes einordnete. Die Anwendung der dreifachen Schadensberechnung lehnte das Reichsgericht aber auch in diesem Fall ab, da sich die Konstellation nicht auf das Geschäftführungsrecht übertragen lasse: Der Rechtsverletzer führe lediglich sein eigenes Geschäft, auch wenn er vorsätzlich das fremde absolute Recht verletze.<sup>1615</sup> In den Gründen zitiert das Reichsgericht die Begründung des Berufungsgerichts, nach der sich „jeder nach einem Patente oder Gebrauchsmuster hergestellte Gegenstand als eine Verkörperung des geschützten Erfindungsgedankens, bzw. der geschützten Formgebung“ darstelle, während dies bei einer Warenzeichenverletzung nicht im selben Maße zutrefte, da „nicht die Waren, für welche jemand ein eingetragenes Zeichen besitze, durch die Eintragung geschützt seien, sondern nur das eingetragene Zeichen selbst“.<sup>1616</sup> Diesen Erwägungen liegt genau die Wertung zugrunde, dass bei einer Kennzeichenverletzung die Verwertungshandlung nicht in gleicher Weise durch die Schutzrechtsverletzung geprägt sei wie etwa bei einer Patentverletzung.<sup>1617</sup>

Diese Unterscheidung des Reichsgerichts trifft im Kern einen Wesensunterschied zwischen Immaterialgütern als Produktionsgütern einerseits und reinen Bezeichnungsrechten andererseits,<sup>1618</sup> der auch und noch stärker zutage tritt, wenn man in diesen Vergleich die lauterkeitsrechtlichen Verbotsnormen mit einbezieht. Nicht umsonst wird das Kennzeichenrecht als Schnittstelle zum Lauterkeitsrecht angesehen.<sup>1619</sup> Während die Kennzeichenrechtsverletzung zur Besonderheit hat, dass dem Rechtsinhaber ein Ausschließlichkeitsrecht (insoweit)

---

<sup>1614</sup> RGZ 47, 100, 101.

<sup>1615</sup> RGZ 58, 321, 325 f. – *Klosettpapier*; vgl. auch RGZ 108, 1, 6 f.

<sup>1616</sup> RGZ 58, 321, 323 – *Klosettpapier*; dazu auch *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 150.

<sup>1617</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 150.

<sup>1618</sup> Vgl. oben Fn. 1591.

<sup>1619</sup> Vgl. bereits oben Kap. II. A. 1 .c).

nur an der *Bezeichnung* des gewinnbringend vertriebenen Verletzungsgegenstands zusteht, bezieht sich auch das Verbotssystem des Lauterkeitsrechts grundsätzlich nur auf die Art und Weise des Vertriebs oftmals nicht weiter inkriminierter Gegenstände oder Dienstleistungen. Eine wesentliche Ausnahme hiervon stellt der ergänzende Leistungsschutz über §§ 3, 4 Nr. 9 UWG dar, der allerdings insoweit mindestens genauso nah an den „klassischen“ Immaterialgütern liegt wie das Kennzeichenrecht. In den jeweiligen spezifischen Schwierigkeiten der kausalen Gewinnermittlung finden diese Wesensunterschiede letztlich ihre Konsequenz.

Erst 1961 erklärte der BGH in der Entscheidung *Vitasulfal* die dreifache Schadensberechnung in Fällen von Warenzeichenverletzungen für anwendbar.<sup>1620</sup> Dabei verneinte er einen „wesensmäßigen Unterschied“ zwischen Warenzeichenrechtsverletzungen und Verletzungen anderer Immaterialgüter. Zur Begründung stellte er auf den „erheblichen Kapitalwert“ eines Kennzeichens ab, der dem Inhaber – insofern wie ein Immaterialgut – „bedeutende Gewinnmöglichkeiten“ eröffne, weshalb das Zeichen für den erfolgreichen Absatz der Ware oft „ausschlaggebendes Gewicht“ habe.<sup>1621</sup>

Zwar ist im Vergleich hierzu das Lauterkeitsrecht systematisch vom klassischen Immaterialgüterrecht noch wesentlich weiter entfernt; schließlich verleiht es ein Ausschließlichkeitsrecht nicht einmal in Form eines reinen Bezeichnungsrechts, weshalb insbesondere die Begründungsansätze der Rechtsprechung über die Geschäftsführung ohne Auftrag<sup>1622</sup> und die Fiktion des entgangenen Gewinns aus der Rechtsprechung zur dreifachen Schadensberechnung nicht übertragbar sind.

---

<sup>1620</sup> BGH GRUR 1961, 354, 355 – *Vitasulfal*.

<sup>1621</sup> BGH GRUR 1961, 354, 355 – *Vitasulfal*; Helms merkt hierzu an, dass die Begründungsansätze der Rechtsprechung überwiegend auf alle vermögenswerten Rechtsgüter zuträfen und daher die Frage offen ließen, warum die dreifache Schadensberechnung auf die Verletzung von Immaterialgüterrechten beschränkt sein sollte, Helms, Gewinnherausgabe, S. 226 f. m.w.N.; eine „untrennbare“ Verbindung zwischen Vertrieb der Ware und Verwendung der Marke sehen *Beuthien/Wasmann* GRUR 1997, 255, 258.

<sup>1622</sup> Auch für das Kennzeichenrecht, vgl. BGH GRUR 1961, 354, 355 – *Vitasulfal*; dazu krit. Helms, Gewinnherausgabe, S. 151.

Einer solchen rechtlichen Herleitung bedarf es im Falle des gesetzlich normierten § 10 UWG allerdings auch nicht, und trotz der dogmatischen Unterschiede können die Erfahrungen aus der Anwendung der dritten Schadensberechnungsmethode auch insoweit zur Gewinnermittlung im Falle des § 10 UWG hilfreich sein. Denn auch das Wettbewerbs-, insbesondere das Werbeverhalten ist häufig von ganz entscheidender Bedeutung für den Absatz einer Ware, auch wenn es sich nicht unmittelbar auf den Produktions- oder Vertriebsgegenstand beschränkt. Die Entscheidung darüber, wie groß diese Bedeutung im Einzelfall ist und mit welchem Gewicht der Kausalitätsanteil des lauterkeitsrechtlich relevanten Verhaltens bei der Erzielung eines Gewinns zu Buche schlägt, obliegt in jeder Fallkonstellation der tatrichterlichen Überzeugung und muss zumeist der richterlichen Schätzung überlassen bleiben. Dies gilt für die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung wie für die Berechnung des Verletzergewinns im Kennzeichenrecht und selbst bei den übrigen immaterialgüterrechtlich geschützten Rechtspositionen.<sup>1623</sup> Bei der Entscheidung, welche der fast unüberschaubar zahlreichen Faktoren, die zur Erzielung von Umsatzerlösen in einer bestimmten Höhe beigetragen haben, dabei in welchem Ausmaß zu berücksichtigen sind, könnten die Erkenntnisse aus der jüngeren Rechtsprechung zur dritten Schadensberechnungsmethode auch bei der Gewinnabschöpfung herangezogen werden.

Diese These bestätigt sich, wenn man auf die Begründung blickt, mit der der BGH in der *Noblesse*-Entscheidung die Übertragung der für das Geschmacksmusterrecht getroffenen *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung auch auf das Kennzeichenrecht vollzogen hat.<sup>1624</sup> Zwar komme bei Kennzeichenrechten wegen der Berücksichtigung anderer wichtiger Faktoren eine Herausgabe des gesamten mit

---

<sup>1623</sup> So hat sich der heutige Vorsitzende des zuständigen I. Zivilsenats am BGH *Bornkamm* bei der Expertenanhörung vor dem Rechtsausschuss gegenüber den Praktikabilitätsbedenken zu § 10 UWG auch im Zusammenhang mit der Missbrauchsgefahr von Auskunftsansprüchen zuversichtlich gezeigt: Es handele sich bei der Problematik der Gewinnberechnung um ein Problem, das es im gewerblichen Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht – gerade bei der Herausgabe des Verletzergewinns – immer wieder gebe und mit dem die Praxis selbstverständlich umzugehen wisse, vgl. *Bornkamm* bei der Anhörung vor dem Rechtsausschuss (6. Ausschuss) vom 14.1.2004, 15. Wahlperiode, Protokoll Nr. 38, S. 36 f.

<sup>1624</sup> BGH GRUR 2006, 419 ff. – *Noblesse*.

dem widerrechtlich gekennzeichneten Gegenstand erzielten Gewinns „häufig (...) nicht in Betracht, weil der geschäftliche Erfolg in vielen Fällen nicht ausschließlich oder noch nicht einmal überwiegend auf der Verwendung des fremden Kennzeichens“ beruhe.<sup>1625</sup> Dies bedeute allerdings nicht, dass eine Anwendung der *Gemeinkostenanteil*-Grundsätze im Kennzeichenrecht ausgeschlossen wäre. Zum einen könne „auch im Fall einer Verletzung von Kennzeichenrechten der erzielte Gewinn – etwa bei der Benutzung einer Prestigemarke oder einer dreidimensionalen Marke – fast ausschließlich auf der Verwendung des fremden Kennzeichens beruhen“;<sup>1626</sup> dies wird dann angenommen, wenn aufgrund der besonderen Bedeutung des Kennzeichens nach der Lebenserfahrung davon ausgegangen werden kann, dass das betreffende Produkt ohne die Verletzung gar nicht oder nicht mit Gewinn hätte abgesetzt werden können.<sup>1627</sup> Zum anderen müsse der Verletzer, fühle er sich mit der Schätzung zu hoch veranschlagt, dieser mit Einzelheiten aus seiner Kalkulation entgegentreten. Die Überprüfung der Schätzung müsse sich dann ausgehend von den Grundsätzen der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung vollziehen.<sup>1628</sup> Diese Erwägungen lassen sich auch für das allgemeine Lauterkeitsrecht heranziehen, auch wenn sie dort regelmäßig zur Konsequenz haben werden, dass über die richterliche Schätzung nur ein (geringer) Verursachungsanteil als Abschöpfungssumme ermittelt wird.

**(b) Berücksichtigung zusätzlicher Verursachungsfaktoren auch bei den klassischen Immaterialgüterrechten**

Auch in Entscheidungen zum Urheberrecht und zum ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz gibt der BGH im Übrigen vor, dass bei der Bewertung von Verursachungsfaktoren für den Verletzergewinn zumindest im Fall eines Werkes der angewandten Kunst oder bei technischen Gegenständen neben der (ästhetischen) Gestaltung regelmäßig Faktoren wie die technische Funktio-

<sup>1625</sup> BGH GRUR 2006, 419, 420 – *Noblesse*.

<sup>1626</sup> BGH GRUR 2006, 419, 420 – *Noblesse*.

<sup>1627</sup> *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, Vorbem. §§ 14-19d, Rn. 238, 244 m.w.N.; vgl. auch oben Fn. 1445.

<sup>1628</sup> BGH GRUR 2006, 419, 420 – *Noblesse*.

nalität als wesentlich für die Kaufentscheidung der Kunden zu berücksichtigen seien, auch wenn es sich bei den Verletzungsgegenständen um identische Nachahmungen handele.<sup>1629</sup> Auch die aus der *Tchibo-Rolex-II*-Entscheidung bekannte Berücksichtigungsfähigkeit eines niedrigeren Preises greift der Senat wieder auf.<sup>1630</sup> Damit behält sich die Rechtsprechung auch bei der dritten Schadensrechnungsmethode im Immaterialgüterrecht und auch nach der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung für den Einzelfall einen erheblichen Entscheidungs- und Wertungsspielraum bezüglich der Berücksichtigung von gewinnfördernden Verursachungsanteilen vor. Selbst bei einem klassischen Immaterialgüterrecht wie dem Urheberrecht, wo im Verletzungsgegenstand die schöpferische Idee des Urhebers unmittelbar verkörpert ist, reicht daher das Vorliegen einer dominierenden Schutzrechtsverletzung nicht unbedingt aus, um den schutzrechtsverletzenden Gewinn – zumindest im Rahmen eines Anscheinsbeweises<sup>1631</sup> – komplett dem Verletzten zuzuschlagen.<sup>1632</sup> Anders als wohl bei der „reinen“, d.h. zweckfreien Kunst, bedarf es nach der Rechtsprechung bei Werken der angewandten Kunst stets einer besonderen Begründung, weshalb die Entscheidung zum Kauf einer unfreien Bearbeitung allein oder auch nur überwiegend davon bestimmt sein soll, dass diese Bearbeitung die Züge erkennen lasse, auf denen der Urheberrechtsschutz des benutzten Werkes beruhe.<sup>1633</sup>

Auch bei klassischen Immaterialgutsverletzungen wird im Ergebnis die Verursachungsquote oftmals über eine wertende Schätzung des Gerichts ermittelt, wobei diese Wertung nicht im Sinne einer adäquaten Kausalität, sondern vergleichbar mit der Bemessung der Mitverschuldensanteile nach § 254 BGB im

---

<sup>1629</sup> BGH GRUR 2007, 431, 435 - *Steckverbindergehäuse* zum lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutz sowie BGH GRUR 2009, 856, 861 - *Tripp-Trapp-Stuhl* zum Urheberrecht.

<sup>1630</sup> Vgl. GRUR 2009, 856, 861 - *Tripp-Trapp-Stuhl*; BGH GRUR 1993, 55, 59 - *Tchibo/Rolex II*.

<sup>1631</sup> Vgl. hierzu v.a. die Vorinstanz OLG Hamburg ZUM-RD 2007, 29, 34.

<sup>1632</sup> BGH GRUR 2009, 856, 860 - *Tripp-Trapp-Stuhl*.

<sup>1633</sup> BGH GRUR 2009, 856, 861 - *Tripp-Trapp-Stuhl*.



Sinne einer wertenden Zurechnung zu verstehen ist.<sup>1634</sup> Die insoweit erheblichen Faktoren müssen nicht zwangsläufig im Mitwirken eines anderen Schutzrechts bestehen. Für die Bewertung des Verursachungsanteils der Schutzrechtsverletzung kommt es im Übrigen weniger auf deren quantitativen Umfang als auf deren qualitativen Wert an.<sup>1635</sup> *Kraßer* etwa bezeichnet aufgrund dieses Ermittlungsaufwandes gerade die Ersparnis der „Kausalitätserwägungen“ als entscheidenden Vorteil der Berechnungsmethode nach der Lizenzanalogie gegenüber der der Verletzergewinnherausgabe.<sup>1636</sup>

### **(c) Gewinnfördernde Auswirkungen verletzender auf nicht-verletzende Elemente**

Die Tatsache, dass sich im Bereich etwa von Urheber- und Patentrecht einzelne Verletzungselemente oftmals besser von nicht-verletzenden Elementen abgrenzen lassen als im Kennzeichen- oder Lauterkeitsrecht, führt im Übrigen auch bei diesen Produktionsrechten nicht dazu, dass die Rechtsprechung bei ihrer wertenden Kausalitätsentscheidung stets eine strenge Grenzziehung zwischen verletzenden und nicht-verletzenden Bestandteilen eines Werkes vornehmen würde. Der *Unikatrahmen*-Entscheidung des BGH lag etwa der Fall zugrunde, dass der Verletzer zum Vertrieb zweier Kunstdrucke zwar grundsätzlich befugt war, er diese jedoch darüber hinaus in Bilderrahmen anbot, die sich von farb- und Formgebung her als Weiterführungen der auf dem Bild befindlichen Hundertwasser-Motive darstellten; hierauf bezog sich seine Berechtigung nicht.<sup>1637</sup> Innerhalb dieses neu geschaffenen „Gesamtkunstwerks“ lassen sich verletzende und nicht-verletzende Elemente zwar – technisch betrachtet – klar voneinander trennen. Dennoch erstreckt sich der Gewinnherausgabeanspruch des Verletzten im Ergebnis über den auf den Bildrahmen entfallenden Gewinnanteil hinaus

<sup>1634</sup> BGH GRUR 2009, 856, 860 – *Tripp-Trapp-Stuhl*; BGH GRUR 2007, 431, 434 – *Steckverbindergehäuse*; OLG Frankfurt GRUR-RR 2003, 274, 278 – *Vier-Streifen-Kennzeichnung*.

<sup>1635</sup> BGH GRUR 2009, 856, 860 – *Tripp-Trapp-Stuhl* mit Verweis auf BGH GRUR 1959, 379, 382 – *Gasparone*.

<sup>1636</sup> *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 263.

<sup>1637</sup> BGH GRUR 2002, 532 – *Unikatrahmen*.

auch auf den Gewinnanteil, der auf der Veräußerung des Bildes als solcher beruht, und zwar insoweit, als der Verkauf der Kunstdrucke „durch die Einbeziehung der Bilder in neue ‚Gesamtkunstwerke‘ (...) wesentlich gefördert“ wurde.<sup>1638</sup>

Mit Blick auf die problematischeren Konstellationen im Lauterkeitsrecht liegt es nahe, diese Grundsätze auf die Gewinnabschöpfung bei Lockvogel-Werbung zu übertragen. Auch hier kann sich ein rechtsverletzendes bzw. unlauteres Element gewinnfördernd auf den ansonsten lautereren Vertrieb anderer Produkte auswirken. In einer Entsprechung zum urheberrechtlich relevanten „Gesamtkunstwerk“ lässt sich für den Bereich des Lauterkeitsrechts etwa das Warensortiment einer Filiale des Einzelhandels als Einheit betrachten. Der Zuwiderhandelnde rechnet dabei im Sinne einer Mischkalkulation die Zugewinne über den Absatz anderer Teile seines Sortiments, also über die Gesamtwirkung der Werbemaßnahme,<sup>1639</sup> mit ein, während das Lockangebot isoliert betrachtet oftmals mit eher knapper oder gar keiner Gewinnspanne veranschlagt wird.<sup>1640</sup>

#### **(3) Erste Folgerungen für die Kausalitätsprüfung bei § 10 UWG**

Es ist aus verschiedenen Gründen davon auszugehen, dass die Rechtsprechung sich bei der Gewinnberechnung nach § 10 Abs. 1 UWG vor allem an der Rechtspraxis zur Herausgabe des Verletzergewinns orientieren wird. Neben der oben dargestellten Vergleichbarkeit einzelner Problemstellungen wird sich dies schon daraus ergeben, dass die zuständigen Kammern und Senate regelmäßig mit dem Bereich des Urheberrechts und gewerblichen Rechtsschutzes, nicht dagegen strafrechtlichem Verfall und kartellrechtlicher Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB befasst sind. Allerdings folgt hieraus noch nicht, dass nun für die nach § 10 UWG klagenden Verbände ein hohes Maß an Rechtssicherheit ge-

---

<sup>1638</sup> BGH GRUR 2002, 532, 535 – *Unikatrahmen*; vgl. bereits BGH GRUR 1962, 509, 512 – *Dia-Rähmchen II*.

<sup>1639</sup> Vgl. ähnlich *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 87 a.E.

<sup>1640</sup> Zu den Voraussetzungen dieser Fallgruppe sei noch einmal verwiesen auf *Bornkamm* in Köhler/Bornkamm, UWG, Anh. zu § 3 Abs. 3 Rn. 5.1 ff. m.w.N.

währleistet wäre. Denn im Lauterkeitsrecht finden sich aufgrund seiner strukturellen Besonderheit gegenüber den klassischen Immaterialgüterrechten besonders viele Fallgruppen, in denen sich die Ermittlung und Isolierung der unrechtmäßigen Verursachungsanteile als schwierig darstellen und letztlich der richterlichen Wertung anheim gestellt sein werden.

Eine Zusammenstellung der Thesen, die sich aus der Rechtsprechung zur dritten Schadensberechnungsart für § 10 Abs. 1 UWG ableiten lassen, folgt am Ende dieses Untersuchungsabschnitts zur Gewinnberechnung.<sup>1641</sup> Es ist insbesondere festzuhalten, dass auch im Falle eines Lauterkeitsverstoßes Faktoren aus dem allgemeinen Unternehmensbereich sowie sonstige Nebeneffekte etwa saisonaler und konjunktureller Art<sup>1642</sup> bei der Ermittlung des abzuschöpfenden Gewinns nicht in Abzug gebracht werden sollten. Um für den lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch zur Anwendung kommen zu können, bedürfen die Grundsätze aus der immaterialgüterrechtlichen Rechtsprechung darüber hinaus noch deutlicher Präzisierung im Detail. Wie sollen bei einem vom Produktions- und Vertriebsgegenstand rechtlich so unabhängigen Verstoß etwa Kriterien festgelegt werden, nach denen die „allgemeinen“ von den „besonderen“ Faktoren getrennt werden? Die Kritik, die insoweit zur *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung geäußert wurde,<sup>1643</sup> wäre hier um ein Vielfaches mehr gerechtfertigt. Für die vielfältigen denkbaren Fallgestaltungen im Lauterkeitsrecht lässt sich hierzu kaum ein allgemeingültiger Obersatz formulieren. Es bleibt für die Rechtsprechung in den nächsten Jahren insoweit viel Klärungsbedarf: Finden – konsequenterweise – neben dem Lauterkeitsverstoß regelmäßig gegenstandsbezogene gewinnfördernde Faktoren Berücksichtigung, die auch nach dem Immaterialgüterrecht in Ansatz gebracht würden? Solche könnten etwa in einem eigenen Ausschließlichkeitsrecht oder Nutzungsrecht an einem vertriebenen Produkt be-

---

<sup>1641</sup> Kap. III. E. 11.

<sup>1642</sup> Insofern zumindest für eine Umkehr der Nachweislast v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 223.

<sup>1643</sup> Nachw. s. oben Fn. 1449.

stehen und lägen dann in so gut wie jeder Fallkonstellation vor, während umgekehrt im Immaterialgüterrecht Werbewirkungen und Preisgestaltung nicht immer berücksichtigungsfähig sind.<sup>1644</sup> Wie verhält es sich mit in wesentlicher oder untergeordneter Weise zusätzlich wirkenden, lauterer Werbeelementen, und was gilt, soweit diese bereits auf der Kostenseite berücksichtigt wurden? Wie werden im Einzelfall die Verursachungsanteile bewertet, wenn etwa ein patentrechtlich geschützter Gegenstand unter ordnungsgemäßer Lizenzierung auf den Markt gebracht wird, mit einer optisch auffallenden Anzeige beworben wird, daneben aber teils zutreffende, teils unzutreffende Testergebnisse der Stiftung Warentest angegeben sind? Dieses Beispiel mag die Schwierigkeiten aufzeigen, die die Rechtsprechung in Zukunft mit den hergebrachten Instrumentarien zu lösen haben wird.

#### **d) Zusammenfassung und Fazit**

Es wird es immer Konstellationen geben, bei denen sich die kausale Zurechnung von Unrechtsgewinnanteilen im Lauterkeitsrecht problematisch gestaltet. Zu ähnlichen Problemen kann es allerdings auch bei der Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht kommen. Deshalb völlig auf das Kausalitätserfordernis zu verzichten, wäre – jedenfalls *de lege lata* – keine angemessene Lösung.

Für die Praxis gilt in vielen Fällen ohnehin: Jedes Gericht wird die Entscheidung, ob es den Weg wählt, über eine Schätzung mutmaßliche weitere Verursachungsfaktoren – etwa die zutreffende Auszeichnung mit Testergebnissen anderer Einzelsparten – vom Gewinn abzuziehen oder ob es im Sinne eines Vergleichs zum hypothetischen Lauterkeitsgewinn – insoweit für den Anspruchsteller ungünstiger – zu schätzen versucht, wie viel Umsatz der Werbende erzielt hätte, wenn das inkriminierte Testergebnis zutreffend wiedergegeben worden wäre, im Einzelfall treffen (müssen). Es wird sich hierbei auf eine schematische

---

<sup>1644</sup> Grundsätzlich gegen eine Berücksichtigung wohl Helms, Gewinnherausgabe, S. 261; vgl. aber BGH GRUR 2009, 856, 861 – *Tripp-Trapp-Stuhl*; BGH GRUR 1993, 55, 59 – *Tchibo/Rolox II* sowie oben III. E. 6 c) (2) (b).

Prüfungsmuster weder stützen können noch festlegen lassen. Nur so ist die Rechtsprechung flexibel genug, um gerade im Lauterkeitsrecht auf die höchst unterschiedlichen denkbaren Fallgestaltungen reagieren zu können. An einem gerechten Ergebnis orientiert muss dann – notfalls „über den Daumen“ im Rahmen der richterlichen Schätzung nach § 287 ZPO – der anteilig entfallende Unrechtsgewinn unter den auf die ansonsten oft überwiegend lautere Vermarktung zurückgehenden Gesamtergewinnen aus einem Produkt ermittelt werden.<sup>1645</sup> Denn umgekehrt entspräche es auch nicht dem Gedanken der Prävention, wenn eine einzelne unlautere Werbemaßnahme unter mehreren auf das gleiche Produkt oder Unternehmen gerichteten Werbeaktionen zur Abschöpfung des gleichen Anteils am Gesamtgewinn führen würde wie eine vergleichbare und in allen Elementen unlautere Kampagne – überwiegend lauterer Verhalten würde dann im Ergebnis gleichgestellt mit krass unlauteren Kampagnen oder Vertriebsmethoden.

Trotz der strukturellen Unterschiede zwischen Immaterialgüterrechten und Lauterkeitsrecht kann sich die Rechtsprechung bei der Ermittlung der herauszugebenden Unlauterkeitsgewinne teilweise auf ihre Praxis zur Gewinnherausgabe im Immaterialgüterrecht stützen; entsprechende Grundsätze, die sich ganz konkret für die Anwendung von § 10 UWG ableiten lassen, werden unten dargestellt.<sup>1646</sup> Die Rechtsprechung wird aber zum Teil auch neue Wege gehen müssen; so lässt sich etwa der Obersatz, inwieweit eine Rechtsverletzung gerade ursächlich war für den Kaufentschluss des Abnehmers,<sup>1647</sup> auf Fallgruppen wie die Mogelpackungen oder die Einziehung geringer Beträge ohne Rechtsgrund kaum anwenden; gerade in diesen Fällen besteht jedoch oft die Möglichkeit, eine konkrete Unlauterkeitsquote auch ohne Schätzung zu berechnen.

---

<sup>1645</sup> Vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 7.

<sup>1646</sup> S. Kap. III. E. 11.

<sup>1647</sup> Vgl. nur BGH GRUR 2009, 856, 860 – *Tripp-Trapp-Stuhl*.

Bei alledem sollte die Rechtsprechung sich auf die Stärkung präventiver Elemente besinnen, die sie in den letzten Jahren bei der dritten Schadensberechnungsart erfolgreich durchgesetzt hat, und diese auch im Falle des § 10 UWG nach Kräften weiterverfolgen. Zu berücksichtigen ist dabei auch die im Vergleich zum Schutz geistigen Eigentums unterschiedliche Ausgangslage bei der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung: Die Schwelle einer „*overdeterrence*“ und die Sorge vor Innovationshemmnissen muss umso geringer wiegen, je höhere Voraussetzungen an das Verschulden des Zuwiderhandelnden gestellt werden.<sup>1648</sup> Bei einem vorsatzabhängigen Anspruch, der dem Kläger noch nicht einmal wirtschaftlich zugute kommt, ist es somit gerechtfertigt, Zweifel nicht nur bei der Kostenzurechnung, sondern auch bei der Schätzung von Verursachungsanteilen zu Lasten des lauterkeitswidrig agierenden Unternehmers gehen zu lassen.

Auch dann werden sich allerdings wegen der stets zu beachtenden Grenze des materiellen Kausalitätserfordernisses in vielen Fallkonstellationen regelmäßig nur sehr geringe Abschöpfungsbeträge ergeben. Das führt zu der weitergehenden Überlegung, wie effektiv der Gewinnabschöpfungsanspruch *de lege lata* tatsächlich sein kann und ob sich seine Präventionswirkung durch Tatbestandsänderungen verbessern ließe oder ob die privatrechtliche Gewinnabschöpfung sich nicht bei näherer Betrachtung gar als *per se* ungeeignetes Instrument zur Stärkung von Verbraucherbelangen und Rechtsgeltung im Lauterkeitsrecht herausstellt. Auf diese Fragen wird nach der weiteren Tatbestandsanalyse im Schlussteil der Arbeit eingegangen.

---

<sup>1648</sup> Vgl. Köndgen RabelsZ 64 (2000), 661, 683.

## 7. Exkurs: Gewinnermittlung im Persönlichkeitsrechtsschutz und Kartellrecht

Bei der Ermittlung des Unlauterkeitsergebnisses nach § 10 UWG wird sich die Rechtspraxis insbesondere an den Erkenntnissen und Erfahrungen aus dem Bereich der dreifachen Schadensberechnung orientieren. Ein Blick auf die gewinnbezogenen Haftungsformen im Persönlichkeitsrechtsschutz und Kartellrecht zeigt darüber hinaus, dass sich die Bestimmung des herauszugebenden Betrages dort zwar nach weitgehend anderen Kriterien richtet, sie andererseits aber teilweise ähnliche Probleme aufwirft.

### a) Berücksichtigung des Verletzerertrags bei der Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen

Die auch den Verletzerertrag berücksichtigende Geldentschädigung nach der Rechtsprechung zu kommerziellen Persönlichkeitsrechtsverletzungen bietet für die konkrete Gewinnermittlung im Lauterkeitsrecht keine hilfreichen Anhaltspunkte. Dies liegt vor allem daran, dass bei der Geldentschädigung eine konkrete Gewinnberechnung gar nicht vorgenommen werden soll und kann.<sup>1649</sup> Zur Bemessung der Geldentschädigung bestehen keine klar bestimmten Kriterien;<sup>1650</sup> sie zu ermitteln obliegt nach § 287 ZPO dem Richter nach seiner Überzeugung bei Würdigung aller Umstände.<sup>1651</sup> Anders als im Bereich des Schmerzensgeldes existieren auch keine durch Vergleichswerte und entsprechende Tabellen pauschalierten Orientierungsgrößen;<sup>1652</sup> anders als wiederum im Schadensersatzrecht kommt es nicht auf den beim Verletzten eingetretenen (Vermögens-) Schaden an, sondern insbesondere auf die Art und Weise sowie die Inten-

---

<sup>1649</sup> Dazu schon oben Kap. II. B. 3 c); nach *Köndgen* ist hier „ausnahmsweise eine Quantifizierung des Gewinns unter Anwendung schulmäßiger betriebswirtschaftlicher Methoden unmöglich“, vgl. *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 692.

<sup>1650</sup> *Müller* in Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 51 Rn. 34; v. *Holleben*, Geldersatz, S. 54 m.w.N.

<sup>1651</sup> Vgl. *Damm/Rehbock*, Widerruf u.a., Rn. 1001.

<sup>1652</sup> Vgl. zu den insoweit z.T. unterschiedlichen Auffassungen zur Höhe der angemessenen Entschädigung beispielhaft *Prinz* NJW 1996, 953, 955 ff.; *Damm/Rehbock*, Widerruf u.a., Rn. 1004 ff.

sität der Verletzungshandlung und auf in der Person des Täters liegende subjektive Merkmale.<sup>1653</sup>

Durch dieses komplexe Zusammenspiel der sowohl auf der Tatbestandsebene als wiederum auch auf der Rechtsfolgenseite bei der Ermittlung eines interessengerechten Ausgleichs<sup>1654</sup> relevanten Elemente<sup>1655</sup> wie der individuellen Verletzungsintensität, gegebenenfalls der Pressefreiheit, von Genugtuungs- und darüber hinaus Präventionsaspekten,<sup>1656</sup> ist eine für jeden Einzelfall zugeschnittene Ermittlung der angemessenen Entschädigung unumgänglich.<sup>1657</sup> In der insoweit wegweisenden ersten *Caroline-von-Monaco*- Entscheidung des BGH sollte der Rechtsverletzer eine Entschädigung zahlen, die „der Höhe nach ein Gegenstück auch dazu“ darstellen sollte, dass er vorsätzlich die Persönlichkeitsrechte der Klägerin zu kommerziellen Zwecken ausgenutzt hatte und von der ein echter Hemmungseffekt als Gegenstück zur kommerziellen Ausnutzung ausgehen müsse.<sup>1658</sup> Eine exakte Gewinnberechnung und entsprechende Beweisaufnahme<sup>1659</sup> wurde dabei weder vom BGH noch von den Instanzgerichten für erforderlich gehalten; eine echte Gewinnabschöpfung sollte gerade nicht stattfinden.<sup>1660</sup> Auf der Ebene der konkreten Gewinnberechnung lassen sich daher aus der Praxis der Verhängung von Geldentschädigungen nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen keine Erkenntnisse für die Auslegung des § 10 Abs. 1 UWG fruchtbar machen.

---

<sup>1653</sup> Vgl. oben Kap. III. C. 3. und III. D. 2.

<sup>1654</sup> Vgl. BGH GRUR 1995, 224, 228 f. – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; BGH GRUR 1996, 373, 374 – *Caroline von Monaco*.

<sup>1655</sup> Vgl. dazu eingehend Müller in Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 51 Rn. 30 ff.

<sup>1656</sup> Zu weiteren tatsächlichen oder denkbaren Bemessungskriterien wie der Solvenz von Opfer und Täter, der Lebensumstände des und der materiellen Folgen beim Geschädigten s. v. *Holleben*, Geldersatz, S. 56 ff.

<sup>1657</sup> So auch *Damm/Rehbock*, Widerruf u.a., Rn. 958; Müller in Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 51 Rn. 30; vgl. aber die Vorschläge zur Ermittlung und Bemessung des konkreten Gewinns, etwa nach dem Vorbild des Ordnungsgeldes oder des strafrechtlichen Systems nach Tagessätzen von *Prinz* NJW 1996, 953, 956 f.; krit. dazu v. *Holleben*, Geldersatz, S. 72.

<sup>1658</sup> BGH GRUR 1995, 224, 229 f. – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; auch dazu s. schon oben Kap. II. B. 3 c).

<sup>1659</sup> Dazu *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 295.

<sup>1660</sup> BGH GRUR 1995, 224, 229 – *Erfundenes Exklusiv-Interview*; BGH GRUR 2005, 179, 181 – *Tochter von Caroline von Hannover*; krit. *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 295 f. m.w.N.



**b) Bestimmung des abzuschöpfenden Vorteils nach §§ 34, 34a GWB**

Der für § 34a GWB wesentliche Begriff des wirtschaftlichen Vorteils entstammt dem Ordnungswidrigkeitenrecht<sup>1661</sup> und orientiert sich wie auch der des § 34 GWB an den Berechnungsgrundsätzen zur Vorteilsabschöpfung nach § 17 Abs. 4 OWiG. Daher sollen über sich bilanzmäßig unmittelbar niederschlagende Vermögensvorteile hinaus auch sonstige wirtschaftliche Vorteile wie die Verbesserung der Marktstellung des Rechtsverletzers berücksichtigungsfähig sein.<sup>1662</sup> Damit ist der Begriff des wirtschaftlichen Vorteils insoweit weiter als der Gewinnbegriff des § 10 UWG einerseits und der der früheren „Mehrerlösabschöpfung“ in § 34 GWB a.F. andererseits.<sup>1663</sup> Dank der Loslösung der verwaltungsrechtlichen Vorteilsabschöpfung vom Erfordernis einer vorangegangenen kartellbehördlichen Verfügung kann die „Kartellrendite“ außerdem, anders als früher, ab dem Zeitpunkt der Gesetzesverletzung herausverlangt werden, so dass der gesamte durch den Kartellrechtsverstoß erlangte wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft wird.<sup>1664</sup> Vor allem aber soll, wie schon bei der Mehrerlösabschöpfung nach § 34 GWB a.F., der kausal auf den Wettbewerbsverstoß zurückgehende Vorteil durch einen Vergleich mit den hypothetischen Zugewinnen, die der Verletzer im Falle eines wettbewerbsgerechten Verhaltens als „legalen Sockelbetrag“ erzielt hätte, zu ermitteln sein.<sup>1665</sup>

Auch wenn das Erfordernis einer Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe als Grund für die mangelnde Praktikabilität der alten Mehrerlösabschöpfung angeführt wird, die der Gesetzgeber mit der Reform gerade habe beseitigen

---

<sup>1661</sup> *Bornkamm* in Langen/Bunte, Bd. 1, § 34 GWB Rn. 9; *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34 Rn. 20, 24; *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 184, 94 m.w.N.

<sup>1662</sup> § 34a GWB orientiert sich in diesem Punkt an der Schwestervorschrift des § 34 GWB, vgl. dazu Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 55; für einen weiten Vorteilsbegriff *Alexander* JuS 2007, 109, 114; *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 34 Rn. 3; *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34 Rn. 20; *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 185.

<sup>1663</sup> Zu den Begriffen Vorteil und Mehrerlös *Bornkamm* in Langen/Bunte, Bd. 1, § 34 GWB Rn. 9.

<sup>1664</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 55.

<sup>1665</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 220 m.w.N.; ähnlich *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 185.

wollen.<sup>1666</sup> Auch die Gesetzesbegründung zum GWB verweist auf den Saldierungsgrundsatz insoweit, als der wirtschaftliche Vorteil „im Vergleich zu der vermögensrechtlichen Gesamtsituation des Betroffenen“ zu errechnen sei, „wie sie sich durch die Zuwiderhandlung ergeben“ habe „und ohne diese für ihn eingetreten wäre“.<sup>1667</sup> Daher bleibt es nach allgemeiner Ansicht bei der im GWB schon früher bekannten<sup>1668</sup> „konzeptionellen Problematik“, die sich aus der Ermittlung des Abschöpfungsbetrags über den Abzug fiktiver Marktergebnisse ergeben muss.<sup>1669</sup> In einer Hinsicht ist der Vorteilsbegriff im Übrigen enger als der des Mehrerlöses aus den alten Regelungen des GWB:<sup>1670</sup> Anders als beim (Brutto-) Mehrerlös, der sich aus der Differenz zwischen (hypothetischem) Marktpreis und Kartellpreis errechnet,<sup>1671</sup> sind bei der Vorteilsabschöpfung auch zusätzliche Kosten, die dem Unternehmen im Zusammenhang mit dem fraglichen Verhalten entstanden sind, abzugsfähig, so dass – ähnlich wie bei § 10 UWG – nur der dem Kartellverletzer verbleibende „Nettovorteil“ aus dem Verstoß der Abschöpfung unterliegt.<sup>1672</sup>

Bei der Gewinnberechnung nach § 10 Abs. 1 UWG soll, wie oben gezeigt,<sup>1673</sup> ein hypothetischer Lauterkeitserlös regelmäßig gerade nicht in Abzug gebracht werden können. Dieser Unterschied rechtfertigt sich nach *Fehlemann* vor allem aus der insoweit anders gelagerten Zweckrichtung des Kartellrechts, wo es vor allem um die Frage gehe, welchen Erlös der Rechtsverletzer im freien Wett-

---

<sup>1666</sup> So noch ausdrücklich *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, 1. Aufl., § 10 Rn. 81 m.w.N.

<sup>1667</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 55.

<sup>1668</sup> Zu den Ermittlungsschwierigkeiten ausführlich *Meessen* WuW 2004, 733, 741 f.; s. im Übrigen den Überblick bei *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 94 ff. m.w.N.

<sup>1669</sup> *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 186; zu § 34 GWB *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 34 Rn. 4; *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34 Rn. 28 f.

<sup>1670</sup> *Bornkamm* in Langen/Bunte, Bd. 1, § 34 GWB Rn. 9; zur alten Rechtslage *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34 Rn. 15 ff.

<sup>1671</sup> Dazu oben Kap. III. E. 6. b) (4) (c).

<sup>1672</sup> *Bornkamm* in Langen/Bunte, Bd. 1, § 34 GWB Rn. 9 m.w.N.; *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1391; zum Ganzen auch *Lutz* WuW 2005, 718, 728.

<sup>1673</sup> Kap. III. E. 6. b) (4).

bewerb erzielt hätte.<sup>1674</sup> Tatsächlich liegt die unterschiedliche Herangehensweise zum einen am Zusammenhang mit den anderen kartellrechtlichen Rechtsfolgen; auch wenn die Regelung des § 34a Abs. 1 GWB in vielerlei Hinsicht dem Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 Abs. 1 UWG nachempfunden ist, so wirken sich bei ihrer Auslegung in diesem Punkt doch die ordnungswidrigkeitsrechtlichen Wurzeln der kartellrechtlichen Abschöpfungsinstitute aus. Es macht die Berechnung anhand des hypothetischen Vorteils ohne Wettbewerbsbeschränkung zum anderen allerdings auch insoweit mehr Sinn, als sich die Vergleichsgrößen hier auf ein einzelnes Element, nämlich die Preisgestaltung beziehen. Insofern liegt die Fallgestaltung ähnlich wie bei der schlichten Zuwenig-Lieferung durch minderabgefüllte Packungen im Lauterkeitsrecht. Im Grunde geht es schließlich wieder um die Frage, ob der Verstoß lediglich hinweg-, oder ob zusätzlich eine Handlung hinzugedacht werden soll. Denn auch im Kartellrecht wird letztlich gerade kein neues hypothetisches Element hinzugedacht: Vielmehr tritt durch das Hinwegdenken der Preisabsprache an die Stelle des überteuerten Preises der „normale“, marktgerechte Preis.<sup>1675</sup> Es wird also schlicht die – zwar hypothetische – Situation ermittelt, die bei funktionierendem Wettbewerb, also ohne den Verstoß, bestanden hätte;<sup>1676</sup> diese ergibt sich jedoch bereits aus dem gedanklichen Abzug des Verursachungsanteils am Erlös, der auf die Preisabsprache zurückzuführen ist. Auch sie bleibt nach *Emmerich* allerdings eine „hoffnungslose Unbekannte“.<sup>1677</sup>

### c) Berücksichtigung des Kartellgewinns in § 33 Abs. 3 S. 3 GWB

Die Gewinnberücksichtigung bei der richterlichen Schadensbemessung nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB ist, wie oben schon dargelegt,<sup>1678</sup> kein echter Gewinn-

---

<sup>1674</sup> *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 185; weniger überzeugend ist allerdings sein weiteres Argument, nach dem die Unterschiede schon im Wortlaut der Vorschriften („hierdurch“ bei § 10 UWG gegenüber „durch“ bei § 34a GWB) angelegt seien.

<sup>1675</sup> Vgl. *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34 Rn. 20.

<sup>1676</sup> *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34 Rn. 26.

<sup>1677</sup> *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34 Rn. 26.

<sup>1678</sup> Oben ab Kap. II.B.2 c) (1).

herausgabeanspruch. Es ergeben sich dennoch ähnliche Kausalitätsfragen wie bei § 10 Abs. 1 UWG: Auch hinsichtlich des hier im Ermessen des Richters liegenden Rückgriffs auf den Kartellgewinn bei der Schadensfestsetzung lehnt sich die Gesetzesbegründung an die Kostenabzugsformel nach der *Gemeinkostenanteil*-Rechtsprechung an.<sup>1679</sup> Dazu wird kritisiert, dass der Rechtsbegriff des „Gewinns“ im Zusammenhang der Mehrerlös- und Vorteilsabschöpfungsregelungen nicht hinreichend spezifiziert und dass nicht geklärt sei, ob es sich insoweit nur um den kartellrechtswidrig erlangten Mehrgewinn („durch den Verstoß“)<sup>1680</sup> oder doch um den gesamten aus den relevanten Geschäften mit dem Geschädigten erzielten Gewinn handele;<sup>1681</sup> immerhin habe die Regelung des § 33 Abs. 3 S. 3 GWB dem Anspruchsteller gerade die schwierige Ermittlung des hypothetischen Marktpreises, der sich ohne den Kartellverstoß ergeben hätte, ersparen wollen.<sup>1682</sup> Dieses Ziel ließe sich aber nur erreichen, wenn man auf die Kausalität des Verstoßes für die Höhe des Gewinns verzichte und sich damit begnüge, den herauszugebenden Gewinn bzw. Gewinnanteil lediglich aus der Differenz zwischen den Umsatzerlösen aus den Geschäften mit dem Geschädigten und den zurechenbaren Herstellungs- sowie Betriebskosten zu errechnen.<sup>1683</sup> Für diese Auslegung spreche der durch die Begründung wiederholt hervorgehobene Abschreckungsgedanke.<sup>1684</sup>

Kritiker äußern außerdem erhebliche Bedenken wegen mangelnder Bestimmtheit der Vorschrift<sup>1685</sup> und eines drohenden Ungleichgewichts in der Systemgerechtigkeit.<sup>1686</sup> Es wäre jedenfalls kaum vertretbar, einen nach der Differenzme-

---

<sup>1679</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 54.

<sup>1680</sup> Vgl. *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 33 Rn. 38.

<sup>1681</sup> Vgl. *Hempel* WuW 2004, 362, 370; *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1395; *Schütt* WuW 2004, 1124, 1130.

<sup>1682</sup> *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1395 mit Verweis auf Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 54.

<sup>1683</sup> *Hempel* WuW 2004, 362, 370; *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1395 mit Verweis auf Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 54; insoweit nicht ganz treffend die Feststellung von *Schütt* WuW 2004, 1124, 1130, vergleichbare Kausalitätsprobleme ergäben sich wegen des Ausschließlichkeitscharakters von Immaterialgüterrechten bei deren Verletzung nicht; wie oben dargelegt, kann auch im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung die Zurechnung von Verursachungsanteilen Probleme aufwerfen und wird auch dort die Ermittlung über einen hypothetischen Vergleichsgewinn diskutiert, vgl. oben ab Kap. III. E. 6. a) (2).

<sup>1684</sup> *Hempel* WuW 2004, 362, 370; für die Abschöpfung des gesamten Gewinns gegebenenfalls über die Kartellrendite hinaus auch *Bornkamm* in Langen/Bunte, Bd. 1, § 33 GWB Rn. 132; *Lettl*, Kartellrecht, § 11 Rn. 96.

<sup>1685</sup> Etwa *Meessen* WuW 2004, 733, 738; *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1395.

<sup>1686</sup> *Meessen* WuW 2004, 733, 738.

thode kalkulierbaren Schadenersatz je nach Höhe des Gewinns des Schädigers über einen entsprechenden Zuschlag aufzustocken.<sup>1687</sup> Schließlich soll nach dem Gesetzeswortlaut „bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens“ nach § 287 ZPO insbesondere der anteilige Gewinn „berücksichtigt“ werden können. Eine Ersatzzahlung, die über den Umfang des nach der Differenzmethode berechneten hinausginge, wäre dann aber kein Ersatz des Schadens mehr, sondern, wie etwa die dritte Schadensberechnungsart, ein an die Voraussetzungen des Schadenersatzes anknüpfendes Instrumentarium, das „in anderer Weise“ dem Ausgleich der Interessen diene.<sup>1688</sup> Die jenem richterrechtlichen Konstrukt zugrundeliegenden Erwägungen und Wertungen sind allerdings eng an die Ausschließlichkeitspositionen des Immaterialgüterrechts und ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes gebunden und lassen sich auf das Kartellrecht nicht übertragen.<sup>1689</sup>

Nach § 33 Abs. 3 S. 2 GWB ist schließlich die sogenannte *passing-on defense* ausgeschlossen: Kann sich der Delinquent nicht auf das Nichtmehrvorhandensein eines Schadens im Vermögen des unmittelbar Verletzten berufen, nachdem dieser die überhöhten Kartellpreise an die eigenen Kunden erfolgreich weitergegeben hat, so kann das zwar je nach Auslegung des Merkmals der „Betroffenheit“ in einigen Fällen zu dem auf den ersten Blick unbefriedigenden Ergebnis, dass der Vertragspartner des Kartelltäters per saldo ohne eigenen Schaden bleibt, dennoch aber einen Schadenersatzanspruch geltend machen kann, der Endabnehmer oder Verbraucher, auf den der Schaden tatsächlich abgewälzt wurde, mangels Betroffenheit dagegen nicht;<sup>1690</sup> die Regelung soll aber der

<sup>1687</sup> So aber die Befürchtung bei *Meessen* WuW 2004, 733, 738; ähnlich *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1395.

<sup>1688</sup> Vgl. BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1689</sup> Dazu oben Kap. II. B. 2. b) (2); im Ergebnis ebenso ablehnend mit dem Argument, das auch bei der dreifachen Schadensberechnung der Verletzer Gewinn immer nur an Stelle des konkreten Schadens verlangt werden könne *Fuchs* WRP 2005, 1384, 1395.

<sup>1690</sup> S. *Bechtold* DB 2004, 235, 239; *ders.*, GWB, § 33 Rn. 25 f.; a.A. etwa *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 33 GWB Rn. 120; zum Ganzen bereits oben Fn. 893 f.

schon vorher üblichen Zurückhaltung bei der Anwendung der Grundsätze zur Vorteilsausgleichung entsprechen.<sup>1691</sup>

#### **d) Zusammenfassung**

Wie oben bereits vorweggenommen ergeben sich für die Auslegung des Gewinnbegriffs in § 10 Abs. 1 UWG aus der Praxis zur Geldentschädigung nach schweren Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Medien keine weiterführenden Erkenntnisse. Ähnlich unergiebig sind insoweit die Rechtsfiguren in § 33 Abs. 3 S. 3 und §§ 34, 34a GWB. Dennoch zeigt sich auch für Letztere, dass die Bestimmung der gerade auf dem Verstoß oder der Unlauterkeit beruhenden Gewinnanteile bei der Ermittlung des Herausgabebetrages zu erheblichen Unwägbarkeiten in der Rechtsanwendung führen kann. Zugleich handelt es sich hierbei um einen entscheidenden Faktor bei der Frage nach Praktikabilität und (präventiver) Wirksamkeit des jeweiligen Abschöpfungs- oder Herausgabeanspruchs. Auf mögliche Lösungen dieses Grundproblems für § 10 UWG wird daher im Schlussteil der Arbeit eingegangen.<sup>1692</sup>

#### **8. Nachrangigkeit der Gewinnabschöpfung**

Der nach § 10 UWG abzuschöpfende Gewinnanteil wird der Höhe nach nicht nur durch Kostenabzug und Kausalitätserfordernis eingeschränkt, er kann zudem noch durch die Anrechnung vorrangiger Zahlungen des Zuwiderhandelnden an Dritte bzw. den Staat vermindert werden. Der Anspruch auf Herausgabe des einmal ermittelten Verletzergewinns im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz besteht dagegen gleichberechtigt neben eventuell konkurrierenden Ansprüchen Privater oder des Staates. Minderungen des Erlöses durch Zahlungen des Verletzers an seine Abnehmer aufgrund von Schadensersatzansprüchen können hier nicht in Ansatz gebracht werden, da der Verletzer mit diesen Zah-

---

<sup>1691</sup> Näher Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 54 m.w.N.; vgl. auch *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 33 Rn. 39 f. m.w.N.

<sup>1692</sup> Unten Kap. V.

lungen nur eigene Angelegenheiten erledigt, die die Kompensationspflicht gegenüber dem Rechteinhaber grundsätzlich unberührt lassen.<sup>1693</sup>

In seiner jetzigen Fassung eröffnet der § 10 Abs. 2 UWG auf den ersten Blick nur wenige Auslegungsfragen, im Detail ergeben sich jedoch einige strittige Punkte. Über die wesentlichen Grundsätze zur Auslegung des § 10 Abs. 2 UWG im Vergleich zu anderen Ansprüchen und seine wichtigsten Anrechnungstatbestände soll daher ein kurzer Überblick gegeben werden.

#### a) Grundlegendes zu § 10 Abs. 2 UWG

Anders als der immaterialgüterrechtliche Verletzererwerb kann sich der nach § 10 Abs. 1 UWG ermittelte kausale Unlauterkeitserwerb nach dem Prinzip der Einmalherausgabe<sup>1694</sup> vor oder nach der Auskehr an den Gläubiger durch den Abzug bereits erbrachter Zahlungen verringern. Grund hierfür ist die als Einrede zu verstehende<sup>1695</sup> Anrechnungsregelung des § 10 Abs. 2 UWG, die individuellen Ersatzansprüchen Dritter sowie staatlichen Sanktionen den Vorrang gegenüber der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung einräumt. Auch und gerade Gewährleistungs-, Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche der Abnehmer und Mitbewerber sind vorrangig abzuführen.<sup>1696</sup> Ein ohne diesen Abzug bereits ausgekehrter Gewinn ist nachträglich insoweit wieder zu erstatten, als der Verletzer die Gewinnsumme durch entsprechende Zahlungen an Dritte, etwa im Rahmen der Verletzererwerbshaftung nach § 9 UWG an einen Mitbewerber, nach Abführung an den Bundeshaushalt verringert hat, § 10 Abs. 2 S. 2 UWG. Anzurechnen sind zwar auch Surrogate wie etwa eine erklärte Aufrechnung,<sup>1697</sup>

<sup>1693</sup> Vgl. BGH GRUR 2002, 532, 535 – *Unikatrahmen; Zahn*, Verletzererwerb, S. 140; *Rojahn* GRUR 2005, 623, 630; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 67; *J. B. Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, UrhG, § 97 Rn. 84; *Wild* in *Schricker/Loewenheim*, UrhR, § 97 Rn. 167; a.A. für Gewährleistungszahlungen *Pross FS Tilmann* 2003, S. 881, 890.

<sup>1694</sup> Vgl. bereits *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 111.

<sup>1695</sup> *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 167.

<sup>1696</sup> *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 170 f.; *Lettl*, UWG, Rn. 676; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 95.

<sup>1697</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 13; *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 168.

allerdings nur tatsächlich erbrachte Leistungen, keine abstrakt bestehenden Forderungen; es reicht also nicht aus, dass der Zuwiderhandelnde mit der Geltendmachung rechnet oder rechnen muss oder sogar bereits auf Zahlung verklagt ist.<sup>1698</sup> Die Ansprüche müssen im Übrigen tatsächlich bestanden haben, wofür der Zuwiderhandelnde die Darlegungs- und Beweislast trägt.<sup>1699</sup> Da der Schuldner nicht zur Führung kostenträchtiger Prozesse motiviert werden soll, verbietet dagegen bereits die Gesetzesbegründung eine Anrechnung von Rechtsstreitigkeiten aufgrund der Zuwiderhandlung.<sup>1700</sup>

Im Referentenentwurf zur UWG-Novelle war die Subsidiarität der Gewinnabschöpfung noch auf individuelle Ansprüche privater Dritter, genauer auf Schadensersatzleistungen an Mitbewerber und die aufgrund der Zuwiderhandlung entstandenen Ansprüche der Abnehmer beschränkt.<sup>1701</sup> Der aktuelle Wortlaut zielt ausdrücklich auf eine Erstreckung der Abzugsfähigkeit auch auf Zahlungen auf Grund staatlicher Sanktionen wie z.B. Geldstrafen ab.<sup>1702</sup> Es muss sich allerdings immer um mit der Zuwiderhandlung in kausalem Zusammenhang stehende Zahlungen handeln; auf einen allgemeinen „Wegfall der Bereicherung“ im Sinne des § 818 Abs. 3 BGB kann sich der Anspruchsgegner nicht berufen.<sup>1703</sup>

Auch gegenüber der Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB haben andere Institute Vorrang; insbesondere die verwaltungsrechtliche und die bußgeldrechtliche Vorteilsabschöpfung nach den §§ 34 Abs. 1 und 81 Abs. 5 GWB i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG<sup>1704</sup> bzw. die gegebenenfalls an ihre Stelle tretende strafrechtliche Anordnung des Verfalls auf Grund des § 29a OWiG und der §§ 73 und 73a

---

<sup>1698</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 13; Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 168.

<sup>1699</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 13; Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 168.

<sup>1700</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 168.

<sup>1701</sup> Vgl. RefE UWG, mit Begr. abgedr. GRUR 2003, 298, 299, 310.

<sup>1702</sup> Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks 15/1487, S. 24; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 13.

<sup>1703</sup> Zum Ausschluss der Einrede des Wegfalls der Bereicherung Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 7 a.E.

<sup>1704</sup> Zu den Subsidiaritätsverhältnissen bei §§ 34, 34a GWB s. auch Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34 Rn. 41 sowie § 34a Rn. 18 ff.; Bornkamm in Langen/Bunte, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 14, 16; krit. Fehleemann, Abschöpfungsansprüche, S. 190 f.; vgl. sogleich unten Kap. III. E. 8. f).



StGB. Es sind aber auch sonstige Leistungen an Dritte, wie etwa auch der Schadensersatz nach § 33 Abs. 3 GWB, anzurechnen.<sup>1705</sup>

## b) Nachrangigkeit und Normzweck

In der für den Gewinnabschöpfungsanspruch damit typischen „Vermengung der Schäden von Abnehmern mit denjenigen von Mitbewerbern“ liegt nach *Pokrant* ein wesentliches Problem bei der praktischen Handhabung von § 10 UWG. Die Vorschrift gehe zwar von einem zu Lasten der Abnehmer erzielten Gewinn aus, es seien jedoch sowohl bei der Anspruchsberechtigung als auch bei der Anrechnung von Leistungen des Verletzers gerade Interessen der Mitbewerber von maßgeblicher Bedeutung. *Pokrant* sieht hierin zu Recht eine Vermengung zweier Schutzzwecke, die bei der praktischen Umsetzung des § 10 UWG Probleme bereite.<sup>1706</sup> Gleichwohl sind die Anrechnungsvorschriften eng verbunden mit dem tragenden Normzweck des § 10 UWG, ein durch Durchsetzungsdefizite entstehendes Präventionsdefizit aufzufangen. Der Gewinnabschöpfungsanspruch ist ein Instrument zur Abschöpfung eines Mehrwertes, den sich der Rechtsverletzer mit einer unlauteren Wettbewerbshandlung verschafft hat; er soll aus Gründen der Prävention verhindern, dass dem Zuwiderhandelnden aus seiner Unlauterkeitshandlung ein Gewinn verbleibt.<sup>1707</sup> Da mit dem Anspruch aus § 10 UWG kein einziger Geschädigter individuell befriedigt wird, ist die Gewinnabschöpfung – anders als die grundsätzlich an der Kompensation des Schadens beim Rechtsverletzer orientierte Herausgabe des Verletzergewinns – folglich dann nicht mehr vonnöten, wenn dem Zuwiderhandelnden ein Unrechtsgewinn auch sonst nicht bliebe.<sup>1708</sup> Entsprechendes gilt für § 34a GWB.<sup>1709</sup> Daher soll nur der verbleibende Unrechtsgewinn eingezogen werden und nur insoweit, als

<sup>1705</sup> *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34a Rn. 22 f.; differenzierter *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 34a Rn. 5.

<sup>1706</sup> *Pokrant* FS Ullmann 2006, S. 813, 818.

<sup>1707</sup> Vgl. oben ab Kap. III. A. 4. b).

<sup>1708</sup> Vgl. auch *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 94 f.; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 13; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 167.

<sup>1709</sup> Vgl. *Bornkamm* in Langen/Bunte, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 14.

er nicht bereits durch Zahlungen an Dritte geschmälert wurde, die ihren Rechtsgrund in demselben Verstoß haben; denn insoweit wäre kein Raum mehr für eine Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG:<sup>1710</sup> Soweit der Gewinn also durch sich aus derselben Zuwiderhandlung ergebende Leistungen an Dritte oder den Staat „aufgezehrt“<sup>1711</sup> ist, entfällt das Abschöpfungsbedürfnis.

Ähnlich stellt sich die Situation im Übrigen bei der Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen dar. Auch hier geht es in erster Linie um Prävention; wegen der Furcht der deutschen Zivilrechtslehre vor überkompensatorischer Prävention oder gar Genugtuungsansprüchen allerdings nur soweit, als dem Rechtsverletzer nicht bereits durch andere Rechtsfolgen sein Gewinn und damit der Handlungsanreiz für ähnliche Verletzungen in der Zukunft genommen wurde. Daher soll auch die präventiv wirkende Geldentschädigung nur dann in Betracht kommen, wenn hinreichender Schutz über andere Rechtsbehelfe<sup>1712</sup> ausgeschlossen ist.<sup>1713</sup> Das bedeutet nicht, dass sie nicht neben anderen Ansprüchen angewandt werden könnte; gerade bei schweren Persönlichkeitsrechtsverletzungen wirkt der Geldentschädigungsanspruch wegen der insoweit zu konstatierenden weitgehenden Wirkungslosigkeit des klassischen presserechtlichen Instrumentariums als einzige Rechtsfolge effektiv-präventiv.<sup>1714</sup> Die Subsidiarität soll sich aber der Höhe nach auswirken, so dass sich die Entschädigung hinsichtlich der Genugtuung dann in dem Maße reduziere, in dem anderer zivilrechtlicher<sup>1715</sup> Rechtsschutz – etwa durch eine zügige Gegendarstellung – ver-

---

<sup>1710</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 13; Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 94; a.A. wohl Bauer, die in den Anrechnungsvorschriften des Abs. 2 vor allem ganz erhebliche Risiken für die Verbände sieht, und die daher alternative Lösungen vorschlägt, vgl. Bauer, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 191 ff.

<sup>1711</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 13.

<sup>1712</sup> Zu den übrigen Ansprüchen des Verletzten v. Holleben, Geldersatz, S. 48 ff.; Damm/Rehbock, Widerruf u.a., Rn. 988 ff., jeweils m.w.N.

<sup>1713</sup> Vgl. eingehend Müller in Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, § 51 Rn. 24 ff. m.w.N. Insgesamt sollen hieran die Anforderungen nicht allzu hoch angesetzt werden, ein erfolgreicher Widerrufsanspruch etwa schließt den Anspruch auf Geldentschädigung nicht aus, vgl. BGH NJW-RR 1988, 733, 734 – Normalbürger; Klüber, Persönlichkeitsschutz, S. 150; v. Holleben, Geldersatz, S. 48 ff., jeweils m.w.N.

<sup>1714</sup> V. Holleben, Geldersatz, S. 48 f. m.w.N.

<sup>1715</sup> Bei strafrechtlichen Sanktionen dagegen soll es insoweit an einer für die Erreichung von Genugtuung erforderlichen Berücksichtigung der „besonderen persönlichen Beziehung“ zwischen Täter und Opfer fehlen; daher

füßbar sei;<sup>1716</sup> dies kann jedoch nur gelten, soweit dieser gerade das Präventionsbedürfnis mindert.<sup>1717</sup> Präventionsbedürfnisse können dann womöglich auch durch eine parallele strafrechtliche Verfolgung wegfallen.<sup>1718</sup>

### c) Anrechnung von Schadensersatzzahlungen

Aufgrund derselben Zuwiderhandlung geleistete Schadensersatzzahlungen an Mitbewerber nach § 9 UWG sind als Leistungen an Dritte unproblematisch nach § 10 Abs. 2 UWG abzugsfähig,<sup>1719</sup> auch wenn sie grundsätzlich neben den Kompensations- oder Gewährleistungsansprüchen der Abnehmer bestehen und vom Rechtsgrund her von jenen zu unterscheiden sind.<sup>1720</sup> Schließlich geht es um die Abschöpfung eines ansonsten zu Unrecht beim Zuwiderhandelnden verbleibenden Gewinns als eines „einheitlichen“, von den unterschiedlichen Kompensationsansprüchen unabhängigen „Bestandsposten[s]“,<sup>1721</sup> der durch jedwede auf dieselbe Handlung zurückzuführende Ausgleichszahlungen geschmälert wird.<sup>1722</sup>

---

sei zwischen der Genugtuungsfunktion im Rahmen des zivilrechtlichen Ausgleichsanspruchs und dem Anspruch auf strafrechtliche Verurteilung des Täters stets zu unterscheiden, vgl. (zu § 847 BGB a.F.) BGH NJW 1995, 781, 782 f. mit ausführlichen Nachw. zum bisherigen Streitstand; BGH NJW 1996, 1591; zust. v. *Holleben*, Geldersatz, S. 61.

<sup>1716</sup> V. *Holleben*, Geldersatz, S. 61.

<sup>1717</sup> Der Entscheidung des LG Berlin etwa, auf die sich *von. Holleben* bezieht, vgl. v. *Holleben*, Geldersatz, S. 61, lag nämlich nach den Urteilsgründen bereits keine bewusste Ausnutzung der Person des Verletzten und kein zielgerichteter Angriff auf dessen Person vor. Auch weil die Verletzungshandlung – die auf einer Verwechslung beruhte – keine schwerwiegenden Folgen für den Verletzten gehabt habe und schließlich eine unverzügliche und unaufgeforderte Richtigstellung zur Minderung des Schadens beigetragen habe, sei eine besondere Berücksichtigung des Präventionsgedankens hier nicht geboten, vgl. LG Berlin NJW-RR 1998, 316, 317.

<sup>1718</sup> V. *Holleben*, Geldersatz, S. 61 f.; dies gilt aber jedenfalls nicht hinsichtlich der Genugtuungsfunktion, vgl. soeben Fn. 1715.

<sup>1719</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 122; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 13; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 249.

<sup>1720</sup> Hierin sah der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren einen Kritikpunkt, vgl. BT-Drucks. 15/1487, S. 34 f.; ähnlich *Schaub* GRUR 2005, 918, 922; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 170; auch aus dem Gesichtspunkt der Prävention heraus ist die Regelung, wie *Gärtner* darlegt, allerdings insoweit schlüssig, als der unlauter agierende Unternehmer eventuelle Schadenersatzrisiken, ähnlich wie seine Produktionskosten, im Vorhinein in die Kalkulation einbeziehen wird, vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 113. Davon abgesehen sollte nicht vergessen werden, dass Konkurrentenklagen auf Schadensersatz aufgrund der Schwierigkeiten beim Schadensnachweis verhältnismäßig selten vorkommen und wenn, dann oft von geringer Durchschlagskraft sind, vgl. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 177 ff. m.w.N. sowie bereits oben Kap. II. A. 5. m.w.N.

<sup>1721</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 113.

<sup>1722</sup> V. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 249 f.; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 113; vgl. hierzu die Kritik des Bundesrates sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren, BT-Drucks. 15/1487, S. 34 f., 43.

### d) Verhältnis zu Geldstrafen und Geldbußen

Geldstrafen und Geldbußen fallen schon dem Wortlaut nach unmittelbar unter die Abzugsfähigkeit nach § 10 Abs. 2 UWG und sind somit nach geltendem Recht von der Abschöpfungssumme zu subtrahieren.<sup>1723</sup> Bei der Frage nach der Sachgerechtigkeit dieses Anrechnungsprivilegs zeigen sich allerdings einmal mehr die unterschiedlichen Auffassungen in der Literatur über den eigentlichen Regelungszweck des Gewinnabschöpfungsanspruchs.

#### (1) Kritik an der Anrechnungsfähigkeit von Geldstrafen und Geldbußen

So ist *Gärtner* der Ansicht, dass die Anrechnung einer echten Geldstrafe im Rahmen des § 10 Abs. 2 UWG trotz des entgegenstehenden Wortlautes als nicht sachgerecht abzulehnen sei,<sup>1724</sup> während im Falle einer staatlich verhängten Geldbuße aufgeschlüsselt werden müsse, welcher Teil des Bußgeldes als Abschöpfungsbetrag und welcher als Sanktions- und Präventionsanteil verhängt worden sei. Nur der Abschöpfungsbetrag dürfe dann im Rahmen des § 10 Abs. 2 UWG angerechnet werden.<sup>1725</sup> *Gärtner* leitet dies aus seiner Ansicht nach mit den jeweiligen Rechtsfolgen verbundenen Normzwecken und aus einem systematischen Vergleich mit der Rechtslage bei den hoheitlichen Abschöpfungsinstituten wie Verfall und ordnungswidrigkeitsrechtlicher Vorteilsabschöpfung ab. Dort wird zwischen Sanktions- und Präventionszwecken einerseits und Abschöpfungszwecken andererseits genau unterschieden.<sup>1726</sup> Primärstrafen wie die Geldstrafe nach dem heutigen Tagessatzsystem, die lediglich präventiv und sanktionierend wirken sollen, bestehen damit systematisch grundsätzlich *neben* den ausschließlich<sup>1727</sup> auf Abschöpfung ausgerichteten Verfalls- und Abschöp-

---

<sup>1723</sup> So auch *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 13.

<sup>1724</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 114 f.

<sup>1725</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 115 f.

<sup>1726</sup> Vgl. eingehend *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 64 f. m.w.N.

<sup>1727</sup> Hierbei ist allerdings zu beachten, dass der strafrechtliche Verfall nach dem Umschwenken von der Nettoberechnung mit zahlreichen Kostenabzugsmöglichkeiten auf die Bruttoberechnung nicht mehr einhellig als „quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme“ eigener Art ohne Strafcharakter (zum Charakter des Verfalls insb. *Eser* in *Schönke/Schröder*, StGB, Vorbem. § 73 Rn. 18 m.w.N.; *Eberbach* NStZ 1987, 486, 489 f.; zusammenfassend *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 71 mit zahlreichen w.N.) angesehen wird. Vielmehr ist die Rechtsnatur des Verfalls zwischen der führenden Meinung in der Literatur und der Rechtsprechung umstritten. Während

fungsvorschriften;<sup>1728</sup> im Falle der Geldbuße wird in § 17 Abs. 4 OWiG gar ausdrücklich unterschieden in einen abschöpfenden Anteil und einen präventiv-sanktionierenden Aufschlag. Eine Anrechnung der mittelbaren Präventionswirkung, die von einer Abschöpfung ausgeht, auf die unmittelbar präventiv oder sanktionierend wirkende Geldstrafe erfolge in der Konsequenz nicht.<sup>1729</sup> Entsprechend sieht *Gärtner* eine mit der „Systematik der Abschöpfungsinstitute“ vereinbare Gewinnabschöpfung nur insoweit als zulässig an, als der Unterschied zwischen unmittelbar präventiv-sanktionierend ausgerichteter „Primärstrafe“ und reiner „Abschöpfung“ beachtet werde.<sup>1730</sup>

Auch der Bundesrat hat im Übrigen bereits während des Gesetzgebungsverfahrens in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf Bedenken über mögliche Wertungswidersprüche geäußert, die sich aus den Anrechnungsregelungen ergeben könnten. Dies sei etwa dann der Fall, wenn im Rahmen der Anwendung des § 10 UWG gerade solche Unlauterkeitstäter „privilegiert“<sup>1731</sup> würden, die sich durch einen besonders schweren Verstoß strafbar gemacht hätten und ihren abzuschöpfenden Gewinn durch die Anrechnung einer Geldstrafe klein- oder gar auf Null rechnen könnten. Es daher „vom Strafzweck her unvertretbar“, „eine verhängte Strafe auf zivilrechtliche Forderungen anzurechnen und gar eine verhängte Strafe“ dem „Straftäter wieder erstatten zu lassen“.<sup>1732</sup> Für den Fall, dass eine Gewinnabschöpfung zeitlich vor einem strafrechtlichen Verfahren stattge-

---

die Literatur zu weiten Teilen auch dem Verfall inzwischen einen Strafcharakter zuspricht, ändert sich nach der Rechtsprechung an der Einordnung des Verfalls als eine nicht-strafende Ausgleichsmaßnahme durch die Einführung des Nettoprinzips nichts, vgl. zum Ganzen ausführlich und mit zahlr. Nachw. *Joecks* in MüKo-StGB, § 73 Rn. 8 ff.; für die h.M. in der Literatur *Eser* in Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. § 73 Rn. 19; *Kühl* in Lackner/Kühl, § 73 Rn. 4b; für die Gegenmeinung BVerfG NJW 2004, 2073 ff.; BGH NJW 2002, 3339, 3340 f.; i.E. zust. *Joecks* a.a.O. Rn. 14; weitere Nachw. bei *Fischer*, StGB, § 73 Rn. 3 f.; krit. zur Herleitung der Rspr., im Ergebnis dieser aber zust. auch *Best* JR 2003, 335, 340. Die Linie der Rpr. hat wohl auch praktische Gründe, da die Anerkennung eines Strafcharakters auch das Erfordernis von Straf abwägungen und der Berücksichtigung bei der allgemeinen Strafzumessung nach sich ziehen würde, vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 73 f. mit Verweis insb. auf *Eser* in Schönke/Schröder, StGB, § 73 Rn. 44.

<sup>1728</sup> Ausführlich *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 64 f., 114 ff. m.w.N.

<sup>1729</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 114 f. m.w.N.

<sup>1730</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 115.

<sup>1731</sup> Stellungnahme des Bundesrates zum RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 35.

<sup>1732</sup> So die etwas ungenaue Formulierung in der Stellungnahme des Bundesrates zum RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 35; i. E. aber zust. *Mönch* ZIP 2004, 2032, 2033.

funden habe, werde sich „der Sinn eines Strafverfahrens kaum noch erschließen“, da schon im Vorhinein feststünde, dass die zu verhängende Strafe der vorangegangenen Gewinnabschöpfung wegen dem Straftäter vom Staat wieder zu erstatten wäre.<sup>1733</sup>

#### **(2) Präventionswirkung des Strafverfahrens nicht beeinträchtigt**

Hiergegen ist allerdings zunächst mit *von Braunmühl* einzuwenden, dass die „stigmatisierende und belastende“ Wirkung eines Strafverfahrens im Vergleich zur privatrechtlichen Gewinnabschöpfung erheblich schwerer wiegt und daher auch in einer solchen – möglicherweise eher theoretischen<sup>1734</sup> – Konstellation eigene Präventions- und Sanktionswirkung entfalten würde.<sup>1735</sup> Daher bekommt gerade das Strafverfahren Vorrang vor dem zivilrechtlichen Abschöpfungsanspruch eingeräumt, so dass auch bei einer rückwirkenden Erstattung selbstverständlich nicht Teile der Geldstrafe, sondern im Zweifel nur Teile des zuvor zivilrechtlich abgeschöpften Gewinns erstattet würden.<sup>1736</sup>

#### **(3) Kongruenz von Anrechnungsregelung und Normzweck**

Auch der Einwand des Bundesrates führt im Übrigen auf die Frage der Normzwecke von Kriminalstrafe, Geldbuße sowie Abschöpfungsregelungen und ihres systematischen Verhältnisses zueinander zurück. Zum tatsächlichen Normcharakter des Gewinnabschöpfungsanspruchs hinsichtlich seines präventiven und sanktionierenden Gehaltes wird weiter unten noch näher Stellung genommen.<sup>1737</sup>

Es lässt sich aber bereits jetzt festhalten, dass der Gesetzgeber die tatsächliche Intensität, den Grad der präventiven oder sanktionierenden Wirkung einer Norm nicht allein durch Absichtserklärungen in der Gesetzesbegründung, sondern vor

---

<sup>1733</sup> Stellungnahme des Bundesrates zum RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 35.

<sup>1734</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 151.

<sup>1735</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 259; dem folgend *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 197; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 173; gleichwohl bezeichnet *von Braunmühl* die Anrechnung von Geldstrafe und Geldbuße als eine Privilegierung des Verurteilten, die „weder dogmatisch noch rechtspolitisch besonders geglückt“ sei. Er bezieht diese Privilegierung an dieser Stelle allerdings auf die Nichtanrechnung von Freiheitsstrafen im Vergleich zur Geldstrafe, vgl. *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 150.

<sup>1736</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 197.

<sup>1737</sup> S. Kap. IV. E.

allem durch seine Entscheidung über die konkrete Ausgestaltung der Rechtsfolge bestimmt. Insofern ist er frei, und es zeigt sich auch hierbei die Wechselwirkung zwischen Normzweck und tatsächlicher tatbestandlicher Ausgestaltung: Gerade durch die Anrechnungsregelung des Abs. 2, aber auch durch den mehrfach hervorgehobenen Zweck der Gewinnabschöpfung, eher faktische als normative Durchsetzungsdefizite zu kompensieren,<sup>1738</sup> stellt sich die Abschöpfung als solche als durch den Aspekt der Vermögensordnung begrenzt dar.<sup>1739</sup> Wo der (Unrechts-) Gewinn nicht mehr vorhanden ist, besteht nach dieser Wertung auch kein Bedürfnis der Abschöpfung mehr.<sup>1740</sup> Zwar ist die Abschöpfung kein Selbstzweck; sie soll vielmehr, wie ihre Nachrangigkeit zeigt, dazu führen, dass sich unlauterer Wettbewerb auch in solchen Fällen „nicht lohnt“,<sup>1741</sup> in denen die übrigen Reaktionsinstrumentarien des Rechts ausfallen oder versagen. Nur insoweit reicht aber auch der Präventionszweck der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung; sie soll also nicht nur einen Kompensations- und Gewährleistungsrechtsausfall, sondern zugleich das damit einhergehende Präventionsdefizit neutralisieren.<sup>1742</sup> Es ist auch hier vor allem der Unterschied zwischen dem Zweck einer Regelung und ihrer Wirkung beim Normempfänger zu beachten: Ein Präventionsdefizit im Sinne mangelnder Normbestätigung ist aus Sicht des Zuwiderhandelnden dann nicht mehr gegeben, wenn der Unrechtsgewinn nicht mehr in seinem Vermögen vorhanden ist, sei dieser dem Täter nun aus Gründen der Prävention, Sanktion oder Strafe oder allein um der Abschöpfung willen entzogen worden. Auch Geldstrafe und Geldbuße gehen daher der Gewinnabschöpfung vor.<sup>1743</sup>

---

<sup>1738</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23 und 24.

<sup>1739</sup> Vgl. oben Kap. III. A. 4 b).

<sup>1740</sup> Vgl. *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 122; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 113.

<sup>1741</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 13 sowie Gegenäußerung der Bundesregierung, a.a.O., S. 43.

<sup>1742</sup> Vgl. oben Kap. III. A. 4. c) (1).

<sup>1743</sup> Zum selben Schluss kommen insoweit *Schmauß*, der von einer reinen Neutralisierungsfunktion des Gewinnabschöpfungsanspruchs ausgeht, vgl. *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 96, sowie *Fehle mann*, der ebenfalls auf die generalpräventive Ausrichtung von § 10 UWG abstellt, s. *Fehle mann*, Abschöpfungsansprüche, S. 160.

**(4) Keine Analogie zu hoheitlichen Abschöpfungsregelungen**

*Gärtner* geht für seine These im Übrigen von einer systematischen Verwandtschaft des § 10 UWG zu den hoheitlichen Abschöpfungsinstituten der §§ 73 ff. StGB, § 17 Abs. 4 OWiG und § 34 GWB aus. Schon diese Prämisse ist zumindest nicht zwingend. Umgekehrt lässt sich der Gewinnabschöpfungsanspruch durch die zivilrechtliche Ausgestaltung, die Bezüge auf das Rechtsfolgensystem im gewerblichen Rechtsschutz und systematische Unterschiede wie etwa das Verschuldenserfordernis ebenso gut, nach der hier vertretenen Ansicht sogar besser, in die Reihe verstärkter zivilrechtlicher Durchsetzungsinstrumentarien einordnen, die im Zuge jüngerer Liberalisierungsbestrebungen und vor dem Hintergrund einer traditionell zivilrechtlich dominierten Rechtsbereiches<sup>1744</sup> wie des Lauterkeitsrechts geschaffen wurden. Aus dem Verhältnis des Verfalls zur Kriminalstrafe bzw. der Systematik des § 17 Abs. 4 OWiG lassen sich damit keine systematischen Folgerungen für eine zwingende Auslegung des § 10 UWG ableiten.

**(5) Keine Anrechnungseinschränkungen auch unter Berücksichtigung der §§ 34, 34a GWB**

Nichts anderes ergibt sich auch aus dem Vergleich mit § 34a GWB, dessen Auslegung sich in einigen Punkten an der des § 34 GWB anlehnt. Nach *Gärtner* sollen allgemein im Rahmen der §§ 34, 34a GWB Geldstrafen und Geldbußen, soweit sie „reinen Ahndungscharakter“ hätten, von der Anrechnung ausgeschlossen sein.<sup>1745</sup> Im GWB ist tatsächlich zunächst zu unterscheiden zwischen der Subsidiarität der Vorteilsabschöpfung nach § 34 Abs. 2 S. 1 GWB gegenüber der kartellbehördlichen Bußgeldverhängung oder Anordnung des Verfalls einerseits und der Frage nach einer entsprechenden Subsidiarität auch gegenüber strafrechtlichem Verfall andererseits. Wegen der Vorschrift des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB und dem Fehlen einer entsprechenden Regelung im OWiG ist etwa

---

<sup>1744</sup> Zu den Gründen hierfür vgl. den Ansatz von *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 45 m.w.N.

<sup>1745</sup> Vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 115, Fn. 553 mit Verweis auf Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 36.



*Fehlemann* der Ansicht, dass nach § 34 Abs. 2 S. 1 GWB nur der ordnungswidrigkeitsrechtliche, nicht aber der strafrechtliche Verfall anrechenbar sein könne.<sup>1746</sup> Eine solche Unterscheidung wäre allerdings sachlich unsinnig und ist daher, notfalls im Wege berichtigender Auslegung, abzulehnen.<sup>1747</sup> Des Weiteren weist die Regierungsbegründung – allerdings auch nur im Zusammenhang mit § 34 GWB – tatsächlich darauf hin, dass „auch in Zukunft Bußgelder neben ihrem Sanktionscharakter gleichzeitig die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils bezwecken“ könnten. Sie geht dabei aber gerade nicht von einer – in der Praxis kaum handhabbaren – Aufspaltung der Geldbuße nach sanktionierenden und abschöpfenden Anteilen aus, sondern stellt vielmehr fest, dass „in solchen Fällen“ eine Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB „ausgeschlossen“ sei.<sup>1748</sup>

Zu § 34a Abs. 2 GWB findet sich gerade keine entsprechende Aussage, und auch der Normtext enthält keine Regelung, die entsprechende Rückschlüsse zuließe. Vielmehr sind auch hiernach, wie bei § 10 Abs. 2 S. 1 UWG, „Leistungen anzurechnen, die das Unternehmen auf Grund des Verstoßes erbracht hat“. Der anschließende Rechtsfolgenverweis bezieht sich nur auf die Regelung zur nachträglichen Rückerstattung aus § 34 Abs. 2 S. 2 GWB, vgl. § 34a Abs. 2 S. 2 GWB.<sup>1749</sup> Insgesamt ist anzumerken, dass sich hinsichtlich der Position im Gefüge der Rechtsfolgen die Folgevorschrift des § 34a GWB aufgrund der ganz unterschiedlichen Rechtsfolgenumgebung<sup>1750</sup> und Ausgangslage kaum für Rückschlüsse auf die Anwendung von § 10 UWG eignet. Dass sich der Gesetzgeber bei den Zielen, die kartellrechtliche Vorteilsabschöpfung systematisch in die bestehenden Rechtsfolgen des GWB einzufügen und andererseits die Regelung dem § 10 UWG nachzuempfinden, in solchen Einzelheiten für eine Ausgestal-

<sup>1746</sup> Vgl. *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 191; anders insofern die Begr. zum RegE GWB, die auch den Verfall nach § 73 StGB als vorrangig ansieht, vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 36.

<sup>1747</sup> Ohne Differenzierung etwa auch *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 16; *Rehbinder* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, *KartellR*, § 34a Rn. 5.

<sup>1748</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 36.

<sup>1749</sup> A.A. insoweit allerdings auch *Fehlemann*, *Abschöpfungsansprüche*, S. 191 Fn. 940.

<sup>1750</sup> Dazu vgl. oben Kap. II. A. 5.

tung nach dem Vorbild des § 10 UWG und gegen eine Anpassung an die bestehende Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB entschieden hat, spricht jedoch eher für eine eigenständige, von den hoheitlich ausgestalteten Abschöpfungsinstituten systematisch abgegrenzte Betrachtungsweise der neuen Verbandsansprüche. Gegen die Anrechnung von Geldstrafen oder auch primär strafender Anteile von Geldbußen im Rahmen des § 10 UWG ist auch unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls nichts einzuwenden. Geldstrafen und Geldbußen sind daher entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift bei der Anrechnung auch nicht auf ihren abschöpfenden Anteil beschränkt.<sup>1751</sup>

#### e) Verhältnis zu den strafrechtlichen Verfallsvorschriften

Problematisiert wird im Rahmen der Anrechnungsvorschriften schließlich das Konkurrenzverhältnis zur Anordnung des strafrechtlichen Verfalls nach §§ 73 ff. StGB. *Sack* äußerte vor Inkrafttreten des § 10 UWG gar Bedenken, dass dessen Regelungen zu einer parallelen Anwendung der Gewinnabschöpfung nach Lauterkeitsrecht und des Verfalls führen könnten; er forderte daher die Schaffung „eindeutiger und verfassungsrechtlich einwandfreier Regelungen“ über deren Verhältnis.<sup>1752</sup> Diese Sorge teilen die übrigen Autoren nicht: Eine Kumulation von Abschöpfungsanspruch nach § 10 UWG und Verfall nach StGB schließt die herrschende Meinung aus.<sup>1753</sup> Dabei wird zum einen vertreten, der Verfall sei dem § 10 UWG vorrangig und damit gem. § 10 Abs. 2 UWG bei der Abschöpfung in Abzug zu bringen,<sup>1754</sup> zum Teil wird umgekehrt die Vorschrift des Lauterkeitsrechts als speziellere angesehen, so dass die Anordnung des Verfalls insoweit von vorneherein ausgeschlossen sei.<sup>1755</sup>

---

<sup>1751</sup> Ebenso *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 111; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 131; ohne Differenzierung insoweit auch *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 13.

<sup>1752</sup> *Sack* WRP 2003, 549, 553.

<sup>1753</sup> Vgl. etwa v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 257; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 97.

<sup>1754</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 124; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 131.

<sup>1755</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 257; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 174; *Alexander* WRP 2004, 407, 418 f.

**(1) Gewinnabschöpfung als lex specialis?**

Diese zweite Ansicht hat zunächst gute systematische Argumente für sich. Diese ergeben sich zum einen aus den Regelungen zum Verfall selbst: Nach § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB ist der Verfall ausgeschlossen, soweit gegen den Täter aus der Tat ein Rechtsanspruch des Verletzten besteht. Die Anwendbarkeit dieser Regelung im Bereich des Wettbewerbsrechts wurde in der Literatur allerdings bezweifelt, und zwar gerade wegen der regelmäßig hohen Anzahl an durch einen Wettbewerbsverstoß Geschädigten.<sup>1756</sup> Mit der Einführung des § 10 UWG, der ja von der Abschöpfungswirkung her an die Stelle der Einzelansprüche treten soll, gehen einige Stimmen in der Literatur von einer Anwendbarkeit des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB aus.<sup>1757</sup> Da sich der Wortlaut zunächst auf Ansprüche „des Verletzten“ beschränkt, gelte dieser zumindest analog,<sup>1758</sup> im Übrigen gehe § 10 UWG den §§ 73 ff. StGB hinsichtlich wettbewerbsrechtlich relevanter Verstöße als speziellere Vorschrift vor.<sup>1759</sup> Gerade weil – auch – der Verfall keinen unmittelbaren Strafcharakter hat und er ebenfalls subsidiär zu den Individualansprüchen besteht, lassen sich Verfall und Gewinnabschöpfungsanspruch auf den gemeinsamen Nenner „Entzug unrechtmäßig erlangter wirtschaftlicher Vorteile“ bringen.<sup>1760</sup> Damit lässt sich gut vertreten, bezüglich lauterkeitsrechtlicher Verstöße die Gewinnabschöpfung grundsätzlich als *lex specialis* anzusehen.

**(2) Verfall als stärkeres Präventionsinstrument**

Rechtspolitisch ergibt sich hier allerdings ein gewichtiges Problem, das wiederum die übergeordneten Zwecke tangiert, die dem Gewinnabschöpfungsan-

---

<sup>1756</sup> Vgl. Eser in Schönke/Schröder, StGB, § 73 Rn. 26 m.w.N.; zust. Alexander WRP 2004, 407, 419; anders aber die Rspr., vgl. BGH GRUR 2008, 818, 825 – *Strafbare Werbung im Versandhandel* m.w.N.

<sup>1757</sup> Alexander WRP 2004, 407, 419; v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 257.

<sup>1758</sup> § 73 Abs. 1 S. 2 StGB schützt den Täter vor doppelter Inanspruchnahme bezüglich des aus der Tat Erlangten, die Vergleichbarkeit der Gefahrenlage bei einer möglichen Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG erfordere damit die analoge Anwendung dieser Ausschlussvorschrift, s. dazu Alexander WRP 2004, 407, 419 m.w.N.; Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 174; Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 97.

<sup>1759</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 257; Alexander WRP 2004, 407, 419.

<sup>1760</sup> Vgl. Alexander WRP 2004, 407, 419; v. Braunmühl sieht dagegen gerade in der zunehmenden Betonung des Strafcharakters des Verfalls nach dem Umschwenken von Netto- zu Bruttoprinzip eine weitere Indikation für eine Ähnlichkeit zwischen den Instituten, vgl. v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 257.

spruch und den Verfallsvorschriften jeweils zugrunde liegen. Dem Wortlaut des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB entsprechend („soweit dem Verletzten ein Anspruch *erwachsen* ist, dessen Erfüllung ... [den Wert des Erlangten] entziehen *würde*“) kommt es für den Ausschluss des Verfalls nämlich nur auf die rechtliche Existenz eines Anspruchs an, nicht aber auf dessen tatsächliche Geltendmachung.<sup>1761</sup> *Alexander* leitet hieraus ab, dass eine Verfallsanordnung bei wettbewerbsbezogenen Straftaten damit regelmäßig ausscheiden werde.<sup>1762</sup> Gerade in den Fällen strafrechtlich relevanter Wettbewerbsverstöße sollte aber eine Abschöpfung der rechtswidrigen Tatvorteile aus Präventionsgründen so weit als möglich gewährleistet sein. Der Amtsermittlungsgrundsatz des Strafrechts wird hierfür im Zweifel besser geeignet sein als die Geltendmachung eines Gewinnabschöpfungsanspruchs, die allein im Ermessen der insoweit mit dem Nachweis- und Prozessrisiko belasteten privatrechtlichen Verbände liegt.

#### **(3) Ergebnis: Vorrang des Verfalls auch nach der Rechtsprechung**

Der 1. Strafsenat des BGH hat dementsprechend in einer jüngeren Entscheidung festgestellt, dass das Bestehen eines lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs die Verfallsanordnung nicht nach § 73 Abs. 1 S. 2 StGB hindere, da es sich um keinen dem Verletzten zustehenden Anspruch handele, zumal der Abschöpfungsbetrag dem Bundeshaushalt zugute komme.<sup>1763</sup> Einer analogen Anwendung des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB bedürfe es entgegen der Ansicht *Alexanders* im Übrigen nicht, da der Gefahr der doppelten Inanspruchnahme sowohl im Zivil- als auch im Strafverfahren – namentlich mit § 10 Abs. 2 UWG einerseits und § 73c Abs. 1 StGB andererseits – wirksam begegnet werden könne.<sup>1764</sup> Daher dürfte inzwischen die Anwendbarkeit des Verfalls vor § 10 UWG vorgegeben und ein Rückgriff auf § 73 Abs. 1 S. 2 StGB nicht mehr erforderlich sein.<sup>1765</sup>

---

<sup>1761</sup> BGH NStZ 1996, 332; BGH NStZ 1984, 409.

<sup>1762</sup> *Alexander* WRP 2004, 407, 419; *ders.*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 563 f.

<sup>1763</sup> BGH GRUR 2008, 818, 829 – *Strafbare Werbung im Versandhandel*.

<sup>1764</sup> BGH GRUR 2008, 818, 829 – *Strafbare Werbung im Versandhandel*.

<sup>1765</sup> So nun auch *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 13 mit Verweis auf BGH WRP 2008, 1071 Tz. 135; *Bornkamm* in Langen/Bunte, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 16; vgl. aber noch *Köhler* in Hefere-

**f) Verhältnis zu §§ 34, 34a GWB**

Nach wohl herrschender Meinung hätte bei einer Kollision auch die behördliche Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB Vorrang vor der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung.<sup>1766</sup> Zum Teil wird auch eine Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB als anrechenbar angesehen;<sup>1767</sup> eine andere, wohl überholte Ansicht wollte bei einer Konkurrenz zwischen den Verbandsansprüchen § 10 Abs. 3 UWG analog anwenden.<sup>1768</sup>

**g) Vertragsstrafen, Ordnungsgelder und Abmahngebühren**

Die Anrechenbarkeit von Vertragsstrafen im Rahmen des § 10 Abs. 2 UWG ist umstritten. Nach einer Ansicht geht der Zuwiderhandelnde mit der Abrede einer Vertragsstrafe ein bewusstes Risiko ein, das er in seine wirtschaftliche Kalkulation einbeziehe.<sup>1769</sup> Dem wird zu Recht entgegengehalten, dass dies auch bei Schadensersatzansprüchen grundsätzlich der Fall sein kann.<sup>1770</sup> Dennoch ist zuzugeben, dass das tatsächliche Risiko, eine Vertragsstrafe zahlen zu müssen, im Wettbewerbsrecht wesentlich höher ist, als die Wahrscheinlichkeit, auf den mit Darlegungsschwierigkeiten belasteten Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden; auch aufgrund dieser Nachweisschwierigkeiten werden Vertragsstrafen überhaupt vereinbart.<sup>1771</sup> Die Vertragsstrafe hat im Ergebnis jedoch auch und gerade eine präventive Funktion;<sup>1772</sup> selbst wenn der Zuwiderhandelnde sie kalkuliert, so kann also zumindest insoweit nicht mehr von einem Präventionsaus-

---

mehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 10 Rn. 13; im Ergebnis ebenso bereits *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 124.

<sup>1766</sup> Vgl. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 190; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 13. Dies ist gedanklich von dem Umstand zu trennen, dass die kartellrechtlichen Verbote inzwischen als abschließend angesehen werden und eine darüber hinausgehende Sanktionierung nach § 4 Nr. 11 UWG nicht mehr möglich sein soll, vgl. BGH GRUR 2006, 773, 774 – *Probeabonnement*.

<sup>1767</sup> Etwa *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 131.

<sup>1768</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, 1. Aufl., § 10 Rn. 124; in der Folgeauflage ersatzlos gestrichen.

<sup>1769</sup> *Mönch* ZIP 2004, 2032, 2033.

<sup>1770</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 95.

<sup>1771</sup> So lässt sich die Vertragsstrafe im Lauterkeitsrecht auch als pauschalierter Mindestschadensersatz verstehen, der dem Schadensausgleichinteresse des Gläubigers Rechnung trägt, ohne dass dieser mit der Pflicht eines Schadensnachweises belastet wäre, vgl. *Sosnitza* in *Piper/Ohly/Sosnitza*, UWG, § 12 Rn. 35; *Bornkamm* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 12 Rn. 1.138 m.w.N.

<sup>1772</sup> Denn der Zuwiderhandelnde soll mithilfe dieses Druckmittels zu künftigem Wohlverhalten veranlasst werden, vgl. *Bornkamm* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 12 Rn. 1.138 m.w.N.

fall die Rede sein. Insofern ist diese Schmälerung des Gewinns nach der Konstruktion des § 10 Abs. 2 UWG mit der herrschenden Meinung doch zu berücksichtigen.<sup>1773</sup> Es spricht allerdings auch einiges dafür, solche Vertragsstrafen, die ersichtlich nur aus dem Grunde vereinbart wurden, einen Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG auszuschließen und den Gewinn stattdessen einem nahestehenden Vertragspartner zukommen zu lassen, als ausnahmsweise nicht abzugsfähig einzuordnen.<sup>1774</sup> Auch Vergleichszahlungen an einen der Gläubigerverbände (ohne Abführung an den Bundeshaushalt) werden als nicht anrechenbar angesehen, um einen „Ablasshandel“ gar nicht erst aufkommen zu lassen.<sup>1775</sup>

Abzugsfähig sind auch Ordnungsgelder aus einer Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO. Auch wenn deren Abschöpfungsbetrag nicht der Höhe nach an den Unrechtsgewinn anknüpft,<sup>1776</sup> sondern davon unabhängig unmittelbar auf das Vermögen des Zuwiderhandelnden zugreift<sup>1777</sup> und damit höchstens mittelbar den Zweck einer Gewinnabführung verfolgt,<sup>1778</sup> dienen doch beide Maßnahmen der (Negativ-) Prävention<sup>1779</sup> bezüglich derselben Zuwiderhandlung.<sup>1780</sup> Soweit der Unrechtsgewinn als Teil des Vermögens des Schuldners durch das Ordnungsgeld verringert ist, besteht daher keine mit § 10 UWG zu schließende präventive Schutzlücke.<sup>1781</sup>

---

<sup>1773</sup> Köhler GRUR 2003, 265, 266; ders. in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 13; v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 252, 255; Bauer, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 190.

<sup>1774</sup> Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 130.

<sup>1775</sup> Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 130; zur Frage eines missbräuchlichen „Ablasshandels“ vgl. näher unten Fn. 3001. Vergleichszahlungen im Rahmen eines Gewinnabschöpfungsverfahrens mit Auskehr an den Bundeshaushalt sind dagegen selbstverständlich wirksam und werden auch bereits praktiziert; vgl. Stadler in Augenhöfer, Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, S. 130 Fn. 52.

<sup>1776</sup> Vgl. Sosnitza GRUR 2003, 739, 741; Köhler GRUR 2003, 265, 266.

<sup>1777</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 254.

<sup>1778</sup> Vgl. Köhler GRUR 2003, 265, 266.

<sup>1779</sup> Wobei dem Ordnungsgeld anders als die Gewinnabschöpfung durch den Durchgriff auf das Vermögen des Zuwiderhandelnden ein eindeutig strafendes Element innewohnt.

<sup>1780</sup> So auch v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 254.

<sup>1781</sup> Vgl. v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 254; dem folgend Bauer, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 190 f.; zu einer zeitlichen Einschränkung der Anrechenbarkeit auf den Gewinnanteil, der zeitlich nach der Verhängung erwirtschaftet wurde v. Braunmühl a.a.O. Rn. 255; dagegen Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 132.

Als Kosten des Rechtsstreits sollen Kosten aus einer Abmahnung oder einstweiligen Verfügung weder im Rahmen der Gewinnberechnung nach Abs. 1 noch im Zuge der Subsidiarität nach Abs. 2 abzugsfähig sein.<sup>1782</sup> Nach *von Braunmühl* rechtfertigt sich dies daraus, dass beide Zahlungsgründe keinen – auch nicht mittelbaren – sanktionierenden oder präventiven Charakter haben; gerade die Abmahngebühren sollten dem Abmahnenden schlicht einen Teil seiner eigenen Kosten erstatten.<sup>1783</sup> Nach Ansicht der Gegenmeinung werde dem Zuwiderhandelnden in „mit Grundprinzipien eines Rechtsstaates offensichtlich unvereinbarer“ Weise die Klärung der Rechtslage erschwert, indem Rechtsverfolgung und Gewinnabführung „doppelte Kosten“ verursachten.<sup>1784</sup> Es bleibt zumindest festzuhalten, dass das Argument der Gesetzesbegründung, der Zuwiderhandelnde solle nicht in Versuchung geraten, sich auf kostenträchtige und langwierige Prozesse einzulassen bzw. durch Verschleppungstaktik eine zügige Klärung zu vermeiden,<sup>1785</sup> bei solchen Kosten der Rechtsstreitigkeiten nicht greift, deren Aufwendung der unlauter Handelnde gar nicht mehr vermeiden kann, wie im Falle der Abmahnung oder einstweiligen Verfügung.<sup>1786</sup> Allerdings wirken Abmahnung und Verfügung als Instrumente in die Zukunft und entstehen damit auch aus einem eigenen Rechtsgrund. Im Ergebnis ist eine Anrechenbarkeit solcher Kosten daher abzulehnen.<sup>1787</sup>

### h) Zusammenfassung

Im Ergebnis lassen sich kaum Ausnahmen vom Prinzip der Nachrangigkeit aus § 10 Abs. 2 UWG feststellen. Schadensersatzansprüche Dritter sind bei der Ermittlung des Unlauterkeitsergebnisses ebenso anzurechnen wie Geldstrafen und –

---

<sup>1782</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 7; v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 256; a.A. *Sack* WRP 2003, 549, 554.

<sup>1783</sup> *V. Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 256.

<sup>1784</sup> *Sack* WRP 2003, 549, 554; ebenso *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42.

<sup>1785</sup> Vgl. *Begr. RegE*, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>1786</sup> Vgl. *Sieme*, *Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung*, S. 131.

<sup>1787</sup> Ebenso *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 7; v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 256; *Bauer*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 177; a.A. *Sieme*, *Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung*, S. 131 m.w.N.

ohne Unterscheidung zwischen Abschöpfungs- und Präventionsbestandteil – Geldbußen; dies wird im Übrigen auch für die Bußgelder nach der neuen Bußgeldvorschrift des § 20 UWG gelten.<sup>1788</sup> In all diesen Fällen ist eine Durchsetzungslücke nicht mehr gegeben, der Verstoß lohnt sich mangels beim Zuwiderhandelnden verbleibender Gewinne nicht mehr; der Präventionszweck des § 10 UWG ist damit insoweit erreicht. Dies gilt im Ergebnis auch bei der Anordnung des Verfalls, dem § 10 Abs. 1 UWG trotz der Regelung des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB und durchaus ähnlicher Normausrichtung nicht als *lex specialis* vorgeht. Dieses Ergebnis höchstrichterlicher Rechtsprechung liegt durchaus im Sinne einer effektiven Rechtsdurchsetzung und Abschöpfung von Unrechtsgewinnen. Auch durch vom Zuwiderhandelnden abgeführte Ordnungsgelder und Vertragsstrafen – soweit letztere nicht offensichtlich zur Umgehung einer Gewinnabschöpfung vereinbart wurden – ist das Präventionsziel bereits erreicht und eine weitere Abschöpfung obsolet. Lediglich die Anrechnung von Rechtsverfolgungskosten wie etwa Abmahnungskosten fällt aus der Anwendung von § 10 Abs. 2 UWG heraus, da jene letztlich auf einem anderen Rechtsgrund beruhen.

#### **9. Beweislast und Beweiserleichterungen bei der Gewinnermittlung**

Die Praktikabilität der Gewinnermittlung im Rahmen des § 10 UWG gehörte zu den umstrittensten Fragen im Gesetzgebungsverfahren; daher soll nun nach der Darstellung tatbestandlicher Zusammenhänge auf die Nachweisbarkeit der zur Gewinnermittlung erforderlichen Tatsachen eingegangen werden. Bereits der Bundesrat sah es in seiner Stellungnahme als problematisch an, dass eine Berechnung ohne Kenntnisse detaillierter Betriebsinterna des Zuwiderhandelnden nicht möglich und dass zum anderen selbst bei einer Offenlegung interner Kalkulationen wegen der besonderen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem materiellen Kausalitätserfordernis regelmäßig noch eine richterliche Schätzung

---

<sup>1788</sup> Zu dieser Vorschrift vgl. noch unten Kap. IV. D. 1. d).



oder ein Sachverständigengutachten von Nöten sein würden.<sup>1789</sup> Als Konsequenz forderte der Bundesrat die Einführung pauschalierender Abschöpfungsmechanismen,<sup>1790</sup> während andere Kritiker die Gewinnabschöpfung als solche aus diesen Gründen gänzlich ablehnten.<sup>1791</sup>

Dem wurde ausdrücklich mit dem Hinweis auf die bewährte Praxis der Ermittlung des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung begegnet; die dort erprobten Instrumentarien der richterlichen Schätzung nach § 287 ZPO und des Wirtschaftsprüfervorbehalts könnten, flankiert von einem Auskunftsanspruch des Gläubigers nach § 242 BGB, zur Gewinnberechnung auch nach § 10 UWG eingesetzt werden.<sup>1792</sup> Insoweit bestünden daher „keine Schwierigkeiten, die nicht auch bei einer Vielzahl anderer Ansprüche entstehen könnten.“<sup>1793</sup> Im Übrigen sei die Gewinnabschöpfung besser geeignet, den differenzierten Formen unlauteren Marktverhaltens Rechnung zu tragen, als ein „starrs Taxsystem“.<sup>1794</sup> Zur Erhellung dieser Streitpunkte werden im Folgenden zunächst einige wesentliche Ansätze zur Beweislastverteilung und zur Anwendbarkeit prozessualer Nachweiserleichterungen dargestellt. Im Anschluss daran wird abschließend ausführlich auf den Auskunftsanspruch zur Gewinnermittlung eingegangen.<sup>1795</sup>

### a) Grundsätze

Bestehen und Umfang des abzuschöpfenden Gewinns muss grundsätzlich der Anspruchsteller darlegen und beweisen.<sup>1796</sup> Die abzugsfähigen variablen Kosten

---

<sup>1789</sup> Stellungnahme des Bundesrates zum RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 34.

<sup>1790</sup> Stellungnahme Des Bundesrates zum RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 34.

<sup>1791</sup> Etwa *Sack* WRP 2003, 549, 558.

<sup>1792</sup> Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/1487, S. 43.

<sup>1793</sup> Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/1487, S. 43.

<sup>1794</sup> Dieses sei unangemessen angesichts des höchst differenzierten Unrechtsgehalts, den Täuschungen der Verbraucher habe könnten, vgl. bereits *Mertens* ZHR 139 (1975), 438, 465; zust. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 159.

<sup>1795</sup> Wohingegen weitere prozessuale Besonderheiten zu § 10 UWG erst am Ende dieses III. Kapitels abgehandelt werden.

<sup>1796</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 14.

gehören wie der unlauter erwirtschaftete Umsatz des Zuwiderhandelnden zur Gewinnberechnung und fallen damit grundsätzlich in die Darlegungssphäre des Anspruchstellers.<sup>1797</sup> Nur bezüglich des Einwandes bereits geleisteter Zahlungen trifft den Zuwiderhandelnden von vornherein die Beweislast, und zwar für im Vorhinein oder nachträglich erbrachte Zahlungen an Dritte sowie für deren Berechtigung.<sup>1798</sup> *Micklitz* spricht insoweit von einer zweistufigen Darlegungs- und Beweislastverteilung.<sup>1799</sup>

#### **b) Vorliegen eines Gewinns als objektives Tatbestandsmerkmal**

Nach dem Wortlaut des § 10 UWG ist zur Eröffnung der Rechtsfolge nicht nur der vorsätzliche Verstoß gegen §§ 3, 7 UWG erforderlich, sondern der Zuwiderhandelnde muss hiermit auch einen Gewinn zu Lasten der Abnehmer erzielt haben. Das Vorhandensein eines Gewinns als solches ist also eine objektive Tatbestandsvoraussetzung.<sup>1800</sup> Einigkeit dürfte darüber herrschen, dass das Vorliegen eines Gewinns dem Grunde nach bereits von demselben Auskunftsanspruch umfasst ist, der dem Anspruchsteller später auch die Darlegung des Gewinns der Höhe nach erleichtern soll.<sup>1801</sup> Dazu muss nur der vorsätzliche Verstoß im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG vom Anspruchsteller dargetan sein.<sup>1802</sup>

Zum Teil wird vertreten, dem Anspruchsberechtigten sei in Bezug auf die Feststellung über das Vorhandensein eines Gewinns insoweit entgegenzukommen, als den Anspruchsgegner nach Darlegung eines schlüssigen Sachvortrags eine sekundäre Darlegungslast treffen müsse.<sup>1803</sup> Im Übrigen soll bereits zum „ob“ der Gewinnerzielung der Anscheinsbeweis greifen:<sup>1804</sup> Der gewohnheitsrechtlich anerkannte Beweis *prima facie* erlaubt bei ganz typischen – nicht nur wahr-

---

<sup>1797</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 111; näher sogleich unten Kap. III. E. 9. c) (1).

<sup>1798</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 169; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 13.

<sup>1799</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 169.

<sup>1800</sup> Dazu bereits oben Kap. III. E. 3.

<sup>1801</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 300 f.; zust. *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 134.

<sup>1802</sup> Zu den Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs vgl. sogleich unten Kap. III. E. 10. a).

<sup>1803</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 213; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 140.

<sup>1804</sup> Vgl. *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 125 f.; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 138.

scheinlichen – Geschehensabläufen einen vorläufigen Nachweis des dargelegten Vorgangs ohne exakte Tatsachengrundlage, sondern aufgrund von Erfahrungsgrundsätzen.<sup>1805</sup> Diesen Beweis kann der Anspruchsgegner dann durch einen vereinfachten Gegenbeweis erschüttern, indem er die ernsthafte Möglichkeit eines anderen als des erfahrungsgemäßen Ablaufs beweist.<sup>1806</sup> Auch wenn bei einer typisierenden Betrachtungsweise – insbesondere wirtschaftlicher Vorgänge – stets „Vorsicht am Platze“ ist,<sup>1807</sup> kann man doch davon ausgehen, dass der Investition in einen vorsätzlichen Wettbewerbsverstoß regelmäßig eine unternehmerische Kosten-Nutzen-Analyse vorangegangen ist und der Zuwiderhandelnde selbst ein das Risiko der Rechtsverfolgung übersteigendes Gewinnpotential gesehen hat, so dass der Anscheinsbeweis zum Nachweis der Gewinnerzielung als solcher anwendbar sein sollte.<sup>1808</sup>

### c) Höhe des Gewinns

Auch bezüglich der Höhe des herauszugebenden Gewinns ist grundsätzlich der Anspruchsteller beweisbelastet, das gilt bei § 10 UWG und § 34a GWB nicht anders als bei der dritten Schadensberechnungsmethode. Dabei wird einhellig davon ausgegangen, dass dem Anspruchsinhaber Beweiserleichterungen gewährt werden müssen, da der Gewinn ausschließlich in der Sphäre des Gegners entsteht.<sup>1809</sup> Hier kommt dem Anspruchsteller vor allem der allgemeine Auskunftsanspruch zugute; darüber hinaus werden aber auch Beweiserleichterungen diskutiert.

---

<sup>1805</sup> Greger in Zöller, ZPO, Vor § 284 Rn. 29.

<sup>1806</sup> Greger in Zöller, ZPO, Vor § 284 Rn. 29.

<sup>1807</sup> Greger in Zöller, ZPO, Vor § 284 Rn. 29; für § 10 UWG ebenso Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 126.

<sup>1808</sup> Näher v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 312; ebenso Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 151; dem folgend Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 126; Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 138.

<sup>1809</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 213; Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 140.

### (1) *Kostenabzug*

Für den Kostenabzug bei der Berechnung des Unlauterkeitsergebnisses sind von praktischem Interesse vor allem die Instrumentarien, die die Rechtsprechung zur Ermittlung des Verletzererfolgs im Immaterialgüterrecht entwickelt hat. Auch dort ist der Verletzte behauptungs- und beweispflichtig für die Höhe des Gewinns im Sinne der Differenz zwischen Umsatzerlös und Einzelkosten.<sup>1810</sup> Soweit der Anspruchsgegner allerdings geltend macht, dass ausnahmsweise Fixkosten und variable Gemeinkosten dem Verletzungsgegenstand unmittelbar zugerechnet werden könnten und daher gewinnmindernd in Abzug zu bringen seien, ist er insoweit darlegungs- und beweibelastet.<sup>1811</sup> Gelingt ihm der Nachweis nicht, scheidet ein Kostenabzug insoweit aus.<sup>1812</sup> Dies gilt auch bei § 10 UWG: Will der Zuwiderhandelnde eigene betriebliche Aufwendungen und Gemeinkosten in Abzug bringen, muss er deren unmittelbaren Zusammenhang zu seinem wettbewerbswidrigen Verhalten darlegen und beweisen.<sup>1813</sup>

### (2) *Verursachungsanteile*

Der klagende Verband ist bei § 10 UWG grundsätzlich darlegungs- und beweispflichtig bezüglich der Kausalität zwischen Wettbewerbsverstoß und Gewinnerzielung zu Lasten der Abnehmer.<sup>1814</sup> Auch für die Gewinnherausgabe als dritte Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht hat der BGH jüngst wieder festgestellt, dass die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Entscheidung zum Kauf eines Verletzungsgegenstandes allein oder auch nur über-

---

<sup>1810</sup> Zahn, Verletzererfolg, S. 137.

<sup>1811</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil* mit Verweis auf Lehmann BB 1988, 1680, 1685; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 34 Rn. 33; Dreier, Kompensation und Prävention, S. 286; Zahn, Verletzererfolg, S. 137; für vorsätzliche Immaterialgüterverletzungen hat bereits von der Osten eine Beweislastumkehr aus der unmittelbaren Anwendung von §§ 687 Abs. 2, 681 S. 1, 667 BGB geschlossen, vgl. von der Osten GRUR 1998, 284, 287.

<sup>1812</sup> Vgl. Haedicke GRUR 2005, 529, 534.

<sup>1813</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 218; Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 140; Gärtner, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 111, der dann allerdings noch recht weitgehend eine Beweislastumkehr hinsichtlich sämtlicher Einzelkosten vorschlägt, so dass der Antragsteller lediglich die Umsatzerlöse darlegen müsste und der Beklagte demgegenüber alle seine zur Erwirtschaftung dieser Umsätze aufgewendeten Kosten zu beweisen hätte, Gärtner, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 118, Fn. 568.

<sup>1814</sup> Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 125.

wiegend auf dem verletzenden Element beruhe, beim Verletzten liege.<sup>1815</sup> Umgekehrt obliegt es aber dann dem Verletzer, diesen Darlegungen zum Beispiel entgegenstehende weitere Schutzrechte oder Angaben darüber entgegenzuhalten und entsprechend zu substantiieren, inwieweit der Verletzungsgegenstand auch ausgelaufene Schutzrechte, ergo gemeinfreie Teile umfasse; er muss diese außerhalb der Verletzung liegenden Umstände dann konkret benennen und inhaltlich beschreiben.<sup>1816</sup>

Ein Nachweis darüber, dass etwa die Kaufentscheidung der Abnehmer zumindest überwiegend auf einem bestimmten Unlauterkeitselement beruhe, wird für den Anspruchsteller bei der Gewinnabschöpfung regelmäßig nur höchst schwierig zu führen sein; nicht so sehr, weil der Gewinn ausschließlich in der Sphäre des Zuwiderhandelnden entsteht<sup>1817</sup> – dies ist eher für die Frage der Umsatzzahlen und des Kostenabzugs relevant –, sondern weil es hierbei oft um die Frage geht, inwieweit sich die Abnehmer durch eine bestimmte Werbung oder sonstige Wettbewerbshandlung zu dem Vertragsschluss veranlasst gesehen haben. Auch unter Einsatz von Sachverständigengutachten<sup>1818</sup> wird sich dies nicht ohne weiteres zuverlässig feststellen lassen.<sup>1819</sup> Dieselbe Problematik träfe im Falle einer umgekehrten Beweislast im Übrigen den Zuwiderhandelnden.

### (a) Anscheinsbeweis

In geeigneten Fällen können auch zum Nachweis der Kausalität zwischen Zuwiderhandlung und Gewinn bei § 10 UWG die Grundsätze des Anscheinsbeweises

---

<sup>1815</sup> BGH GRUR 2009, 856, 861 – *Tripp-Trapp-Stuhl*.

<sup>1816</sup> OLG Hamburg ZUM-RD 2007, 29, 34 (insofern nicht beanstandet von BGH GRUR 2009, 856, 861 – *Tripp-Trapp-Stuhl*); J. B. Nordemann in Fromm/Nordemann, UrhG, § 97 Rn. 75; Tilmann GRUR 2003, 647, 651.

<sup>1817</sup> so aber Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 125.

<sup>1818</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 335; Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 139; zum angemessenen Umgang mit dem Einsatz von Sachverständigen vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.48; BGH GRUR 1993, 757, 760 – *Kollektion „Holiday“*.

<sup>1819</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 14; Sack WRP 2003, 549, 553 f.

herangezogen werden.<sup>1820</sup> Dieser wird nämlich vor allem zum Nachweis ursächlicher Zusammenhänge eingesetzt, soweit natürlich die Lebenserfahrung eine derartige Beurteilung ohne Tatsachengrundlage gestattet.<sup>1821</sup> Zwar wird es den einen ganz typischen Geschehensablauf für alle Arten von Zuwiderhandlungen nicht geben und wird es in vielen Fällen unmöglich sein, mit Sicherheit auf einen kausal etwa mit einer unlauteren Werbung erwirtschafteten Gewinnanteil zu schließen;<sup>1822</sup> dennoch werden sich im konkreten Einzelfall oftmals aus den Umständen, der Art und dem Verlauf der Zuwiderhandlung sowie der Lebenserfahrung Verursachungsanteile zuordnen lassen. Insbesondere ein deutlicher Umsatzanstieg zeitlich nach einer neuartigen Werbemaßnahme<sup>1823</sup> kann je nach Fallkonstellation entsprechende Rückschlüsse zulassen und die Kausalität indizieren.<sup>1824</sup> Zum Teil wird auch vertreten, dass gerade bei vorsätzlichen Zuwiderhandlungen die Verursacherkosten, also die unternehmerischen Aufwendungen für die Wettbewerbshandlung, als Indiz für einen Mindestgewinn herangezogen

---

<sup>1820</sup> Vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 14; v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 223 f., 324 ff.; Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 128; ablehnend, zumindest einschränkend Gärtner, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 133; ähnlich Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 140.

<sup>1821</sup> Vgl. Greger in Zöllner, ZPO, Vor § 284 Rn. 29.

<sup>1822</sup> Vgl. Sack WRP 2003, 549, 553 f.; Gärtner, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 133.

<sup>1823</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 328 m.w.N.; insofern aber wohl zu weit verstanden von Bauer, welche hieraus eine grundsätzliche Beweislastverteilung zu Lasten des Verletzers bezüglich der Verursachungsanteile beim Schadensersatz folgert, vgl. Bauer, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 155.

<sup>1824</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 223, 324 f., 328 m. weiteren Beispielen sowie Fehleemann, Abschöpfungsansprüche, S. 106, 136; zust. Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 128; Bauer, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 141; a.A. Sack WRP 2003, 549, 554; Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 140. Sieme kritisiert dort die Verweise etwa von Braunmühls a.a.O. auf Urteile zur dreifachen Schadensberechnung. Sein mit Bezugnahme auf Bartholy, Möglichkeiten einer Mehrerlösabschöpfung im Wettbewerbsrecht, S. 27 (der sich dort allerdings wohl nur auf die unstrittige Nichtübertragbarkeit der objektiven Schadensberechnungsmethode auf Fälle des allgemeinen Wettbewerbsrechts bezieht) vorgebrachter Einwand, die dortige Argumentation sei auf Fälle von Ausschließlichkeitsrechten oder solche Fälle beschränkt, in denen wie bei der Nachahmung ein „besonderer Bezugspunkt“ zum Verletzten vorhanden sei, steht einer Annahme der Anwendbarkeit des *prima-facie*-Beweises für geeignete Konstellationen jedoch nicht entgegen. Schließlich ist auch bei Immaterialgutsverletzungen und umso mehr im ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz das Problem komplexer Verursachungszusammenhänge bekannt, vgl. dazu schon oben Kap. III. E. 6. c) (2). Es ist vielmehr sehr gut denkbar, dass eine Wettbewerbsmaßnahme beim Vertrieb eines Produkts gegenüber dem Abnehmer derart im Vordergrund steht, dass der oben beispielhaft angeführte Anscheinsbeweis zur Anwendung kommen kann. Insofern darf davon ausgegangen werden, dass die Rechtsprechung aufgrund ihrer jahrzehntelangen Praxis zur dreifachen Schadensberechnung auch weiterhin einen vernünftigen Umgang mit dem Mittel des Beweises *prima facie* pflegen wird.

werden könnten, gehe doch dem Verstoß regelmäßig eine Kosten-Nutzen-Analyse des Unternehmers voraus.<sup>1825</sup>

Auch bei der Vorteilsabschöpfung nach §§ 34, 34a GWB soll zum Nachweis der Kausalität ein Anscheinsbeweis greifen.<sup>1826</sup>

### **(b) Richterliche Schätzung**

Soweit die Grundsätze über den Anscheinsbeweis nicht eingreifen, sind bezüglich der Gewichtung einzelner Verursachungsanteile die allgemeinen Regelungen aus §§ 286 f. ZPO und damit auch die richterliche Schätzung nach § 287 ZPO heranzuziehen.<sup>1827</sup> Im Grundsatz lassen sich die Probleme der Verursachungszurechnung über die richterliche Schätzung wohl besser lösen, als dies von manchem Kritiker zugestanden wird.<sup>1828</sup> Denn auch in den Fällen der dreifachen Schadensberechnung – insbesondere im Rahmen des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes und im Kennzeichenrecht – ergeben sich entsprechende Schwierigkeiten bereits seit längerem, da auch hier der Verletzererfolg nur insoweit herauszugeben ist, als er auf der Rechtsverletzung beruht.<sup>1829</sup> Die Bestimmung des Anteils, zu dem die erzielten Gewinne auf der Rechtsverletzung beruhen, unterliegt auch dort der tatrichterlichen Schätzung nach § 287 ZPO.<sup>1830</sup> Die Bemessung dieser „Kausalitätsquote“ ist dabei nicht im Sinne einer adäquaten Kausalität, sondern, „vergleichbar mit der Bemessung der Mitverschuldensanteile im Rahmen des § 254 BGB“, wertend zu verstehen.<sup>1831</sup> Wenn hierbei schwer erfassbare Nebeneffekte (Wetter, Platzierung im Sortiment

<sup>1825</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 312, 335; zust. Gärtner, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 138; s. hierzu noch näher unten Kap. V. A. 3. d).

<sup>1826</sup> Allerdings wird hier darauf abgestellt, dass nach der Lebenserfahrung die im Rahmen einer Kartellabsprache erzielten Preise höher liegen werden als reguläre Marktpreise, vgl. Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 227 mit Verweis auf BGH WuW/E DE-R 1567, 1569 – Berliner Transportbeton I.

<sup>1827</sup> Vgl. nur Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 14.

<sup>1828</sup> Ähnlich Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 157; Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 102 m.w.N.; zur Kritik vgl. dagegen etwa Sack WRP 2003, 549, 553 f.; Engels/Salomon WRP 2004, 32, 43.

<sup>1829</sup> Vgl. zur Parallele zur dritten Schadensberechnungsart beim ergänzenden Leistungsschutz Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 7 sowie § 9 Rn. 1.48 m.w.N. sowie allgemeiner oben Kap. III. E. 6. c) (2).

<sup>1830</sup> Etwa BGH GRUR 2007, 431, 434 – Steckverbindergehäuse; BGH GRUR 1993, 55, 59 – Tchibo/Rolax II.

<sup>1831</sup> BGH GRUR 2007, 431, 434 – Steckverbindergehäuse; s. auch Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.48 m.w.N.

etc.) zu Ungunsten des Zuwiderhandelnden unberücksichtigt bleiben, so gleicht dies wohl spiegelbildlich den Vorteil aus, den der Zuwiderhandelnde langfristig daraus zieht, dass mittelbar gewinnbringende Effekte wie *goodwill* und Imagegewinn bei der Gewinnberechnung nicht zu den abzuschöpfenden Erlösanteilen hinzugerechnet werden.<sup>1832</sup>

Auch bei § 10 UWG wird angesichts der Komplexität der bei der Ermittlung und Berechnung des abzuschöpfenden Gewinns zusammenspielenden Faktoren die richterliche Schätzung nach § 287 ZPO wohl eine erhebliche Rolle spielen.<sup>1833</sup> Sie ist, da es sich bei der Gewinnabschöpfung im Lauterkeitsrecht nicht um einen Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch handelt, nicht unmittelbar,<sup>1834</sup> nach der Intention des Gesetzgebers und nach der herrschenden Meinung aber zumindest analog anzuwenden.<sup>1835</sup> Dabei dürfen entsprechend der Rechtsprechung zur dritten Schadensberechnungsart nicht alle von ihm unverschuldete Aufklärungsschwierigkeiten zu Lasten des Geschädigten gehen.<sup>1836</sup> Es ist jedoch zu erwarten, dass die Gerichte gerade bei der Quotelung hinsichtlich der Höhe der veranschlagten Verursachungsanteile mit dem Instrument der richterlichen Schätzung eher konservativ umgehen werden. Hierauf wies der heutige Vorsitzende des I. Zivilsenats am Bundesgerichtshof *Bornkamm* bereits in der Expertenanhörung zur UWG-Reform vor dem Rechtsausschuss hin.<sup>1837</sup> Daher sei angesichts des Prozessrisikos für die klagebefugten Verbände zu erwarten,

---

<sup>1832</sup> Dazu vgl. oben Kap. III. E. 4. b).

<sup>1833</sup> Vgl. nur *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 104.

<sup>1834</sup> Zur dreifachen Schadensberechnung merkt *Dreier* in diesem Zusammenhang an, die Anwendbarkeit des § 287 ZPO nur auf die Schadensermittlung habe womöglich die fiktive Gleichsetzung von Schaden des Berechtigten und Gewinn des Verletzers im Immaterialgüterrecht begünstigt, vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 287.

<sup>1835</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 96; Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 102; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 126 f.; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 142 ff.; *Micklitz/Stadler* hatten dagegen noch eine ausdrückliche Normierung vorgesehen, vgl. *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 125, 129. Bei der kartellrechtlichen Vorteilsabschöpfung wird im Rahmen des § 34a GWB im Übrigen ebenfalls auf § 287 ZPO analog zurückgegriffen, während die Behörde bei der Vorteilsabschöpfung nach § 34 Abs. 4 S. 1 GWB unmittelbar zur Schätzung berechtigt ist; dazu und zu bleibenden Ermittlungsschwierigkeiten des Vorteils nach §§ 34, 34 a GWB *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 228 f. m.w.N.

<sup>1836</sup> BGH GRUR 1993, 55, 59 – *Tchibo/Rolax II* m.w.N.

<sup>1837</sup> Vgl. *Bornkamm* bei der Anhörung vor dem Rechtsausschuss (6. Ausschuss) vom 14.1.2004, 15. Wahlperiode, Protokoll Nr. 38, S. 37.



dass „die klaren Fälle im Vordergrund stehen“ werden.<sup>1838</sup> Dies würde allerdings auch bedeuten, dass für die hinsichtlich der Zuordnung von Verursachungsanteilen bereits materiell als problematisch eingestuften Fallgruppen lauterkeitsrechtlicher Zuwiderhandlungen die Schwierigkeiten, denen sich die Verbände bei der Durchsetzung eines Gewinnabschöpfungsanspruchs gegenüber sehen, zusätzlich verschärft würden. Denn die Schätzungsgrundlage ist hier unsicher und der Ermessensspielraum der Gerichte in jedem Einzelfall von besonderem Gewicht.<sup>1839</sup>

Um eine Schätzung vornehmen zu können, benötigt das Gericht in jedem Fall eine gewisse Tatsachengrundlage, für die der Kläger beweispflichtig ist<sup>1840</sup> – fehlt ausnahmsweise jeder Anhaltspunkt für die Höhe des kausalen Unrechtsgewinns, ist eine Schätzung nicht möglich.<sup>1841</sup> Auch der Beklagte ist allerdings in der Pflicht, für ihn günstige Einwendungen, etwa über weitere mitwirkende Schutzrechte oder über gemeinfreie Anteile,<sup>1842</sup> insbesondere im Lauterkeitsrecht aber etwa auch lautere Werbemaßnahmen, vorzubringen und zu substantiieren. Bei der Bewertung und Gewichtung dieser Anhaltspunkte haben die Gerichte einen weiten Ermessensspielraum,<sup>1843</sup> der im Falle von vorsätzlichen Rechtsverstößen wie bei § 10 UWG sogar ganz besonders weit sein soll.<sup>1844</sup>

---

<sup>1838</sup> *Bornkamm* a.a.O.

<sup>1839</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 105; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 145. Es stellt sich die Frage, ob dies rechtspolitisch erwünscht ist. Man nehme etwa die bereits dargestellte gleichsam typische wie problematische Konstellation, dass die Werbung mit einem unzutreffend positiven Testurteil nur ein Element unter vielen gleichberechtigten bleibt, dessen Verursachungsquote einer groben Schätzung unterliegt, und die dabei nur einen Bruchteil des Gesamtgewinns ausmachen wird. Hier tragen die Verbände ein erhebliches Prozessrisiko, zumal sie wirtschaftlich betrachtet nicht – wie im Schadensrecht bei den Immaterialgütern – als Kläger in eigener Sache auftreten. Dann aber droht das Instrument wenig effektiv zu werden. Angesichts des Kostenrisikos werden die klagenden Verbände womöglich solange zurückschrecken, als ihrem Risiko nicht eine entsprechende Einnahmechance – zumindest für zweckgebundene Mittel – gegenübersteht; dazu vgl. noch unten Kap. IV. C. 3. c) sowie Kap. V. A. 5.

<sup>1840</sup> Dazu etwa *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 144 f. sowie *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 137, jew. m.w.N.

<sup>1841</sup> Vgl. BGH GRUR 2006, 419, 420 – *Noblesse*; BGH GRUR 1993, 55, 59 – *Tchibo/Rollex II*.

<sup>1842</sup> OLG Hamburg ZUM-RD 2007, 29, 34; *J. B. Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, UrhG, § 97 Rn. 75; *Tilman* GRUR 2003, 647, 651.

<sup>1843</sup> BGH GRUR 1966, 570, 571 f. – *Eisrevue III*; *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 105.

<sup>1844</sup> *Goldmann* verweist hierzu auf die reichsgerichtliche Entscheidung RGZ 58, 321, 324 – *Klosettpapier* sowie Literatur aus den 30er Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts; diese Rechtsprechung sei bisher nicht aufgegeben oder modifiziert worden, vgl. *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 105 m.w.N.

„Notfalls“ soll nach den Grundsätzen aus der dreifachen Schadensberechnung ein „Mindestgewinn“ schätzbar sein.<sup>1845</sup>

#### (c) Keine Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität

Nach der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung wurde für die dritte Schadensberechnungsmethode erwogen, ob die Beweislastumkehr bezüglich ausnahmsweise abzuziehender Gemeinkosten auch auf die Gewinnanteile übertragen werden sollte, die zugunsten des Verletzers als berücksichtigungsfähige Verursachungsfaktoren abgezogen werden können.<sup>1846</sup> In diesem Sinne wird auch für die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung neben dem Anscheinsbeweis eine Beweislastumkehr zur erleichterten Nachweisbarkeit des Kausalzusammenhangs zwischen Zuwiderhandlung und Gewinn des Zuwiderhandelnden vorgeschlagen.<sup>1847</sup> Versteht man *Goldmanns* Ansatz des konditionalen Zusammenhangs zwischen Zuwiderhandlung und Gewinnerzielung<sup>1848</sup> auf prozessualer statt auf materiellrechtlicher Ebene, so lässt sich auch daraus – will man materiell das im Wortlaut verankerte Kausalitätserfordernis nicht übergehen – der Vorschlag einer tatsächlichen Vermutung ableiten. Die unlautere Handlung erhalte dann „Indizwirkung“ zugunsten einer Kausalität zwischen Zuwiderhandlung und Gewinn, wenn die unlautere Handlung „objektiv geeignet“ war, „eine Vielzahl von Abnehmern zu betreffen“.<sup>1849</sup>

Allerdings wird demgegenüber zu Recht befürchtet, dass eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität bei § 10 Abs. 1 UWG zu einer erheblichen Entwertung der entsprechenden materiellen Tatbestandsvoraussetzung führen würde.<sup>1850</sup> Auch nach der Prognose *Haedickes* zur dritten Schadensberechnungsme-

---

<sup>1845</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 137 mit Nachw. zur Schadensschätzung.

<sup>1846</sup> Vgl. *Zahn*, Verletzererwerb, S. 131, 137; krit. *Haedicke* GRUR 2005, 529, 534.

<sup>1847</sup> Insb. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 313, 322; vgl. auch *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 136.

<sup>1848</sup> Dazu oben Kap. III. E. 6. b) (1).

<sup>1849</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 144.

<sup>1850</sup> So *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 131 f.; vgl. auch *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 146 f.; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 254; *Neuberger*, Gewinnabschöp-

thode im Immaterialgüterrecht wäre dem Rechtsverletzer dort eine nachvollziehbare Aufschlüsselung der Gewinnfaktoren regelmäßig unmöglich, so dass er dann den gesamten Gewinn herauszugeben hätte. Er würde damit einer Gewinnhaftung unterworfen, die nicht mehr „durch die Vermögenschancen begrenzt ist, die dem Patentinhaber durch das Ausschließlichkeitsrecht zugewiesen“ seien.<sup>1851</sup> Vor allem aber kann eine Beweislastumkehr, soweit sie nicht tatbestandlich festgeschrieben ist, nur ganz ausnahmsweise – und über richterliche Rechtsfortbildung<sup>1852</sup> – gewährt werden, wenn andernfalls offensichtlich ungerechte oder sozial unerträgliche Ergebnisse zu befürchten wären.<sup>1853</sup> Diesen Weg ist die Rechtsprechung auch bei der dritten Schadensberechnungsart bisher nicht gegangen. Die Gerichte nehmen dort vielmehr die Zuordnung der Verursachungsanteile weitgehend selbst in die Hand, und zwar aufgrund der zumeist auf ein entsprechendes Auskunftsverlangen des Anspruchsinhabers hin dargelegten Umsatz- und Kostenzahlen. Eine echte Beweislastumkehr, wie etwa *von Braunmühl* sie im Sinne einer Positivfiktion der Kausalität für möglich hält,<sup>1854</sup> wird unter diesen Voraussetzungen auch für die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung nach ihrer heutigen Fassung kaum durchsetzbar sein.<sup>1855</sup>

*Micklitz/Stadler* schlagen für die Fälle des Erweckens falscher Vorstellungen durch Werbung außerdem eine Übertragung der Vermutungsregel aus § 434 Abs. 1 S. 3, 3. Alt BGB vor.<sup>1856</sup> Hiernach muss im Kaufrecht der Verkäufer beweisen, dass sich der Käufer bei der Kaufentscheidung nicht auf die ihm bekannt gewordenen öffentlichen Äußerungen oder Werbeangaben zu einem Pro-

---

fungsanspruch, S. 126; vgl. zur Frage einer entsprechenden Tatbestandsänderung noch unten Kap. V. A. 3. a) (3) (b).

<sup>1851</sup> *Haedicke* GRUR 2005, 529, 534.

<sup>1852</sup> Vgl. *Greger* in Zöller, ZPO, Vor § 284 Rn. 22.

<sup>1853</sup> Für § 10 UWG v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 313 m.w.N., der einen solchen Fall etwa für Verstöße gegen Befundensicherungspflichten annimmt, vgl. v. *Braunmühl* a.a.O. Rn. 336; zust. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 139 f.

<sup>1854</sup> V. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 327; zust. *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 136.

<sup>1855</sup> Ebenso *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 126; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 147.

<sup>1856</sup> *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 41 ff.; dem folgend *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 147.

dukt verlassen hat.<sup>1857</sup> Auch diese Konstruktion kann für den Kausalitätsnachweis bei § 10 Abs. 1 UWG allerdings im Ergebnis nicht weiterhelfen.<sup>1858</sup> Es lässt sich aus der schuldrechtlichen Regelung lediglich eine Vermutung dafür ableiten, dass öffentliche Äußerungen des Verkäufers, insbesondere in der Werbung, den Kaufentschluss des Abnehmers *beeinflusst* hätten.<sup>1859</sup> Diese Formulierung bringt gerade zum Ausdruck, dass insoweit eine „abgeschwächte Kausalität“ genügt.<sup>1860</sup> In welchem Maße die Beeinflussung – im Verhältnis zu anderen Faktoren – ursächlich für die Kaufentscheidung war, dazu greift keine Vermutung, insbesondere nicht dahingehend, dass die Entscheidung allein auf die Werbeaussage zurückzuführen wäre.<sup>1861</sup> Vielmehr setzt die Vorschrift des § 434 Abs. 1 S. 3 i.V.m. S. 2 Nr. 2 BGB fest, dass Werbung die vom Verkäufer berechtigterweise zu erwartenden Produkteigenschaften näher bestimmen kann.<sup>1862</sup>

#### d) Zusammenfassung

Für alle Tatsachen, die zur Ermittlung des herauszugebenden Unlauterkeitsergebnisses im Rahmen des § 10 Abs. 1 UWG herangezogen werden, ist grundsätzlich der Anspruchsteller darlegungs- und beweispflichtig. Etwas anderes gilt nur bezüglich des für den Zuwiderhandelnden günstigen Einwandes anderweitig geleisteter Zahlungen aus § 10 Abs. 2 UWG. Da es sich bei den Gewinnberechnungsgrundlagen jedoch vornehmlich um Tatsachen aus der Sphäre des Zuwiderhandelnden handelt, wird die Darlegungs- und Beweislast allerdings zugunsten des Anspruchstellers in verschiedenen Punkten relativiert. Will etwa der Zuwiderhandelnde ausnahmsweise eigene betriebliche Aufwen-

---

<sup>1857</sup> *Westermann* in MüKo-BGB Bd. 3, § 434 Rn. 23 m.w.N.

<sup>1858</sup> Vgl. auch *Westermann* in MüKo-BGB Bd. 3, § 434 Rn. 23: In § 434 gehe es nicht im lauterkeitsrechtlichen Sinne darum, wodurch sich der Kunde (unlauter) beeinflussen lasse; aus Gründen der Verhältnismäßigkeit wird eine Übertragung auf den Kausalitätsnachweis bei § 10 UWG ebenfalls abgelehnt, systematisch aber offen gelassen von *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 132 Fn. 640 m.w.N.

<sup>1859</sup> Zu Einzelheiten etwa *Westermann* in MüKo-BGB Bd. 3, § 434 Rn. 23 ff., 29; *Grunewald* in *Ermann*, BGB, Bd. I, § 434 Rn. 28.

<sup>1860</sup> *Grunewald* in *Ermann*, BGB, Bd. I, § 434 Rn. 28.

<sup>1861</sup> Im Ergebnis ebenso ablehnend, wenn auch mit anderer Begründung *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 137.

<sup>1862</sup> *Lehmann* DB 2002, 1090, 1093; zum Verbraucherleitbild des Gemeinschaftsrechts und zur Informationsverantwortung des Verkäufers in diesem Zusammenhang *ders.* JZ 2000, 280, 284 f.

dungen gewinnmindernd geltend machen, muss er deren Zusammenhang mit dem Verstoß darlegen und beweisen.

In der Praxis wird bei der Ermittlung eines lediglich in Teilen auf die Zuwiderhandlung zurückzuführenden Gewinns im Übrigen die (wertende) richterliche Schätzung nach § 287 ZPO eine große Rolle spielen. Gerade in Fällen, in denen sich die Unlauterkeit nur auf ein Werbe- oder Vertriebsselement von vielen bezieht, kann allerdings nach den Erfahrungen mit der dritten Schadensberechnungsart nicht ausgeschlossen werden, dass die Gerichte eher zurückhaltend-konservative Schätzungen vornehmen werden, die die präventive Wirkung des Gewinnabschöpfungsanspruchs insoweit einschränken würden.<sup>1863</sup>

Für die Frage, ob überhaupt ein Gewinn erwirtschaftet wurde, kann außerdem ebenso wie – in geeigneten Fällen – zum Nachweis der Kausalität zwischen Verstoß und Gewinnerzielung der Anscheinsbeweis greifen. Denkbar ist es auch, in Fällen besonders schwerer Zuordenbarkeit von Verursachungsanteilen zumindest die Aufwendungen des vorsätzlich Zuwiderhandelnden als erwartbaren Mindestgewinn im Rahmen des *prima-facie*-Beweises zu veranschlagen. Eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität ist – zumindest ohne gesetzliche Grundlage<sup>1864</sup> – dagegen abzulehnen.

Sowohl für das „ob“ der Gewinnerzielung als auch für die Höhe von Umsätzen und Kosten steht dem Anspruchsinhaber daneben der Auskunftsanspruch zur Verfügung. Auf diesen wesentlichen Hilfsanspruch soll nun näher eingegangen werden.

---

<sup>1863</sup> Zu diesem Zusammenhang s. noch unten ab Kap. III. E. 10. b) (3) (a).

<sup>1864</sup> Zur Frage der möglichen Einführung einer Beweislastumkehr *de lege ferenda* sei noch einmal verwiesen auf unten Kap. V. A. 3. a) (3).

## 10. Auskunftsanspruch zur Gewinnberechnung

Zur Ermittlung des Betrages seiner Forderung, genauer der mit der Rechtsverletzung erwirtschafteten Umsatzerlöse und der abzuziehenden Einzelkosten, steht dem Anspruchsinhaber des immaterialgüterrechtlichen Gewinnherausgabeanspruchs ein selbständiger Auskunfts- und gegebenenfalls Rechnungslegungsanspruch zur Verfügung;<sup>1865</sup> derselbe kommt auch bei § 10 Abs. 1 UWG<sup>1866</sup> und § 34a GWB<sup>1867</sup> zum Tragen. Im Immaterialgüterrecht war der Auskunftsanspruch früher entweder sondergesetzlich geregelt wie in § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG a.F., ansonsten wurde er hergeleitet nach § 242 BGB in erweiternder Auslegung der §§ 259, 260 BGB<sup>1868</sup> oder §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 666 BGB.<sup>1869</sup> Mit der Umsetzung der *Enforcement*-Richtlinie wurde nicht nur auf eine einheitliche gesetzliche Regelung der Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche für alle Bereiche des gewerblichen Rechtsschutzes verzichtet, sondern es wurden auch die vorher geltenden Regelungen gestrichen; begründet wurde dies mit der gewohnheitsrechtlichen Durchsetzung des Auskunftsanspruchs, zumal „auch in der vergleichbaren Konstellation“ des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG aus denselben Gründen von einer ausdrücklichen Regelung des Rechnungslegungsanspruchs abgesehen worden sei.<sup>1870</sup> Während der Auskunftsanspruch von der Mehrzahl der Autoren und Kommentatoren für legitim und erforderlich gehalten wird,<sup>1871</sup> sehen einige Kritiker der Gewinn-

---

<sup>1865</sup> Ausführlich und mit Nachw. zur Rspr. *Köhler* NJW 1992, 1477, 1480 f.; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 78 ff.; *Zahn*, Verletzererwerb, S. 137.

<sup>1866</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 14.

<sup>1867</sup> Krit. zum Auskunftsanspruch im GWB *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, § 34a Rn. 18.

<sup>1868</sup> BGH GRUR 1980, 227, 232 f. – *Monumenta Germaniae Historica*; BGH GRUR 1984, 728, 729 f. – *Dampffrisierstab II*; BGH GRUR 1995, 349, 352 – *Objektive Schadensberechnung*; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 78 m.w.N.

<sup>1869</sup> RGZ 46, 14, 18; RGZ 58, 321, 322 – *Klosettpapier*; RGZ 108, 1, 6 f.; *Schaub* GRUR 2005, 918, 919 m.w.N.

<sup>1870</sup> Begr. RegE-Rechtsdurchsetzung, BT-Drucks. 16/5048, S. 48; zur gewohnheitsrechtlichen Anerkennung auch *Delahaye* GRUR 1986, 217, 221; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 78 m.w.N.

<sup>1871</sup> Vgl. nur *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 14; v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 294 ff.; *Pokrant* FS Ullmann 2006, S. 813, 824.

abschöpfung als solcher in dem Auskunftsanspruch eine Quelle eigener Missbrauchsgefahr: Er eröffne zusätzliche Wege der „Betriebsspionage“.<sup>1872</sup>

In der Praxis ist für den klagenden Verband die Zuerkennung eines umfassenden Auskunftsanspruchs das Einfallstor für eine möglichst erfolgreiche Geltendmachung des Gewinnabschöpfungsanspruchs.<sup>1873</sup> Auf der Seite des Anspruchsgegners zahlt sich im Falle einer gerichtlich festgestellten Auskunftsverpflichtung eine möglichst exakte Kostenträgerrechnung aus.<sup>1874</sup>

### a) Voraussetzungen

Für § 10 UWG wie auch für § 34a GWB steht, nachdem von einer Normierung auch hier und entgegen den Vorschlägen in den Vorentwürfen abgesehen wurde,<sup>1875</sup> der allgemeine Auskunftsanspruch nach Treu und Glauben aus § 242 BGB zur Verfügung, der auch bei der Durchsetzung der dritten Schadensrechnungsart zum Tragen kommt.<sup>1876</sup> Er ist gewohnheitsrechtlich anerkannt und anwendbar, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Anspruchsberechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, er sich die zur Vorbereitung und Durchsetzung seines Anspruchs erforderlichen Auskünfte nicht in

---

<sup>1872</sup> Vgl. *Sack* WRP 2003, 549, 555; *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 43; ähnlich die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/1487, S. 34; zu Recht ablehnend *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 129 f.; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 105 f.; *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 135; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 181.

<sup>1873</sup> *Rojahn* GRUR 2005, 623, 630 gibt für die dritte Schadensberechnungsmethode folgenden Antrag an die Hand, der in einem Verfahren vor dem OLG Düsseldorf (vgl. InstGE 3, 176, 178 – *Glasscheiben-Befestiger*) als zulässig erachtet wurde: „Die Beklagte hat dem Kläger Rechnung zu legen, inwieweit sie die unter I 1 bezeichneten Handlungen begangen hat, und zwar unter Angabe der nach einzelnen Kostenfaktoren aufgeschlüsselten Verletzungskosten und des erzielten Gewinns, der nicht durch Abzug von Fixkosten und variablen Gemeinkosten gemindert ist, es sei denn, diese konnten ausnahmsweise den unter I 1 fallenden Gegenständen unmittelbar zugeordnet werden.“ Dieser Tenor lässt sich auf § 10 UWG übertragen, soweit nicht das Gericht eine Aufschlüsselung der Kosten wegen einer ohnehin vorzunehmenden groben Schätzung ablehnt, dazu jedoch gleich unten ab Kap. III. E. 10. b) (3) (a).

<sup>1874</sup> Näher – zur Herausgabe des Verletzergewinns im Immaterialgüterrecht, aber insoweit übertragbar – *Rojahn* GRUR 2005, 623, 630.

<sup>1875</sup> Vgl. *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 122 sowie *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* WRP 2002, 1317, 1322.

<sup>1876</sup> St. Rspr., vgl. etwa bereits RGZ 108, 1, 6 f.; ausführlich *Köhler* NJW 1992, 1477, 1480 f. m.w.N.; zu § 10 UWG *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 14; für § 34a GWB *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 11.

zumutbarer Weise selbst beschaffen kann und wenn der Verpflichtete diese un-  
schwer, also ohne unbillig belastet zu sein, zu geben vermag.<sup>1877</sup>

Die erforderliche Rechtsbeziehung zwischen einem Zuwiderhandelnden und ei-  
nem klagebefugten Verband ist gegeben, sobald ein vorsätzlicher Verstoß gegen  
§ 10 UWG dargelegt und nachgewiesen ist und eine typisierende Betrachtungs-  
weise ergibt, dass durch den Verstoß ein Gewinn wahrscheinlich ist und eine  
Vielzahl von Abnehmern benachteiligt wurde.<sup>1878</sup> Der Kläger muss außerdem  
darlegen, dass der Anspruch dem Grunde nach besteht. Hier müssen hinsichtlich  
des objektiven Bestehens eines Gewinns auf der Tatbestandsseite ausnahmswei-  
se Anhaltspunkte genügen, die eine Gewinnerzielung wahrscheinlich machen,  
wenn zuvor der vorsätzliche Verstoß dargelegt wurde, da schon die – vom ob-  
jektiven Tatbestand grundsätzlich umfasste – Gewinnerzielung zu Lasten einer  
Vielzahl von Abnehmern ohne Auskunftsanspruch für den Anspruchsteller nicht  
nachweisbar ist.<sup>1879</sup> Die weiteren Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs  
werden im Fall der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung regelmäßig un-  
problematisch anzunehmen sein.<sup>1880</sup> Es ist auch anzunehmen, dass sich im Fall  
eines vorsätzlichen Lauterkeitsverstoßes die Informationsinteressen des An-  
spruchstellers gegenüber den Interessen des Anspruchsschuldners hinsichtlich  
Geheimhaltung und Aufwand regelmäßig nicht als unverhältnismäßig oder un-  
zumutbar darstellen werden.<sup>1881</sup> Ob die Rechtsprechung den Auskunftsanspruch  
in Einzelfällen allerdings einschränken wird, wenn nur ein geringer Gewinnan-

---

<sup>1877</sup> St. Rspr., vgl. RGZ 108, 1, 6 f.; BGH GRUR 1994, 630, 631 f. – *Cartier-Armreif*; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 296; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 113 ff., jew. m.w.N.

<sup>1878</sup> Vgl. *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 114; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 299 ff.; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 160.

<sup>1879</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 300 f.; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 128 f.; eben-  
so *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 160; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 183 m.w.N.

<sup>1880</sup> Vgl. i.E. OLG Stuttgart, Urt. v. 2.11.2006, Az. 2 U 58/06, insoweit nicht ausführlich abgedr. in GRUR 2007, 435 ff.; ähnlich OLG Frankfurt, Urt. v. 4.12.2008, Az. 6 U 187/07, insoweit nicht abgedr. in CR 2009, 25 ff.; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 115 f. m.w.N.; ähnlich v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 297.

<sup>1881</sup> Dazu gleich noch unten Kap. III. E. 10. b) (3) (b); ebenso und mit Einzelheiten *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 119 f.; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 301 ff.; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsan-  
spruch, S. 122 f.; *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 133 f.; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 104 f.; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 128.



teil in Frage kommt und dieser ohnehin über eine grobe Schätzung ermittelt werden muss wie etwa in der *Noblesse*-Entscheidung zum Kennzeichenrecht, bleibt abzuwarten.<sup>1882</sup>

## b) Inhalt

Wie im Bereich der dreifachen Schadensberechnung muss auch beim Verfahren zu § 10 UWG der allgemeine Grundsatz gelten, dass Inhalt und Umfang des Auskunftsanspruchs unter Abwägung der Interessen beider Parteien zu bestimmen sind, insbesondere unter Berücksichtigung des dem Auskunftsschuldner Zumutbaren und seinem Interesse am Schutz von internen Informationen.<sup>1883</sup> Auch ein Rechnungslegungsanspruch als gesteigerter Auskunftsanspruch<sup>1884</sup> ist nur dann gegeben, wenn dies unter Berücksichtigung von Informationsbedürfnis, Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit angezeigt ist.<sup>1885</sup>

### (1) Grundsätzlicher Umfang von Auskunft und Rechnungslegung

Der Anspruchsgegner schuldet also dem Anspruchsteller – immer unter Abwägung der beiderseitigen Interessen im Einzelfall – diejenigen Angaben, die dieser zur sachgerechten Rechtsverfolgung, insbesondere zur Bemessung des herauszugebenden Gewinns benötigt.<sup>1886</sup> Für die Gewinnberechnung erforderlich und insoweit von der Auskunftspflicht umfasst sein können bei § 10 Abs. 1 UWG insbesondere Umfang, Qualität und Dauer der Zuwiderhandlungen,<sup>1887</sup> der Umsatz, die variablen Kosten, wie etwa variable Material-, Lohn-, Werbe- und Anschaffungskosten<sup>1888</sup> und gegebenenfalls die Vorlage von statistischem

<sup>1882</sup> Dazu sogleich unten Kap. III. E. 10. b) (3) (a).

<sup>1883</sup> Vgl. etwa *Dreier* in Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 79.

<sup>1884</sup> Dazu näher *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 159 m.w.N.

<sup>1885</sup> Vgl. BGH GRUR 1984, 725, 730 – *Dampffrisierstab*; BGH GRUR 1962, 398, 400 – *Kreuzbodenventilsäcke II*; *Dreier* in Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 79 f.

<sup>1886</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 306 m.w.N.; *Fehle*mann, Abschöpfungsansprüche, S. 134 m.w.N.

<sup>1887</sup> Zu § 10 UWG OLG Stuttgart, Urt. v. 2.11.2006, Az. 2 U 58/06, insoweit nicht abgedr. in GRUR 2007, 435; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 184 mit Verweis auf BGH GRUR 1995, 313, 314 – *Umsatzauskunft* sowie BGH GRUR 1961, 288, 293 – *Zahnbürsten*.

<sup>1888</sup> Vgl. etwa OLG Stuttgart, Urt. v. 2.11.2006, Az. 2 U 58/06, insoweit nicht abgedr. in GRUR 2007, 435; LG Hanau, Urt. v. 1.9.2008, Az. 9 O 551/08, n.v.; ähnlich LG Hanau, Urt. v. 17.9.2008, Az. 1 O 569/08, insoweit nicht abgedr. in CR 2009, 124.

Material über die veranschlagte Wirkung der Wettbewerbshandlung aus dem *Controlling*-Bereich des Zuwiderhandelnden.<sup>1889</sup> Im Handelssektor sind außerdem wesentlich der Einkaufspreis, Liefermengen und Verkaufspreise.<sup>1890</sup>

Dabei ist stets eine Abwägung zwischen den Informationsinteressen des Anspruchsberechtigten und den Geheimhaltungsinteressen des Zuwiderhandelnden vorzunehmen.<sup>1891</sup> Hier ist zum einen zu beachten, dass es sich bei dem Anspruchsteller nicht um einen Konkurrenten, sondern um einen grundsätzlich unabhängig agierenden Verband handelt und daher die Missbrauchsgefahr als objektiv deutlich geringer einzuschätzen ist. Zum anderen kann bei besonders sensiblen Daten – insbesondere Kundendaten – ein sogenannter Wirtschaftsprüfervorbehalt vereinbart oder in das Urteil aufgenommen werden, dessen Kosten dann der Anspruchsgegner zu tragen hat.<sup>1892</sup> Die Praxisrelevanz dieses Vorbehalts darf aber nicht überschätzt werden, da der vorgeschaltete Wirtschaftsprüfer höchstens solche sensible Daten herausfiltert, die nicht zur Gewinnberechnung erforderlich sind,<sup>1893</sup> die aber etwa über den Umfang einer Verletzungshandlung Auskunft geben; auf solche Daten bezieht sich der Auskunftsanspruch zur Gewinnermittlung jedoch von vorneherein nicht.<sup>1894</sup> Entsprechend hat bisher nur eine – im Übrigen in der Berufungsinstanz aufgehobene – Entscheidung zu § 10 UWG den Auskunftsstenor mit einem Wirtschaftsprüfervorbehalt versehen.<sup>1895</sup>

---

<sup>1889</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 306 f.; Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 117 ff.; Gärtner, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 129; Fehleemann, Abschöpfungsansprüche, S. 134.

<sup>1890</sup> BGH GRUR 1974, 53, 54 – Nebelscheinwerfer; Bauer, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 184 m.w.N.

<sup>1891</sup> Ausführlich Köhler NJW 1992, 1477, 1481; insbesondere zur Begrenzung des Auskunftsverlangens durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ders. GRUR 1996, 82, 88.

<sup>1892</sup> Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/1487, S. 43; v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 304 f.; Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 119; Gärtner, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 129.

<sup>1893</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 305 m.w.N.; vgl. auch Bornkamm in Langen/Bunte, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 11.

<sup>1894</sup> Bornkamm in Langen/Bunte, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 11; weiter wohl das Verständnis bei Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 119.

<sup>1895</sup> LG Essen, Urt. v. 20.7.2007, Az. 45 O 4/07, n.v.

Auch in dieser Hinsicht wird die Rechtsprechung auf die Erfahrungen aus dem Immaterialgüterrecht<sup>1896</sup> zurückgreifen.

Neben dem Auskunftsanspruch ist bei der dreifachen Schadensberechnung auch ohne gesonderte gesetzliche Anordnung ein flankierender Rechnungslegungsanspruch anerkannt;<sup>1897</sup> dieser soll für die Durchsetzung des Anspruchs nach § 10 UWG ebenfalls anwendbar sein.<sup>1898</sup> Der Rechnungslegungsanspruch verpflichtet zur schriftlichen, geordneten Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben über einen bestimmten Zeitraum in verkehrsüblicher Weise.<sup>1899</sup> Tatsächlich wird in der bisherigen Rechtspraxis zu § 10 UWG regelmäßig auf eine detaillierte Auskunft erkannt, die inhaltlich einer Rechnungslegung entspricht.<sup>1900</sup>

Wie weit der Verletzer bereits bei der Rechnungslegung Kosten-Positionen im Detail aufschlüsseln und belegen muss, ist auch für die dritte Schadensberechnungsmethode noch nicht abschließend geklärt.<sup>1901</sup> Die Rechtsprechung stellt hier recht hohe Ansprüche.<sup>1902</sup> Pross hält diese für überzogen und schlägt insoweit aus Praktikabilitätsgründen vor, dem Verletzer zunächst die Angabe von Pauschbeträgen oder einer groben Aufschlüsselung zu gestatten, die dem Verletzten hinreichendes Material für eine Plausibilitätsüberprüfung an die Hand gibt.<sup>1903</sup> Nur im Falle des Bestreitens der Angaben solle eine Beweiserhebung, am besten durch eine Buchprüfung erfolgen.<sup>1904</sup> Diese Überprüfung der Rech-

---

<sup>1896</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 1980, 227, 233 – *Monumenta Germaniae Historica*; BGH GRUR 1957, 336 – *Rechnungslegung*.

<sup>1897</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 1973, 375, 377 – *Miss Petite*; Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 78; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 4.7.

<sup>1898</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 14; Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 122; krit. Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 171.

<sup>1899</sup> Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 159 m.w.N.

<sup>1900</sup> Vgl. etwa OLG Stuttgart, Urt. v. 2.11.2006, Az. 2 U 58/06, insoweit nicht abgedr. in GRUR 2007, 435 ff. (Einzelheiten unten Fn. 1925); OLG Frankfurt, Urt. v. 4.12.2008, Az. 6 U 187/07, insoweit nicht abgedr. in CR 2009, 25 ff.; LG Hanau, Urt. v. 17.9.2008, Az. 1 O 569/08, insoweit nicht abgedr. in CR 2009, 124; LG Hanau, Urt. v. 1.9.2008, Az. 9 O 551/08, insoweit nicht abgedr. in MMR 2009, 142; weitere Verweise auf unveröffentlichte Entscheidungen bei Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 170.

<sup>1901</sup> Vgl. dazu Pross FS Tilmann 2003, S. 881, 892.

<sup>1902</sup> Rojahn GRUR 2005, 623, 624.

<sup>1903</sup> Pross FS Tilmann 2003, S. 881, 892.

<sup>1904</sup> Pross FS Tilmann 2003, S. 881, 892.

nungslegung durch einen Wirtschaftsprüfer hat die Rechtsprechung gegen einige Anregungen in der Literatur bisher nicht zugelassen.<sup>1905</sup> Sie ist zu unterscheiden vom Wirtschaftsprüfervorbehalt. Letzterer sichert die Geheimhaltungsinteressen des Verletzten, beinhaltet aber keine Richtigkeitsprüfung.<sup>1906</sup> Die Entscheidung, ob ein Wirtschaftsprüfer<sup>1907</sup> eingeschaltet wird, liegt nach entsprechender Tenorierung<sup>1908</sup> grundsätzlich ebenso wie die Pflicht zur Übernahme der durch ihn entstehenden Kosten<sup>1909</sup> beim Verletzer, die Wahl des Wirtschaftsprüfers darf der Verletzte vornehmen, § 87c Abs. 4 HGB analog.<sup>1910</sup>

#### **(2) Mögliche Auswirkungen der Gemeinkostenanteil-Entscheidung**

Bei der Herausgabe des Verletzergewinns hat sich mit der *Gemeinkostenanteil-*Entscheidung insoweit eine Erweiterung der Auskunftspflichten ergeben, als es dem Verletzer früher lediglich oblag, nach der eigenen – oft großzügigen – Kalkulation einen in Ansatz zu bringenden Gemeinkostenanteil darzulegen, der einer effektiven Überprüfung durch den Kläger jedoch weitgehend entzogen war.<sup>1911</sup> Die richterliche Vorgabe, Gemeinkosten nur noch ausnahmsweise zum Abzug zuzulassen, wenn der Verletzer deren unmittelbare Zurechenbarkeit zu dem schutzrechtsverletzenden Gegenstand darlegen und beweisen kann,<sup>1912</sup> steht nun der früheren Fluchtmöglichkeit des Verletzers in eine kaum nachprüfbar pauschale Geltendmachung von Gemeinkostenanteilen entgegen.<sup>1913</sup> So wird erwartet, dass der Verletzer zu seinem eigenen „Schutz“ nun regelmäßig eine möglichst umfassende und gut nachvollziehbare Auskunft zu Erlösen und Kosten geben und diese auch belegen werde, da Zweifel ansonsten zu seinen Lasten

---

<sup>1905</sup> *Rojahn* GRUR 2005, 623, 624; *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881, 892.

<sup>1906</sup> Vgl. BGH GRUR 1981, 535 – *Wirtschaftsprüfervorbehalt*; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 9 Rn. 4.19, 4.22, jew. m.w.N.

<sup>1907</sup> Zum Wirtschaftsprüfervorbehalt im Immaterialgüterrecht und UWG s. näher *Bornkamm* FS Ullmann 2006, S. 893, 899 f.

<sup>1908</sup> Vgl. zu § 10 UWG bisher nur LG Essen, Urt. v. 20.7.2007, Az. 45 O 4/07, n.v.

<sup>1909</sup> BGH GRUR 1957, 336 – *Rechnungslegung*.

<sup>1910</sup> BGH GRUR 1957, 336 – *Rechnungslegung*; GRUR 1962, 354, 356 f. – *Furniergitter*; GRUR 1980, 227, 233 – *Monumenta Germaniae Historica*; weitere Nachw. bei *Schaub* GRUR 2005, 918, 919 Fn. 10.

<sup>1911</sup> Vgl. BGH GRUR 1984, 728 – *Dampffrisierstab II*; *Pross* FS Tilmann 2003, S. 881; *Rojahn* GRUR 2005, 623, 624.

<sup>1912</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>1913</sup> *Rojahn* GRUR 2005, 623, 624.

gingen.<sup>1914</sup> Wenn die Rechtsprechung wie zu erwarten die *Gemeinkostenanteil-*Grundsätze auch insoweit auf § 10 Abs. 1 UWG überträgt, wird sich der gleiche Effekt auch dort einstellen.

### **(3) Erforderlicher Umfang der Auskunft in Fällen richterlicher Schätzung**

Ziel des Auskunftsanspruchs ist es, die Höhe des abzuschöpfenden Gewinns möglichst genau zu ermitteln.<sup>1915</sup> Es bleibt allerdings die Frage, ob diese detaillierte Auskunftspflicht auch dann noch vollumfänglich greift, wenn von vorneherein feststeht, dass der herauszugebende Gewinnanteil wegen zu berücksichtigender mitursächlicher Faktoren nur im Wege der richterlichen Schätzung ermittelt werden kann.<sup>1916</sup>

#### **(a) Einschränkung der Auskunftspflicht nach der Rechtsprechung des BGH zum Verletzergeinn**

Der BGH lehnt für die dreifache Schadensberechnung auch nach der *Gemeinkostenanteil-*Entscheidung einen vollumfänglichen Auskunftsanspruch in solchen Fällen, in denen der herauszugebende Gewinn im Wege der richterlichen Schätzung festgelegt werden muss, ab.<sup>1917</sup> Im Rahmen der Billigkeitsabwägung berücksichtigt er vielmehr im Sinne einer Erforderlichkeits- und Geeignetheitsprüfung, mit welchem Ziel die Daten erhoben werden sollen.<sup>1918</sup> Detaillierte Auskunft und Rechnungslegung ist danach nur geschuldet, soweit der herauszugebende Gewinn bzw. Schaden exakt ermittelt werden soll und kann;<sup>1919</sup> im Übrigen ist Berechnungsgrundlage für den Schaden vor allem der Umsatz des Verletzers.<sup>1920</sup> Wenn im Rahmen einer Gewinnabschöpfung – etwa bei einer nur

<sup>1914</sup> *Rojahn* GRUR 2005, 623, 624.

<sup>1915</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 162.

<sup>1916</sup> Vgl. zur dreifachen Schadensberechnung etwa BGH GRUR 1974, 53, 54 – *Nebelscheinwerfer*; BGH GRUR 1973, 375, 378 – *Miss Petite*.

<sup>1917</sup> BGH GRUR 2006, 419, 419 f. – *Noblesse*; vgl. bereits BGH GRUR 1974, 53, 54 – *Nebelscheinwerfer* sowie BGH GRUR 1973, 375, 378 – *Miss Petite*.

<sup>1918</sup> *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 4.13, 4.15; zur Erforderlichkeitsprüfung *ders.* GRUR 1996, 82, 88; für § 10 UWG *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 167.

<sup>1919</sup> Vgl. BGH GRUR 1974, 53, 54 – *Nebelscheinwerfer* m.w.N.

<sup>1920</sup> Dazu bereits BGH GRUR 1965, 313, 314 – *Umsatzauskunft*.

in Teilen unlauteren Werbemaßnahme – lediglich eine grobe Schätzung der Kausalitätsanteile in Betracht komme, wäre unter diesen Voraussetzungen die Angabe der Verletzerumsätze im maßgeblichen Zeitraum neben Angaben über Art und Umfang der Verletzungshandlung ausreichend, genaue Lieferdaten, Preise oder weitere Kalkulationsgrundlagen dagegen vom Auskunftsanspruch nicht mehr umfasst.<sup>1921</sup> Nur wenn der Zuwiderhandelnde mit dem grob ermittelten Ergebnis nicht einverstanden wäre, müsste er Einzelheiten seiner Kalkulation offenlegen.<sup>1922</sup> Dies wird allerdings auch bei Immaterialgüterrechtsverletzungen selbst für solche Rechtsbereiche, in denen eine Ermittlung der Ursachenanteile typischerweise über eine Schätzung erfolgen muss – wie etwa im Kennzeichenrecht und wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz –, nicht schon grundsätzlich angenommen, sondern im Einzelfall entschieden.<sup>1923</sup> Gleiches müsste dann für § 10 UWG bzw. Verstöße gegen allgemeines Lauterkeitsrecht gelten.

#### **(b) Keine Übertragung der Einschränkung auf § 10 UWG**

Auch wenn die Literatur die Anwendung dieser Grundsätze auf entsprechende Fälle von § 10 UWG erwartet,<sup>1924</sup> haben die Gerichte bisher eine entsprechende Einschränkung des Auskunftsanspruchs auch in Fällen richterlichen Schätzungsermessens nicht vorgenommen.<sup>1925</sup> Es bleibt auch fraglich, ob die Wertungen aus der Rechtsprechung zur Gewinnherausgabe und Lizenzanalogie im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung insoweit tatsächlich auf § 10 Abs. 1 UWG übertragen werden sollten. Soweit es etwa um die Abwägung der Aus-

---

<sup>1921</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 169.

<sup>1922</sup> Zur dritten Schadensberechnungsmethode vgl. BGH GRUR 2006, 419, 420 – *Noblesse*; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 4.18.

<sup>1923</sup> BGH GRUR 2006, 419, 420 – *Noblesse*.

<sup>1924</sup> So wohl v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 308; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 169.

<sup>1925</sup> Vgl. OLG Stuttgart GRUR 2007, 435, 437 – *Veralteter Matratzentest*: trotz eines Abstellens auf § 287 ZPO für die haftungsausfüllende Kausalität wird auf Auskunft über „die zur Berechnung des Gewinns maßgeblichen Tatsachen“ erkannt. In diesem Fall: Anzahl der in einem Vergleichszeitraum von jeweils zwei Wochen vor und nach Geltungsbeginn der letzten beiden Werbeprospekte geschlossenen Verträge über die streitgegenständliche Matratze sowie über die variablen Betriebskosten über einen Zeitraum von zwei Wochen ohne Einrechnung der nicht abzugsfähigen Gemeinkosten und über eventuelle nach Abs. 2 abzugsfähige Zahlungen an Dritte, vgl. OLG Stuttgart, Urte. v. 2.11.2006, Az. 2 U 58/06, insoweit nicht abgedr. in GRUR 2007, 435 ff.; ähnlich OLG Frankfurt, Urte. v. 4.12.2008, Az. 6 U 187/07, insoweit nicht abgedr. in CR 2009, 25 ff.; weitere Nachw. bei *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 170.

kunftsinteressen des Anspruchstellers gegen die Geheimhaltungsinteressen und die Gefahr einer unbilligen Belastung des Anspruchsgegners geht, ist zu beachten, dass im Falle des § 10 UWG, anders als bei der dreifachen Schadensberechnung, bereits ein *vorsätzlicher* Wettbewerbsverstoß dargelegt worden sein muss. Der Zuwiderhandelnde hat sich für den vermeintlich lukrativen Verstoß im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit entschieden. Daher werden in solchen Fällen seine Interessen auch bei erheblichem Ermittlungsaufwand weitgehend zurücktreten müssen.<sup>1926</sup> Zudem können seine Geheimhaltungsinteressen gegenüber einem Verband oder einer Kammer, die in keinem Wettbewerbsverhältnis zum Anspruchsgegner stehen, nicht so schwer ins Gewicht fallen wie gegenüber dem Rechtsinhaber im Fall der konkurrierenden Nutzung von Immaterialgüterrechten.<sup>1927</sup>

### (c) Ergebnis

Da das Gericht auch im Falle einer Schätzung auf eine Tatsachengrundlage angewiesen ist,<sup>1928</sup> wird das Ergebnis dieser Schätzung – selbst wenn man ohnehin in Kauf nimmt, dass jenes „mit der Wirklichkeit vielfach nicht übereinstimmt“<sup>1929</sup> – umso näher an den objektiven Fakten liegen, je besser der schätzende Spruchkörper über belastbare Tatsachen informiert ist.<sup>1930</sup> Schätzungsbegebnis und Rechnungslegung widersprechen sich daher gerade nicht unter den Gesichtspunkten von Geeignetheit und Erforderlichkeit. Handelt es sich dann

---

<sup>1926</sup> So auch v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 304; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 162; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 119 f.; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 123; vgl. bereits *Köhler* GRUR 1996, 82, 89 m.w.N.; einschränkend *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 169.

<sup>1927</sup> Ähnlich *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 123.

<sup>1928</sup> Dazu oben Kap. III. E. 9. c) (2) (b).

<sup>1929</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 105; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 137, jew. m.w.N.

<sup>1930</sup> Für eine Schätzung der Kausalitätsanteile auch bei problematischen Fallgruppen aufgrund der aus dem Auskunft- und Rechnungslegungsanspruch erhaltenen Daten auch *Gärtner*, der allerdings die hier aufgeworfene Frage einer möglicherweise aus Verhältnismäßigkeits- und Erforderlichkeitsgesichtspunkten eingeschränkten Auskunftspflicht gar nicht problematisiert, vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 137 f.; ähnlich wohl *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 186: „Eine Schätzung des herauszugebenden Gewinns durch das Gericht gem. § 287 ZPO kann vorgenommen werden, soweit im Rahmen der Auskunftsklage nicht bereits Einvernehmen über die Höhe des Gewinns erzielt werden konnte“; dabei geht *Bauer* allerdings auch davon aus, dass der Kläger ohnehin nur Umsatzerlöse darzulegen habe.

noch um einen Vorsatztäter wie bei § 10 Abs. 1 UWG, ergeben sich auch keine Verhältnismäßigkeitsprobleme.<sup>1931</sup> Eine im Vergleich zur dreifachen Schadensberechnung erweiterte Auskunftspflicht in Fällen richterlicher Kausalitätsschätzung könnte im Ergebnis auch zu weniger vorsichtig-konservativen und damit gerechteren Schätzergebnissen führen.<sup>1932</sup> Daher ist bei § 10 UWG eine Auskunfts- und gegebenenfalls Rechnungslegungspflicht auch für solche Fälle zu bejahen, in denen der Gewinn nicht (nur) aufgrund einer Berechnung, sondern (auch) unter Zuhilfenahme der richterlichen Schätzung zu ermitteln ist.<sup>1933</sup>

In jedem Fall muss sich die Auskunftspflicht auf die Erlöse des gesamten Produkts und des gesamten Vertriebsvorgangs beim Zuwiderhandelnden beziehen; eine Beschränkung von vorneherein nur auf den anteiligen Erlös böte weder für eine Gewinnberechnung durch den Anspruchsteller noch für die richterliche Schätzung eine geeignete Grundlage.<sup>1934</sup>

#### **11. Zusammenfassung, erste Thesen und Ausblick zur Gewinnberechnung**

Selbst bei der seit Jahrzehnten anerkannten dritten Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht ergeben sich in bestimmten Fällen bis heute praktische Probleme bei der Berechnung des herauszugebenden Gewinns. Solche Probleme bestehen – womöglich in noch höherem Maße – auch im Rahmen des § 10 UWG. Interessant bleibt insoweit in beiden Fällen vor allem die Frage nach

---

<sup>1931</sup> Ähnlich *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 163; vgl. zur Verhältnismäßigkeit eines Auskunftsernehmens bei vorsätzlichen Wettbewerbsverstößen bereits *Köhler* GRUR 1996, 82, 89.

<sup>1932</sup> A.A. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 170, der einen detaillierten Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch nur bei solchen Fallgruppen anerkennen möchte, in denen aufgrund der Auskunftserteilung eine exakte Gewinnermittlung in Betracht kommt, etwa bei Fällen der Mogelpackungen und des Einziehens geringer Beträge ohne Rechtsgrund; in anderen Fällen werde eine genaue Gewinnermittlung und Rechnungslegung unverhältnismäßig sein. Für § 33 Abs. 3 S. 3 GWB nimmt allerdings auch *Bornkamm* an, dass die Einschränkungen des Auskunftsanspruchs aus der Rechtsprechung zur dritten Schadensberechnungsmethode dort gerade nicht anwendbar seien, da das Gesetz dort die Gewinnberechnung gerade mangels anderer Anknüpfungstatsachen für die Schätzung vorsehe, vgl. *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 33 GWB Rn. 134.

<sup>1933</sup> A.A. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 171.

<sup>1934</sup> Für die dritte Schadensberechnungsmethode vgl. insoweit *Rojahn* GRUR 2005, 623, 630, zu § 10 UWG vgl. den entsprechenden Tenor ohne vorherigen Abzug bei OLG Stuttgart, Urt. v. 2.11.2006, Az. 2 U 58/06, insoweit nicht abgedr. in GRUR 2007, 435 ff. sowie OLG Frankfurt, Urt. v. 4.12.2008, Az. 6 U 187/07, insoweit nicht abgedr. in CR 2009, 25 ff.



dem Abzug kausal auf der Zuwiderhandlung bzw. auf der Produktion oder dem Vertrieb des in unlauterer Weise abgesetzten oder beworbenen Produkts beruhender Betriebskosten und die Bestimmung eventuell abzuziehender weiterer Verursachungsanteile am Gewinn. Ebenso ist in den Fällen der §§ 34, 34a GWB bei der Bestimmung der gerade auf dem Verstoß beruhenden Gewinnanteile bei der Ermittlung des Herausgabebetrages mit erheblichen Unwägbarkeiten zu rechnen. Auch oder gerade unter Heranziehung der Rechtsprechung zur dritten Schadensberechnungsart erweist sich die Kausalitätsproblematik in der Rechtspraxis – etwa wegen der zu erwartenden vorsichtigen Schätzung der Verursachungsanteile bei komplexen Werbe- und Vertriebssituationen – bisher als ebenso groß, wenn nicht gar größerer Hemmschuh für die Rechtsdurchsetzung als das Vorsatzerfordernis.

Trotz einiger Strukturunterschiede zwischen den Regelungen zur Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung und dem lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch lässt sich aus den Grundsätzen der Rechtsprechung zur dritten Schadensberechnungsart Folgendes für § 10 Abs. 1 UWG ableiten:

- Für die Berechnung des abzuschöpfenden Unlauterkeitserlöses ist zunächst der Gesamtgewinn zu ermitteln, den der Zuwiderhandelnde mit den Produkten, für die in unlauterer Weise geworben oder die in unlauterer Weise vertrieben wurden, erwirtschaftet hat. Dazu werden vom entsprechenden Erlös die variablen Kosten abgezogen. Will der Verletzer eigene betriebliche Aufwendungen und Gemeinkosten in Abzug bringen, muss er deren unmittelbaren Zusammenhang zu seinem wettbewerbswidrigen Verhalten darlegen und beweisen.

- Anschließend ist zu ermitteln, inwieweit der Gewinn ursächlich auf die Zuwiderhandlung zurückzuführen ist. Wenn die Zuwiderhandlung sich deutlich als Hauptursache für die erzielten Erlöse darstellt oder wenn das den Gewinn verursachende Geschäft ohne die Zuwiderhandlung nicht oder nicht mit Gewinn hätte stattfinden können, ist dieser Gewinn als Unlauterkeitsgewinn abzuschöpfen; geringfügige Nebeneffekte sind nicht zu berücksichtigen.
- Sind in anderen Fällen unlautere Elemente in Bezug zu einem Verletzungsgegenstand prozentual klar abgrenzbar – wie etwa bei der Mogelpackung –, so wird der Gewinnberechnung der entsprechende prozentuale Anteil des Gesamterlöses zugrunde gelegt. Andernfalls ist eine richterliche Schätzung der Verursachungsanteile erforderlich.
- Bei der Ermittlung des Unlauterkeitsgewinns sollten nur „besondere“ Verursachungsanteile neben dem Lauterkeitsrechtsverstoß Berücksichtigung finden. Nebeneffekte aus dem allgemeinen Unternehmensbereich sollte der Zuwiderhandelnde ebenso wenig in Abzug bringen können wie rein saisonale und konjunkturelle Faktoren sowie solche Elemente, die schon im Rahmen der Kosten berücksichtigt wurden.
- Selbst bei einer Quotelung durch richterliche Schätzung gilt die Wertung, dass dem Verletzer bezogen auf den Unlauterkeitserlös kein Deckungsbeitrag zu seinen fixen Gemeinkosten verbleiben soll.
- Der Abzug eines hypothetischen Lauterkeitsgewinns vom Gesamtgewinn ist zur Ermittlung des Unlauterkeitsgewinns nicht erforderlich.

- Ist die vorsätzliche Zuwiderhandlung dargelegt und erwiesen, steht dem nach § 10 Abs. 1 UWG Aktivlegitimierten zur Ermittlung der Berechnungsgrundlage für den herauszugebenden Unlauterkeitsgewinn ein Auskunftsanspruch zur Verfügung. Dieser bezieht sich auf diejenigen Angaben, die für eine möglichst exakte Bemessung des herauszugebenden Gewinns benötigt werden.
- Eine Einschränkung des Auskunftsumfangs im Einzelfall nach dem Vorbild der Rechtspraxis bei der dritten Schadensberechnungsart in solchen Fällen, in denen ohnehin die richterliche Schätzung greifen muss, ist für § 10 Abs. 1 UWG abzulehnen.

Im Detail wird die Rechtsprechung je nach Fallgestaltung flexibel reagieren müssen und können. Dabei sollte sie in jeder Hinsicht berücksichtigen, dass § 10 UWG vorrangig der Prävention verpflichtet ist und mit dem Vorsatzerfordernis eine hohe Hürde für die Feststellung bzw. den Nachweis des Verschuldens aufstellt. Der vorsätzlich unlauter handelnde Unternehmer, der auf einen Gewinn spekuliert, von dem er zumindest billigend in Kauf nimmt, dass er in rechtswidriger Weise erwirtschaftet wird, ist insoweit weniger schutzbedürftig und schützenswert als der fahrlässige Verletzer etwa eines technischen Schutzrechts.

In diesem Sinne zu verstehen ist wohl der Ansatz des OLG Frankfurt, das in seinem Urteil zum Auskunftsbegehren auf der ersten Klagestufe bereits Erwägungen zur Zuordnung der Kausalitätsanteile anstellt.<sup>1935</sup> Im Fall einer Kostenfalle im Internet, die auf die arglistige Täuschung von Nutzern zielt, indem jene über die Kostenpflichtigkeit des Angebots gezielt irregeführt werden,<sup>1936</sup> unterscheidet die Begründung zwischen solchen Kunden, die sich täuschen ließen und sol-

---

<sup>1935</sup> OLG Frankfurt CR 2009, 253, 256; insoweit übereinstimmend mit der Parallellentscheidung OLG Frankfurt MMR 2009, 341 ff.

<sup>1936</sup> Zur rechtlichen Behandlung dieser Kostenfallen vgl. *Meyer-van Raay/Deitermann* VuR 2009, 335, 339 f.

chen, die trotz ihrer Kenntnis von der Kostenpflichtigkeit mit dem Zuwiderhandelnden kontrahiert hätten. Hinsichtlich der letzteren Umsätze fehle es an der Kausalität zwischen Zuwiderhandlung und Gewinn; ihr Anteil sei im Rahmen der richterlichen Schätzung zu bestimmen und vom Gesamtgewinn abzuziehen.<sup>1937</sup> Das OLG Frankfurt empfiehlt allerdings zu Recht eine zurückhaltende Veranschlagung der abzuziehenden Verursachungsanteile: Auch wenn große Teile der Kunden – worauf der Zuwiderhandelnde ja spekuliert – „kommentarlos“ zahlten, spreche dies noch nicht dafür, dass diese bei Abschluss des Vertrages über die Kostenpflicht informiert gewesen wären;<sup>1938</sup> auch die AGB ließen keine Rückschlüsse zu, da sie im Regelfall vor der Inanspruchnahme des Dienstes nicht gelesen würden.<sup>1939</sup> Nähmen aber einzelne Kunden das Angebot nach Ablauf der Laufzeit allerdings erneut in Anspruch, lasse dies darauf schließen, dass ihnen die Kostenpflichtigkeit von Anfang an bekannt war.<sup>1940</sup>

Damit wird die Abzugsfähigkeit nicht-kausaler Umsatzanteile deutlich eingeschränkt. Ob der BGH – bei dem das Verfahren in der Revision anhängig ist<sup>1941</sup> – dieser Argumentation folgen und angesichts des Präventionsbedarfs in solchen und ähnlichen Fällen Zweifel über die haftungsausfüllende Kausalität zu Lasten des Zuwiderhandelnden gehen lassen wird, oder ob er zumindest im Fall derart offensichtlicher vorsätzlicher Lauterkeitsverstöße gar eine Abschöpfung des Gesamtgewinns zulässt, bleibt abzuwarten. Eine entscheidende Rolle wird hierbei auch spielen, inwieweit die Rechtsprechung letztlich von einer Auswirkung des Tatbestandsmerkmals „zu Lasten“ auf die Gewinnberechnung ausgeht.<sup>1942</sup> Auf diesen Tatbestandsbestandteil wird daher im Folgenden ausführlich eingegangen.

---

<sup>1937</sup> OLG Frankfurt CR 2009, 253, 256; ohne Differenzierung, allerdings ebenfalls auf der Auskunftsstufe, LG Hanau, Urt. v. 1.9.2008, Az. 9 O 551/08, Tz. 19, insoweit nicht abgedr. in MMR 2009, 142.

<sup>1938</sup> Ebenso LG Hanau CR 2009, 124.

<sup>1939</sup> OLG Frankfurt CR 2009, 253, 256.

<sup>1940</sup> OLG Frankfurt CR 2009, 253, 257.

<sup>1941</sup> Az. I ZR 11/09; das Parallelverfahren unter I ZR 12/09.

<sup>1942</sup> Dazu gleich unten Kap. III. F. 2. d); insoweit offengelassen von OLG Frankfurt CR 2009, 253, 257.

**F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ aus § 10 Abs. 1 UWG**

Neben den Regelungen zur Aktivlegitimation und dem Verschuldensmaßstab fällt ein weiterer systematischer Unterschied zwischen der dritten Schadensrechnungsmethode einerseits und der lauterkeits- und kartellrechtlichen Gewinn- bzw. Vorteilsabschöpfung andererseits deutlich auf: Nur bei den echten Abschöpfungsansprüchen ist zu prüfen, ob der Gewinn (§ 10 UWG) bzw. der wirtschaftliche Vorteil (§ 34a GWB) *zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern* beziehungsweise, so in § 34a Abs. 1 GWB, auch von *Anbietern*, erzielt wurde. Dabei ist vor allem umstritten, ob und inwieweit das Tatbestandsmerkmal einen wirtschaftlich messbaren Schaden voraussetzt und es sich neben oder zusätzlich zu dem Kausalitätserfordernis auf die Höhe des herauszugebenden Gewinnbeitrages auswirken kann. Als vom Vorsatzerfordernis unabhängige objektive Bedingung<sup>1943</sup> richtet es den Anspruch jedenfalls zunächst auf die Fälle der sog. Bagatell- und Streuschäden aus, die dem Gesetzgeber als (Haupt-) Anwendungsfälle der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung vorschwebten. Im Folgenden soll daher kurz auf diese Fallgruppe eingegangen werden, bevor die sich zu den einzelnen Tatbestandselementen ergebenden Auslegungsfragen nacheinander dargestellt werden.

**1. Streuschäden**

Die Einführung des Gewinnabschöpfungsanspruchs in § 10 UWG steht in engem Zusammenhang mit der Aufwertung des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht,<sup>1944</sup> die des § 34a GWB vor allem mit dem gesetzgeberischen Ziel eines effektiven zivilrechtlichen Sanktionssystems im Kartellrecht.<sup>1945</sup> Gemeinsam ist beiden Vorschriften die Aufgabe, eine bestehende oder drohende

---

<sup>1943</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 47; *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 107; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 110; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 89; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 89; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 96.

<sup>1944</sup> Vgl. dazu oben Kap. III. A. 4. a) sowie etwa §§ 1 S. 1, 3 UWG; Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 1, 12 f.,

<sup>1945</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35.

Rechtsdurchsetzungslücke insbesondere bezüglich sogenannter *Streuschäden* zu schließen.<sup>1946</sup>

Streuschäden zeichnen sich zunächst durch eine hohe Anzahl<sup>1947</sup> einzelner Betroffener aus,<sup>1948</sup> darüber hinaus – insoweit ist etwa die Bezeichnung „Bagatell- und Streuschaden“<sup>1949</sup> genauer, die Formulierung „Masse- und Streuschaden“<sup>1950</sup> dagegen noch weniger präzise – beinhaltet der Begriff aber in seinem ursprünglichen Kontext auch eine geringe Schadenshöhe beim einzelnen Betroffenen.<sup>1951</sup> Jener hat dann angesichts des Missverhältnisses von Aufwand und Kosten im Vergleich zur Höhe seines Schadens regelmäßig kein Interesse an der individuellen Verfolgung seiner Rechte.<sup>1952</sup> Will man verhindern, dass der Rechtsverletzer aus dieser Situation regelmäßig einen wirtschaftlichen Vorteil zieht, so bietet sich tatsächlich die Verbandsklage als privatrechtliches Rechtsdurchsetzungsinstrument an.<sup>1953</sup> Dies gilt vor allem dann, wenn andere Durchsetzungsmöglichkeiten ausfallen, wenn etwa der negatorische Anspruch nicht weit genug reicht und Schadensersatzansprüche des Konkurrenten wie im deutschen UWG zum einen – mangels eigenen Schadens etwa – nicht zwingend gegeben sein müssen,<sup>1954</sup> zum anderen erfahrungsgemäß schwierig durchzusetzen sind.<sup>1955</sup>

Das Modell lauterkeitsrechtlich relevanter Bagatell- und Streuschäden als Ausgangspunkt des Gewinnabschöpfungsanspruchs geht zurück auf die Überlegun-

---

<sup>1946</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23 sowie Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 36.

<sup>1947</sup> Zum Merkmal der „Vielzahl“ von Betroffenen gleich unten Kap. III. F. 4.

<sup>1948</sup> Die dem Bild der Streuschäden zugrundeliegenden „offenbar außerrechtlichen Vorstellungen“ illustriert *Goldmann* durch recht plastische begriffliche Parallelen zu Wirkungsweise und -grad bestimmter Waffen, vgl. *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 67 Fn. 134.

<sup>1949</sup> *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 10 ff., 34 f.

<sup>1950</sup> So lautet die Formulierung in der Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 36.

<sup>1951</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23 sowie Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 36; vgl. zu Einzelheiten vor allem *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 10, 34 f., 92 f.

<sup>1952</sup> Das schon mehrfach erwähnte „rationale Desinteresse“, vgl. *Hopt/Baetge* in *Basedow/Hopt et. al.*, Bündelung gleichgerichteter Interessen, S. 46.

<sup>1953</sup> Dazu vgl. noch unten Kap. IV. D.

<sup>1954</sup> Hierauf stellt die Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23 ab.

<sup>1955</sup> Zur geringen Bedeutung des Schadensersatzanspruches im Lauterkeitsrecht vgl. noch einmal oben Kap. II. A. 5; *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 177 ff. m.w.N.; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 119 f. m.w.N. Inwieweit der völlige Ausfall anderer Rechtsdurchsetzungs- und Abschöpfungsinstrumente im Falle des mehrfach subsidiären § 34a GWB realistisch ist, bleibt dagegen abzuwarten.

F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“  
gen zur Stärkung des Verbraucherschutzes im UWG.<sup>1956</sup> *Micklitz/Stadler* führten sie in drei Fallgruppen in die Diskussion ein: eingeteilt in Fälle unmittelbarer Benachteiligung, etwa durch sog. Mogelpackungen oder systematische Minderabfüllungen, Fälle des Erweckens falscher Vorstellungen beim Abnehmer und Fälle belästigenden Direktmarketings.<sup>1957</sup> Im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens hat sich allerdings die heutige abstrakte Formulierung durchgesetzt. Sie ist damit unproblematisch auch auf das Kartellrecht übertragbar. Bei *Lettl*<sup>1958</sup> findet sich etwa das Beispiel einer Preisabsprache unter Mineralölunternehmen, den Benzinpreis um 5 Cent pro Liter über den sich bei wirksamem Wettbewerb ergebenden Marktpreis zu erhöhen. Mit einem Gesamtschaden von 2,50 € pro 50 l Benzin hat ein einzelner Verbraucher damit einen Schaden, der eine rechtliche Auseinandersetzung nicht lohnt; die Kartelltäter haben in der Summe aber einen erheblichen Mehrerlös erzielt. Angesichts solcher potentieller Anwendungsfälle erweist sich das Kartellrecht als im Vergleich zum Lauterkeitsrecht mindestens gleichwertiges Anwendungsfeld für die Abschöpfung entsprechender Unrechtsgewinne. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der gerade in den Fällen der Preisabsprachen typischerweise auftretenden Bagatellschäden bei einer großen Anzahl von Verbrauchern, welche anders als Zwischenhändler auch nicht in der Lage sind, die Preisdifferenz auf die nächste Handelsstufe abzuwälzen. Kartellrechtliche Verbote dienen daher immer auch dem Schutz der Verbraucher,<sup>1959</sup> selbst wenn dem Verbraucherschutz als solchem im Kartellrecht bei weitem noch kein der Situation im Lauterkeitsrecht vergleichbarer Stellenwert eingeräumt wird.<sup>1960</sup>

---

<sup>1956</sup> Vgl. *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 10 f., 34 f., 92 f.

<sup>1957</sup> *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 25 ff.

<sup>1958</sup> *Lettl*, Kartellrecht, § 11 Rn. 111.

<sup>1959</sup> Vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 35.

<sup>1960</sup> Letzteres zeigt sich nicht zuletzt an der Streichung der Verbraucherverbände aus dem Kreis der für die Geltendmachung der Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB sowie der Unterlassungsansprüche nach § 33 Abs. 2 GWB aktivlegitimierten Verbände, die im Ergebnis wohl zu einem Leerlaufen der Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB führen wird; dazu bereits oben Kap. III. B. 2. Die Schließung einer Rechtsdurchsetzungslücke im GWB (dazu oben Kap. II. C. 2. a) wird ohne eine Einbeziehung des Verbraucherschutzes und seiner Vertreter damit wahrscheinlich nicht erreicht werden können.

Der Gesetzeswortlaut von § 10 UWG und § 34a GWB stellt mit dem Merkmal der „Vielzahl“ von Betroffenen jeweils lediglich auf die Streuwirkung der Verletzungshandlung ab;<sup>1961</sup> eine generelle Beschränkung auf Bagatellfälle,<sup>1962</sup> also Fälle mit geringen wirtschaftlichen Einzelschäden, lässt sich daraus nicht ableiten.<sup>1963</sup> Allerdings wird mit wachsendem individuellen Durchsetzungsinteresse bei den betroffenen Abnehmern die Subsidiarität der Abschöpfungsansprüche insofern wohl für eine natürliche Begrenzung sorgen.<sup>1964</sup>

### 2. „Zu Lasten“

Das Tatbestandselement „zu Lasten“ hat im Entwurfs- und Gesetzgebungsverfahren zur Lauterkeitsrechtsnovelle eine bewegte Entwicklung durchlaufen;<sup>1965</sup> die kodifizierte Endversion wurde dann für das Kartellrecht ohne vertiefte Diskussion übernommen. Im Kern soll es vorgeben, welche objektiven – vom Vorsatz unabhängigen<sup>1966</sup> – Auswirkungen eine lauterkeitswidrige Handlung auf die Betroffenen tatsächlich haben muss, um die Rechtsfolge der Gewinnabschöpfung auszulösen. Daran knüpft unmittelbar die Überlegung an, ob die Art und Höhe dieser Beeinträchtigungen neben Kosten- und Kausalitätsabzug für die Ermittlung des herauszugebenden Unlauterkeitsgewinn relevant sein soll. Auf diese Fragen wurden im Laufe der Zeit ganz unterschiedliche Antworten gegeben. Eine von einem Nachteil des Betroffenen gänzlich unabhängige Gewinnabschöpfung wurde dabei nur von *Fezer* vertreten.<sup>1967</sup>

---

<sup>1961</sup> Laut der jeweiligen Gesetzesbegründung richten sich § 10 UWG und § 34a GWB nur gegen „besonders gefährliche unlautere“ bzw. „kartellrechtswidrige Handlungen“, nämlich „solche mit Breitenwirkung, die tendenziell eine größere Anzahl von Abnehmern/Marktteilnehmern betreffen können“, vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24 sowie Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 55; zum Merkmal „Vielzahl“ s. außerdem näher unten unter Kap. III. F. 4.

<sup>1962</sup> Wobei diese Bagatellfälle nicht zu verwechseln sind mit der Bagatellgrenze aus § 3 UWG; die Erheblichkeit der Wettbewerbshandlung wird sich im Falle von Streuschäden regelmäßig bereits aus ihrer Breitenwirkung ergeben, vgl. v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 169.

<sup>1963</sup> Vgl. *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 68; v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 209 m.w.N.; krit. *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 560 f.; *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 13 f.

<sup>1964</sup> Ähnlich *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 68; von einer geringen Schadenshöhe für den Einzelfall als Merkmal von Streuschäden spricht außerdem auch die Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23.

<sup>1965</sup> Hierzu ausführlich v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 178 ff.

<sup>1966</sup> S. oben Kap. III. D. 3. c) (3).

<sup>1967</sup> Vgl. *Fezer* WRP 2003, 127, 128.



**a) Entwicklung**

Nach dem Vorschlag von *Micklitz* und *Stadler* sollte Anspruchsvoraussetzung ein (Bagatell-) „Schaden“ auf Verbraucherseite sein; eine weitere Einschränkung war insoweit nicht vorgesehen.<sup>1968</sup> In allen sich anschließenden Entwürfen zur Gewinnabschöpfung im UWG fand sich dann das Merkmal „auf Kosten“. Der sogenannte Professorenentwurf beschränkte dabei die Anwendbarkeit des Gewinnabschöpfungsanspruchs auf bestimmte Fallgruppen der Abnehmertäuschung<sup>1969</sup> und sah dafür auf Rechtsfolgenseite die Abschöpfung des „auf Kosten der Verbraucher erzielten Gewinns (Mehrerlös)“ vor.<sup>1970</sup> Übernommen wurde diese Einschränkung auf Rechtsfolgenseite vom Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, der die Abschöpfung allerdings auf der Tatbestandsseite nicht mehr an einzelne Fallgruppen koppelte, sondern die Gewinnabschöpfung davon abhängig machen wollte, ob durch die (vorsätzliche oder grob fahrlässige) Zuwiderhandlung gegen § 3 UWG systematisch einer Vielzahl von Abnehmern ein Schaden zugefügt wurde.<sup>1971</sup> Im Regierungsentwurf zur UWG-Novelle fand sich die Formulierung „auf Kosten“ schließlich als – dem Wortlaut nach auch auf Rechtsfolgenseite relevantes<sup>1972</sup> – Tatbestandsmerkmal wieder. Voraussetzung sollte sein, dass durch die (inzwischen vorsätzliche) Zuwiderhandlung gegen § 3 UWG auf Kosten einer Vielzahl von Abnehmern ein Gewinn erzielt worden war.<sup>1973</sup> Der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses<sup>1974</sup> folgend findet sich heute in § 10 Abs. 1 UWG – und dem folgend § 34a Abs. 1 GWB – stattdessen die Formulierung „zu Lasten [Herv. d. Verf.] einer Vielzahl von Abnehmern“.

---

<sup>1968</sup> *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 120 f., 127.

<sup>1969</sup> Aufgeführt oben unter Fn. 567; vgl. *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* WRP 2002, 1317, 1322.

<sup>1970</sup> *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* WRP 2002, 1317, 1322.

<sup>1971</sup> RefE UWG, GRUR 2003, 298, 299.

<sup>1972</sup> Nach v. *Braunmühl* wurden mit dem Regierungsentwurf sowohl Gewinn als auch das Merkmal „auf Kosten“ auf die Tatbestandsebene gezogen, ohne sich von der Rechtsfolgenseite zu lösen, v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 179.

<sup>1973</sup> RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 7.

<sup>1974</sup> Beschlussempfehlung Rechtsausschuss, BT-Drucks. 15/ 2795.

Die Reichweite dieses Tatbestandsmerkmals ließ sich schon zum Zeitpunkt des Regierungsentwurfs nicht eindeutig bestimmen. Laut Gesetzesbegründung sollte die Formulierung „auf Kosten“ der „Klarstellung“ dienen, dass die Gewinnabschöpfung nur anwendbar sei, „wenn der Gewinnerzielung *unmittelbar* ein *Vermögensnachteil* [Herv. d. Verf.] der Abnehmer“ gegenüberstehe; diese Anforderung sei bereits durch „jede wirtschaftliche Schlechterstellung“ erfüllt.<sup>1975</sup> Auch dieser Definitionsansatz bleibt aber interpretationsbedürftig. Wohl unstreitig ausgeschlossen werden sollte hiermit jedenfalls, dass die Gewinnabschöpfung in solchen Fällen griffe, in denen sich das erfolgte Rechtsgeschäft als für die Abnehmer lediglich vorteilhaft darstellte. Für die Bestimmung der wirtschaftlichen Schlechterstellung soll nach der Entwurfsbegründung nämlich die vom Zuwiderhandelnden erbrachte Gegenleistung zu berücksichtigen sein, so dass ein Vermögensnachteil grundsätzlich dann zu verneinen sei, „wenn der vom Zuwiderhandelnden erzielte Preis völlig angemessen“ war und der Abnehmer auch „keinen sonstigen Nachteil, beispielsweise in Form von Aufwendungen, die ohne die unlautere Wettbewerbshandlung nicht angefallen wären“, erlitten habe.<sup>1976</sup>

Auf die Kritik des Bundesrates an dem „bereicherungsrechtlichen Ansatz“ der Formulierung „auf Kosten“ hin<sup>1977</sup> begründete die Gegenäußerung „die Begrenzung des Anspruchs auf Fälle, in denen auf Kosten der Abnehmer etwas erlangt wurde“ damit, dass „nur solche Fälle erfasst werden sollen, in denen die Abnehmer übervorteilt wurden“.<sup>1978</sup> Wohl angesichts des auch hiernach bestehenden weiten Interpretationsspielraums empfahl der Rechtsausschuss schließlich,

---

<sup>1975</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>1976</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; die Gegenleistung habe allerdings insoweit außer Betracht zu bleiben, als der Abnehmer hieran kein Interesse haben könne, „mithin eine aufgedrängte Bereicherung“ gegeben sei, vgl. Begr. RegE UWG, a.a.O.

<sup>1977</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 20.6.2003, BT-Drucks. 15/1487, S. 34.

<sup>1978</sup> Nach der weiteren Begründung der Bundesregierung sei dies „in vielen Fällen relativ eindeutig zu bestimmen. Wenn etwa ein Unternehmer zur Wahl einer 0190er-Nummer auffordert und dafür eine Leistung verspricht, die nicht erbracht wird, so hat er in der Regel den gesamten Gewinn auf Kosten der Abnehmer erzielt.“, vgl. BT-Drucks. 15/1487, S. 43.

F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“  
den Wortlaut in das heutige „zu Lasten“ abzuändern, um „klarzustellen“, dass der Gewinnabschöpfungsanspruch nicht die Ermittlung von einzelfallbezogenen Nachteilen voraussetze, es vielmehr erforderlich, aber auch ausreichend sei, dass durch die Zuwiderhandlung bei einer Vielzahl von Abnehmern eine wirtschaftliche Schlechterstellung eingetreten sei.<sup>1979</sup> Damit bezog sich der Rechtsausschuss auf eine Forderung des Bundesrates: Dieser hatte das Entstehen einer Darlegungspflicht des Anspruchstellers hinsichtlich einzelner Vermögensnachteile beim Abnehmer befürchtet und daher statt der bisherigen Konstruktion gefordert, dem Gericht im Sinne einer „gebotenen Pauschalierung“ die Möglichkeit einzuräumen, den abzuschöpfenden Betrag „anhand von Umständen, die für den Gläubiger weitgehend erkennbar oder jedenfalls leicht ermittelbar“ seien, in „relativ freiem Ermessen“ festzulegen.<sup>1980</sup>

In der Begründung zu § 34a GWB finden sich zum Merkmal „zu Lasten“ keine weiteren Einzelheiten; es solle vielmehr verdeutlichen, dass die Vorschrift lediglich in Fällen besonders gefährlicher Kartellverstöße mit Breitenwirkung greife.<sup>1981</sup> Im weiteren Zusammenhang ist darüber hinaus allerdings von einem mit dem Vorteil des Kartelltäters „korrespondierenden wirtschaftlichen Nachteil“ die Rede.<sup>1982</sup>

#### **b) Kernproblem: Zusammenhang zwischen Unlauterkeitsgewinn und Beeinträchtigung der Abnehmer**

Eine wirkliche Klärung hat all dies nicht herbeigeführt. Vielmehr geht insbesondere die Begründung des Rechtsausschusses zur letzten Änderung des § 10 UWG an einigen inhaltlichen Problemen vorbei; sie ist zumindest wenig geeignet, in-

---

<sup>1979</sup> Begr. Beschlussempfehlung Rechtsausschuss, BT-Drucks. 15/ 2795, S.21; s. eingehend v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 188 ff.

<sup>1980</sup> Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/1487, S. 34.

<sup>1981</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 55.

<sup>1982</sup> Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 56.

soweit für Klarheit zu sorgen.<sup>1983</sup> Schwierigkeiten bereitet der Tatbestandsteil nämlich auf ganz unterschiedlichen Ebenen: Vor der Frage, welche Anforderungen an den Nachweis der Tatbestandsvoraussetzung zu stellen sind, ist zu klären, wie weit materiell ein etwaiger Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen dem Nachteil des Abnehmers und dem zu seinen „Lasten“ erzielten Gewinn bestehen muss und ob sich dieser gegebenenfalls auf die Berechnung des Herausgabebetrages auswirkt. Keine Einigkeit herrscht dabei insbesondere über die Frage, welcher Art der Zusammenhang zwischen dem Nachteil der Abnehmer und der Gewinnerzielung des Zuwiderhandelnden sein müsse. In diesem Zusammenhang bleibt später auch zu untersuchen, ob gerade angesichts der vergleichsweise offenen Formulierung „zu Lasten“ über geldwerte Nachteile hinaus auch andere durch den Lauterkeitsverstoß hervorgerufene Beeinträchtigungen des Abnehmers berücksichtigt werden können.

#### **(1) Auslegung der Gesetzesmaterialien**

Nach dem Willen des Gesetzgebers und insofern auch in der Literatur unstreitig ist die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG zunächst unproblematisch auf solche Fälle anwendbar, in denen auf Seiten der Abnehmer eine Vermögensbewegung stattgefunden hat. Dass diese Vermögensbewegung die Form einer unmittelbaren Vermögensverschiebung hin zum Schädiger haben müsste, wird sich aus dem Wortlaut, auch unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung, aber nicht lesen lassen.<sup>1984</sup> Die Formulierung der Entwurfsbegründung, nach der es auf die Ermittlung einzelfallbezogener Nachweise nicht ankomme, sagt hierüber zwar noch nichts aus. Denkbar wäre insoweit nämlich auch eine typisierende Betrachtungsweise, eine Beschränkung auf Fallgruppen, in denen schon ihrer Natur nach eine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen Abnehmer und Zuwiderhandelnden stattfindet, wie im Falle von systematischen Unterschrei-

---

<sup>1983</sup> Ähnlich *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 119.

<sup>1984</sup> Vgl. *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 77; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 128; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 198; *Pokrant* FS Ullmann 2006, S. 813, 816; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 111; vgl. aber *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 10, *Lettl*, UWG, Rn. 674.

## F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“

tungen der angegebenen Füllmenge einer vorverpackten Ware; hier entspricht der Vermögensnachteil des Abnehmers unmittelbar dem Unlauterkeitserfolg des Schädigers.<sup>1985</sup>

Allerdings sollen ausweislich der Gesetzesbegründung zur Ermittlung der wirtschaftlichen Schlechterstellung neben einer Gegenüberstellung von Leistung und Gegenleistung auch etwaige vom Abnehmer nur aufgrund der Zuwiderhandlung unnötig getätigte Aufwendungen heranzuziehen sein.<sup>1986</sup> Solche Aufwendungen – etwa Anfahrtskosten im Falle von vorzeitig vergriffenen Lockangeboten (vgl. Nr. 5 Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG)<sup>1987</sup> – kommen typischerweise gerade nicht dem Zuwiderhandelnden zugute. In solchen Fällen wird es zwar ohne eine pauschalierte Herangehensweise praktisch nur schwer möglich sein, überhaupt den abzuschöpfenden Unrechtserfolg zu ermitteln<sup>1988</sup> – etwa anhand des erhöhten Umsatzes bezüglich des übrigen Warensortiments –, grundsätzlich müsste nach der Begründung zum Regierungsentwurf eine Gewinnabschöpfung gemäß § 10 Abs. 1 UWG jedoch auch hier möglich sein: Ausschließen wollte der Gesetzgeber schließlich nur Fälle, in denen auf Abnehmerseite niemand „übervorteilt“ und wirtschaftlich benachteiligt wurde.<sup>1989</sup>

Selbst die „bereicherungsrechtlichen Anklänge“<sup>1990</sup> der früheren Formulierung „auf Kosten“ hätten nicht zu einem anderen Ergebnis führen müssen; denn auch im Bereicherungsrecht kommt es auf die Bereicherung des Schuldners und weniger auf eine feststellbare Vermögenseinbuße des Gläubigers an.<sup>1991</sup> Die Erfordernisse einer unmittelbaren Vermögensverschiebung<sup>1992</sup> oder einer „Stoff-

---

<sup>1985</sup> So Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 10.

<sup>1986</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23; ablehnend Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 10.

<sup>1987</sup> Beispiel nach v. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 197.

<sup>1988</sup> Vgl. auch Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 111.

<sup>1989</sup> Noch zu „auf Kosten“ die Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drucks. 15/1487, S. 43.

<sup>1990</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 198.

<sup>1991</sup> Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 71 I 2. b) m.w.N.; vgl. aber für die Eingriffskondition Palandt/Sprau § 812 Rn. 39 m.w.N.; zu § 10 UWG Sosnitza GRUR 2003, 739, 746.

<sup>1992</sup> Vgl. aber Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 10.

gleichheit“<sup>1993</sup> lassen sich – erst recht nicht nach der Änderung des Tatbestandsmerkmals in „zu Lasten“ – also weder aus dem Wortlaut noch aus der Gesetzesbegründung zu § 10 Abs. 1 UWG schließen.<sup>1994</sup> Vielmehr liegt der (sei es Unmittelbarkeits- oder Funktions-<sup>1995</sup>)Zusammenhang zwischen Gewinn und wirtschaftlicher Schlechterstellung darin, dass nur derjenige Gewinn als Unrechtsgewinn abzuschöpfen ist, der mit der lauterkeitswidrigen Wettbewerbsbehandlung erwirtschaftet wurde, die zugleich eine Beeinträchtigung auf Abnehmerseite<sup>1996</sup> herbeigeführt hat.<sup>1997</sup>

#### (2) *Problematische Fallgruppen*

Während Fälle wie die in der Gesetzesbegründung aufgeführten<sup>1998</sup> Füllmengenunterschreitungen (Mogelpackungen), Produktfälschungen, das Einziehen geringer Beträge ohne Rechtsgrund oder darüber hinaus etwa Fälle von Telekommunikationsverbindungen mit Mehrwertdiensten, die ohne ausreichende Informationen über übermäßig hohen Gebührenanfall oder kostenpflichtige Warteschleifen zustande kamen,<sup>1999</sup> sich unproblematisch unter § 10 UWG subsumieren lassen, ergeben sich für zahlreiche praktisch hochrelevante Wettbewerbsverstöße bei der Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal „Gewinn zu Lasten der Abnehmer“ erhebliche Schwierigkeiten. Dies gilt insbesondere für die Fallgruppe der Mondpreise nach § 5 Abs. 4 UWG, nicht ausreichend vorrätig gehaltener Aktionsware (der oben schon erwähnten Lockangebote, aufgeführt in Nr. 5 Anh.

---

<sup>1993</sup> So *Leistner/Pothmann*, die mit Bezug auf die Rechtsprechung insbesondere zum strafrechtlichen Betrugstatbestand und zum Bereicherungsrecht den Tatbestand – damals noch zum Merkmal „auf Kosten“ – nur dann eröffnet sehen wollten, wenn „die selbe Vermögensverfügung des Abnehmers, die der Werbende um einen Gewinn zu erzielen veranlasst hat, einen Schaden beim Abnehmer unmittelbar herbeiführt“, *Leistner/Pothmann* WRP 2003, 815, 829 m.w.N.

<sup>1994</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 198; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 128.

<sup>1995</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 127.

<sup>1996</sup> Und für die Fälle des § 34a GWB auch auf Seiten betroffener Anbieter.

<sup>1997</sup> Ebenso *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 78; *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 189; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 127 f., 131; wohl auch *Pokrant* FS Ullmann 2006, S. 813, 816; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 111; a.A. *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 9 f.; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 128, die unabhängig vom Erfordernis der unmittelbaren Vermögensverschiebung solche „Begleitkosten“ isoliert betrachtet nicht als ausreichend ansieht.

<sup>1998</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23.

<sup>1999</sup> Vgl. zum Ganzen auch *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 10 sowie noch zur Fassung des Regierungsentwurfs *Leistner/Pothmann* WRP 2003, 815, 830, dort insb. Fn. 154.

#### F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“

zu § 3 Abs. 3 UWG) – obwohl der Gesetzgeber Verträge aufgrund von Irreführungen und auch den Katalog im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG ausdrücklich als Anwendungsfälle für § 10 UWG verstanden wissen will<sup>2000</sup> – für die Regelbeispiele des § 4 UWG (dort insbesondere Nr. 1 bis 6), die Fälle unlauterer vergleichender Werbung nach § 6 UWG und *last but not least* die Fälle der über unlauteres Direktmarketing nach § 7 Abs. 2 UWG zustande gekommenen Vertragsabschlüsse.<sup>2001</sup>

Lockt etwa ein Discount-Unternehmer potentielle Käufer mit einem besonders attraktiven Aktionsangebot in seine Geschäftsräume, wird sich mit großer Wahrscheinlichkeit ein beträchtlicher Teil der eigens angereisten Kunden – wenn sie schon einmal vor Ort sind – zum Kauf auch anderer Waren anregen lassen und damit den unternehmerischen Umsatz insgesamt steigern. Hat der Unternehmer dabei die Aktionsware entgegen § 5 Abs. 5 UWG nicht in angemessener Menge vorrätig und hat er dies zumindest billigend in Kauf genommen, also vorsätzlich gehandelt, so käme die Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG zur Anwendung, wenn er zugleich durch den Wettbewerbsverstoß einen Gewinn zu Lasten der Abnehmer erzielt hätte. Nach der Gesetzesbegründung zu § 10 UWG ließe sich eine Benachteiligung auf Abnehmerseite in diesem Beispiel theoretisch aus zwei Aspekten herleiten: Zum einen hat der Kunde möglicherweise geldwerte Aufwendungen getätigt, etwa in Form von Fahrtkosten. Wenn eine Vermögensverschiebung von Abnehmer zu Unternehmer grundsätzlich nicht erforderlich ist – wie nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers, der bei der Frage der Benachteiligung auch unnütze Aufwendungen berücksichtig wissen will –, dann reichen diese Aufwendungen bereits aus, um den Gewinnabschöpfungsanspruch zu eröffnen. Dass der Gewinn des Unternehmers mit dem finan-

---

<sup>2000</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23 sowie Begr. RegE 1.UWGÄndG, BT-Drucks. 16/10145, S. 30; vgl. hierzu bereits oben Fn. 559.

<sup>2001</sup> Eine hilfreiche und übersichtliche Kategorisierung der Fallgruppen findet sich bei *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 122 ff., 129 ff.

ziellen Nachteil des Abnehmers nur über die gemeinsame Ursache verbunden ist, kann dann grundsätzlich keine Rolle mehr spielen.

Dieselbe Konstellation führt aber zu einem anderen Ergebnis, wenn man unterstellt, dass keiner der betroffenen Abnehmer (oder nur Teile der Abnehmer) besondere Aufwendungen getätigt hätte. Der zweite Ansatz, eine Angemessenheitsprüfung von Preis und Gegenleistung, wie sie die Gesetzesbegründung zur Ermittlung der wirtschaftlichen Schlechterstellung vorsieht, ergäbe in diesen Fällen auf den ersten Blick regelmäßig, dass dem Abnehmer ein geldwerter Nachteil gerade nicht entstanden ist – geht man davon aus, dass das Grundsortiment des Unternehmers rechtskonform ausgezeichnet ist und angeboten wird. Die Situation, dass ein objektiver, wirtschaftlich messbarer Nachteil trotz einer kausal auf das Grundgeschäft wirkenden Zuwiderhandlung nicht vorliegt, tritt immer dann ein, wenn der Vertrag als solcher zwar aufgrund einer unlauteren Bewerbungsaktion in der konkreten Situation überhaupt erst zustande gekommen ist, er für den Kunden aber nicht nachteilig oder unerwünscht ist. Angesichts dieser unterschiedlichen Ergebnisse ist eine typisierende Betrachtungsweise der Fallgruppe im Rahmen des § 10 Abs. 1 UWG dann aber eigentlich kaum möglich; vielmehr wäre wiederum doch „die Ermittlung von einzelfallbezogenen Nachweisen“ erforderlich, die nun eigentlich hätte ausgeschlossen werden sollen.<sup>2002</sup> Zur Vermeidung derartiger Widersprüche hat die Literatur unterschiedliche Auslegungsansätze entwickelt, die im Folgenden dargestellt werden.

#### **c) Auslegungsansätze**

Um der Gefahr zufälliger und widersprüchlicher Ergebnisse bei der Behandlung der oben genannten Fallgruppen vorzubeugen, kommen prinzipiell zwei Möglichkeiten in Betracht: Zum einen kann der Tatbestand in der Weise einschrän-

---

<sup>2002</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 15/2795, S. 21.



## F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“

kend ausgelegt werden, dass mit *Köhler* doch eine unmittelbare Vermögensverschiebung vorauszusetzen ist; die besonders problematischen Fallgruppen blieben dann von der Abschöpfung nach § 10 UWG ausgeschlossen.<sup>2003</sup> Dies würde allerdings auch eine spürbare Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs des von seinem Wortlaut her bei allen Verstößen gegen §§ 3, 7 UWG eröffneten Gewinnabschöpfungsanspruchs bedeuten. Die Alternative besteht in einer Öffnung des Tatbestandes durch ein besonders weites Verständnis des Tatbestandsmerkmals „zu Lasten“.

### (1) *Verzicht auf Vermögensbezug*

Unter Bezugnahme auf *Alexander* vertritt etwa *Braunmühl* die Ansicht, dass das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten“ vom reinen Vermögensbezug zu lösen sei. Mit der Umformulierung des Wortlautes durch die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses sei nicht nur der „Konnexität“ zwischen Gewinn und wirtschaftlicher Schlechterstellung eine „Absage erteilt“<sup>2004</sup> worden, sondern es sei angesichts der „dogmatischen Unbelastetheit“ des neuen Wortlauts begrifflich nun auch möglich, mit § 10 UWG solche Beeinträchtigungen zu erfassen, die nicht unmittelbar vermögensbezogen seien.<sup>2005</sup> Entsprechend dem bereits zum Wortlaut des Regierungsentwurf entwickelten Ansatz von *Alexander*<sup>2006</sup> soll eine wirtschaftliche Schlechterstellung schon durch die Beeinträchtigung des Abnehmers in seinem „wettbewerbsrechtlich geschützten Interessenkreis“ – nach

---

<sup>2003</sup> Vgl. die explizite Ablehnung der Anwendbarkeit des Gewinnabschöpfungsanspruchs etwa für die Fälle von Mondpreisen und Lockangeboten bei *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 10. Nach *Köhler* ist der Gewinn nur dann „zu Lasten“ der Abnehmer erzielt, wenn letzteren grundsätzlich „bürgerlichrechtliche Rechte und Ansprüche zur Sicherung ihrer Vermögensinteressen“ gegen den Verletzer zustünden; die Berücksichtigung sonstiger getätigter Aufwendungen, wie sie die Begründung zum RegE vorsieht, lehnt *Köhler* daher ausdrücklich ab. Er beruft sich hierzu auf Sinn und Zweck der Vorschrift, die gerade solche Fälle von Streuschäden betreffe, in der der einzelne seine Ansprüche nicht geltend mache, *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 10 mit Hinweis auf Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; differenzierend *Ohly* in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, § 10 Rn. 8.

<sup>2004</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 189, 191.

<sup>2005</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 191 f.; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 104.

<sup>2006</sup> *Alexander* WRP 2004, 407, 417 f.; ebenso zum Merkmal „zu Lasten“ *ders.* Schadensersatz und Abschöpfung, S. 540 ff.

*Alexander* das Schutzgut des § 10 UWG<sup>2007</sup> – und folglich seiner in der Wettbewerbsordnung vorgesehenen Funktion als Entscheidungsträger und „Schiedsrichter“ des Marktgeschehens gegeben sein.<sup>2008</sup> Die dogmatische Funktion des Merkmals „zu Lasten“ liegt nach *Alexander* darin, eine spezielle Verbindung zwischen dem Unrechtsgewinn des Verletzers und der materiellrechtlichen Schutzebene herzustellen,<sup>2009</sup> die sämtliche und nicht nur die vermögenswerten Interessen der Abnehmer in ihrer Marktrolle als Nachfrager im Wettbewerb umfasse.<sup>2010</sup> Nach *von Braunmühl* sowie insoweit ähnlich *Micklitz* soll damit bereits jeder unlautere Angriff gegen diese Abnehmerinteressen in Form einer wettbewerbswidrigen Handlung die erforderliche Benachteiligung der Abnehmer indizieren.<sup>2011</sup> Folgt man dieser Ansicht, so ist nicht nur eine Vermögensverschiebung zwischen Abnehmer und Unternehmer verzichtbar, sondern es blieben darüber hinaus selbst solche Fälle in den Anwendungsbereich des § 10 Abs. 1 UWG einbezogen, in denen die Beeinträchtigung des Abnehmers sich – wie in einigen Fällen belästigender Werbung – lediglich in immaterieller Weise niederschlägt.

Zum gleichen Ergebnis kommen jeweils auf der Basis ihrer rechtsvergleichenden Untersuchungen *Gärtner* und *Neuberger*. *Gärtner* stellt dabei vor allem darauf ab, dass § 10 UWG zum Zweck habe, die bisher gültige Aussage, unlauterer Wettbewerb „lohne sich immer“, für die Zukunft zu entkräften. Aus einer Gegenüberstellung mit vergleichbaren US-amerikanischen Abschöpfungsinstituten

---

<sup>2007</sup> Vgl. *Alexander* WRP 2004, 407, 418; *ders.*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 540, 544 f.; *Leistner* ZGE/IPJ 1 (2009), 3, 4 m.w.N.

<sup>2008</sup> Vgl. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 544. *Von Braunmühl* leitet dies darüber hinaus auch aus einem Umkehrschluss im Zusammenhang mit §§ 34 f. GWB her. Laut der Begründung zum RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 55, soll der festzustellende Vorteil neben dem Gewinn auch sonstige wirtschaftliche Vorteile, wie etwa eine Verbesserung der Marktstellung des Kartelltäters, umfassen. Umgekehrt, so *von Braunmühl*, müsse dann auf der Marktgegenseite auch die Beeinträchtigung der dem Abnehmer zugewiesenen Funktion als informierter Entscheidungsträger im Wettbewerbssystem als wirtschaftliche Schlechterstellung anerkannt werden, s. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 192; ablehnend *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 10.

<sup>2009</sup> *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 540.

<sup>2010</sup> *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 544: Der Bezug auf diese Funktion des Abnehmers im Wettbewerb ist für *Alexander* dabei das Charakteristikum, an dem sich die für § 10 UWG relevanten geschützten Interessen festmachen lassen, die ansonsten aufgrund der vielfältigen Konstellationen, in denen Abnehmer am Markt auftreten können – als Verbraucher, als Unternehmer, als Verband – sehr heterogen und einer enumerativen Erfassung nicht zugänglich seien.

<sup>2011</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 191; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 130.

## F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“

sowohl hinsichtlich der Systematik als auch der Effektivität der Gewinnabschöpfung leitet er daher die Notwendigkeit ab, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 10 UWG auf die Täterperspektive zu beschränken.<sup>2012</sup> *Neuberger* stellt daneben die Entscheidung des Gesetzgebers für eine Gewinnabschöpfung als ein gerade am Gewinn des Zuwiderhandelnden und nicht am Schaden des Abnehmers orientiertes Institut in den Vordergrund; in einer Begrenzung der „zu neutralisierenden Vorteile“ anhand der den Abnehmern entstandenen Nachteile läge nach *Neuberger* daher eine „systemfremde“ und angesichts der Anforderungen des Vorsatzerfordernisses unnötige Vermengung mit dem herkömmlichen Haftungsrecht.<sup>2013</sup> Im Vergleich mit funktionsäquivalenten Regelungen anderer europäischer Länder gebiete außerdem das Interesse an der europäischen Rechtseinheit einen möglichst umfassenden Schutz gegen unlautere abnehmerbezogene Maßnahmen.<sup>2014</sup>

Auch nach *Micklitz*, der seinerseits die „eigentliche Zielsetzung“ des § 10 UWG in der Abschreckung sieht, kommt es für die Eröffnung des Gewinnabschöpfungsanspruchs vor allem darauf an, ob der Unternehmer mit der Unlauterkeit einen Gewinn erzielt hat; einem möglichen Vermögensnachteil der Abnehmer könne allenfalls sekundäre Bedeutung zukommen.<sup>2015</sup> Er strebt nicht nur ein weites Verständnis des Begriffs der wirtschaftlichen Schlechterstellung an, sondern möchte ebenfalls das Merkmal „zu Lasten“ von der wirtschaftlichen Betrachtung lösen,<sup>2016</sup> um mit der Ablehnung einer Saldierung von Leistung und Gegenleistung gleich auch den „Zopf der wirtschaftlichen Schlechterstellung abzuschneiden“<sup>2017</sup>. Die Formulierungen der Gesetzesbegründung legt *Micklitz* ähnlich wie *von Braunmühl* dahingehend aus, dass etwa die Fälle des Vertrags-

---

<sup>2012</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 149, 151.

<sup>2013</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 105.

<sup>2014</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 106.

<sup>2015</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 120.

<sup>2016</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 123.

<sup>2017</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 122 Fn. 279 mit Bezug auf *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 61, der bei seiner Auslegung nicht ganz so weit gehe, vgl. dazu sogleich unten.

schlusses als Schaden nicht Gegenstand einer Angemessenheitsprüfung von Leistung und Gegenleistung seien. Da nach *Micklitz* auch immaterielle, nicht ersetzbare Schäden als hinreichende „Beeinträchtigung“ der Abnehmer für § 10 Abs. 1 UWG ausreichend sein müssten,<sup>2018</sup> nimmt er eine teleologische Reduktion insoweit vor, als ein auch für die Praxis zu komplizierter und schwerfälliger „schematischer Vermögensvergleich“, ausgerichtet auf „rein wirtschaftliche Aspekte“, abzulehnen sei.<sup>2019</sup>

Noch wesentlich weiter geht *Leicht*, der im Merkmal „zu Lasten“ lediglich das Erfordernis einer Gewinnerzielung direkt aus unmittelbaren Abnahmeverhältnissen<sup>2020</sup> festgeschrieben sieht. Da die Norm vor allem „Institutsschutz“ bezwecke, sei es daneben unerheblich, ob die unlautere Handlung Interessen oder gar das Vermögen der Abnehmer oder Mitbewerber beeinträchtige oder nicht, vielmehr sei in allen Fällen der Gewinn abzuschöpfen.<sup>2021</sup>

#### **(2) Berücksichtigung nur von vermögensbezogenen Beeinträchtigungen**

*Goldmann* hält der Auffassung *Alexanders*, *Micklitz*’ und von *Braunmühls* zunächst entgegen, dass der lauterkeitsrechtliche Schutz von abstrakt-ideellen Interessen der Marktteilnehmer bereits durch die Definition der Unlauterkeit im Rahmen des bei § 10 Abs. 1 UWG inzidenter zu prüfenden § 3 UWG abgedeckt werde. Nach *Goldmann* „verdichte“ sich dann dieses „idealistisch anmutende Konzept von Freiheitsinteressen“ durch das Merkmal „zu Lasten“ in § 10 UWG zu „handfesten Vermögensinteressen“,<sup>2022</sup> der Tatbestand des § 10 UWG setze daher einen unmittelbar geldwerten Nachteil des Abnehmers voraus. Dabei lehnt *Goldmann* die von der Gesetzesbegründung grundsätzlich vorgesehene<sup>2023</sup> Saldierung von Leistung und Gegenleistung, mit der die objektive Angemessenheit

---

<sup>2018</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 122.

<sup>2019</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 123.

<sup>2020</sup> Zum Begriff des Abnehmers vgl. unten ab Kap. III. F. 3. b).

<sup>2021</sup> *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 247 f.

<sup>2022</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 58.

<sup>2023</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23 f.; vgl. auch *Leistner/Pothmann* WRP 2003, 815, 829 f.

F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“  
des gezahlten Preises überprüft würde, von vorneherein ab.<sup>2024</sup> In Anlehnung an die Grundsätze des Vertrags als Schaden aus dem allgemeinen Schadensersatzrecht liege vielmehr, so *Goldmann*, eine wirtschaftliche Schlechterstellung in jedem Vertrag, der auf Grund unlauterer Werbeaussagen eingegangen werde, wenn die vertragliche Leistung hinter den Erwartungen zurückbleibe, die etwa durch die unlautere Werbeaussage oder die Packungsgröße bei Mogelpackungen geweckt worden seien.<sup>2025</sup> Wer eine gewöhnliche Glycerincreme als Spezialhautcreme kaufe, für diese aber nur den Preis zahle, der für eine gewöhnliche Glycerincreme angemessen ist, erleide trotzdem einen Vermögensnachteil im Sinne einer wirtschaftlichen Schlechterstellung.<sup>2026</sup> Die in der Begründung vorgesehene Angemessenheitsprüfung zwischen Preis und Gegenleistung hält er für praktisch nicht durchführbar; er sieht in ihr mit *Sosnitza* und weiteren Stimmen in der Literatur außerdem die Gefahr einer „inakzeptablen richterlichen Preiskontrolle“.<sup>2027</sup>

Auch die Gesetzesbegründung sieht allerdings bereits eine Ausnahme vom Erfordernis dieser „Angemessenheitsprüfung“ vor, wenn die Abnehmer an der Gegenleistung kein Interesse hätten, also „eine aufgedrängte Bereicherung“ vorliege.<sup>2028</sup> Nach *Leistner/Pothmann*<sup>2029</sup> verlagert die Begründung damit lediglich die Abgrenzungsproblematik von einem Vertrag als „Schaden“, wie er noch im Referentenentwurf vorgesehen war, hin zu der Frage, wann trotz objektiver Gleichwertigkeit der Gegenleistung beim Abnehmer ein (Vermögens-) Nachteil entstehe, so dass die in diesem Zusammenhang als „aufgedrängte Bereicherung“ bezeichnete Konstellation eintrete. Tatsächlich ist der Begriff hier selbstverständlich untechnisch zu verstehen, da es schon nicht um die Abwehr eines

---

<sup>2024</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 60.

<sup>2025</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 61.

<sup>2026</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 60.

<sup>2027</sup> *Sosnitza* GRUR 2003, 739, 746; dem folgend *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 62; ebenso v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 195; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 121.

<sup>2028</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2029</sup> *Leistner/Pothmann* WRP 2003, 815, 829 im Folgenden mit Bezug auf die Rechtsprechung insbesondere zum strafrechtlichen Betrugstatbestand.

Ausgleichsanspruchs des Abnehmers geht,<sup>2030</sup> sondern schlicht die Fälle erfasst sein sollen, in denen der Abnehmer an der Leistung<sup>2031</sup> des Zuwiderhandelnden kein Interesse hat.<sup>2032</sup>

Nach *Köhler* ist das Merkmal „zu Lasten“ insgesamt nur erfüllt, wenn dem Abnehmer aufgrund des Unlauterkeitselements „bürgerlichrechtliche Rechte und Ansprüche zur Sicherung ihrer Vermögensinteressen gegen den Verletzer“ zustünden, die dieser nur nicht geltend mache;<sup>2033</sup> hiervon umfasst wären dann auch Rechte in Fällen, in denen der Abnehmer berechtigterweise kein Interesse an der vertraglichen Bindung hat, wie Anfechtungs- oder Widerrufsrechte.<sup>2034</sup>

Nach der oben dargestellten Ansicht von *Braunmühls* und *Alexanders* käme es hierauf überhaupt nicht an, solange nur irgendeine, auch ideelle, Beeinträchtigung der Abnehmer anzunehmen wäre,<sup>2035</sup> wie das etwa in Fällen der belästigenden Werbung denkbar ist. Indem *Goldmann* sich auf die Grundsätze des Vertrages als Schaden bezieht,<sup>2036</sup> so dass eine wirtschaftliche Schlechterstellung immer dann vorliege, wenn der Kunde die gekaufte Ware im Grunde gar nicht haben wolle,<sup>2037</sup> lässt er zunächst Raum für Interpretationen, beschränkt die Anwendbarkeit aber doch wieder – obwohl er einen Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Vermögensnachteil des Abnehmers und Gewinn des Verletzers grundsätzlich ablehnt<sup>2038</sup> – auf die Fälle eines unmittelbaren Leistungsaustausches in Form von Vertragsabwicklungen.<sup>2039</sup>

---

<sup>2030</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 118 mit Hinweis auf BGHZ 23, 61 ff.

<sup>2031</sup> Zu Recht weist *Bauer* am Rande darauf hin, dass auch der Begriff der „Gegenleistung“ im Sinne der herkömmlichen schuldrechtlichen Terminologie nur untechnisch verstanden werden kann, bezeichnet er dort doch die vertragliche Vergütungspflicht und damit die vom Abnehmer geschuldete Leistung, s. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 116 Fn. 564.

<sup>2032</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2033</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 10; dem folgend *Pokrant FS Ullmann* 2006, S. 813, 815.

<sup>2034</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 10; ebenso *Pokrant FS Ullmann* 2006, S. 813, 815.

<sup>2035</sup> Dies setzt allerdings voraus, dass unter Abnehmer nicht nur derjenige verstanden wird, der insoweit einen Vertragsschluss mit dem Zuwiderhandelnden eingegangen ist, vgl. unten ab Kap. III. F. 3. b).

<sup>2036</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 60 f.

<sup>2037</sup> So bereits *Köhler* GRUR 2003, 265, 266; *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 61.

<sup>2038</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 78.

<sup>2039</sup> Insofern ist nicht ganz schlüssig, wieso *Goldmann* die von ihm zu Recht als unpraktikabel eingeschätzte Berücksichtigung von Folgeaufwendungen im Einzelfall mit der Ablehnung der Angemessenheitsprüfung als überflüssig ansieht, vgl. *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 64; wären doch Fälle denkbar, in denen

## F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“

Tatsächlich unterscheidet sich die Ansicht *Goldmanns* vom Ansatz *Köhlers* im Grunde nur – insoweit aber entscheidend – in der jeweiligen Einstellung zur Frage der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung beziehungsweise in der Frage der Preisüberprüfung.<sup>2040</sup> Denn soweit *Goldmann* zur Ermittlung der wirtschaftlichen Schlechterstellung zwar keine Saldierung von Preis und Leistung vornimmt, das Merkmal aber bejaht, sobald die vertragliche Leistung hinter den unlauter geweckten Erwartungen zurückbleibt,<sup>2041</sup> nimmt er wie *Köhler* Rückgriff auf die Voraussetzungen eines allgemein-zivilrechtlichen Ausgleichsanspruchs insbesondere aus c.i.c., heute §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB, und – wenn auch nicht ausdrücklich – wohl vor allem der Mängelhaftung, insbesondere mit Hinblick auf die Regelung zur Verbindlichkeit von Werbeaussagen aus § 434 Abs. 1 S. 3 BGB.<sup>2042</sup> Auch *Köhler* bezieht sich gerade auf die Fälle, in denen den Abnehmern aufgrund einer irreführenden Werbeaussage Ansprüche gegen den Unternehmer zustünden, die sie nur typischerweise nicht wahrnehmen. Damit stellt er im Grunde keine Prüfung der objektiven Marktangemessenheit an, sondern er misst, wie *Goldmann*, das tatsächliche Angebot an den zuvor durch die Wettbewerbshandlung geweckten Erwartungen der Abnehmer. Es geht bei beiden also gerade nicht um die vielzitierte „Preiskontrolle“<sup>2043</sup>, sondern um eine Kontrolle der tatsächlichen unternehmerischen Leistung im Vergleich zu der beim Abnehmer geweckten Vorstellung. Beide Autoren verstehen damit unter dem Begriff „zu Lasten“ die Beeinträchtigung (auch) von Vermögensinteressen.<sup>2044</sup> Auch von der Formulierung in der Regierungsbegrün-

---

der Abnehmer aufgrund eines Lockangebotes unnütze Aufwendungen tätigt, anschließend aber Waren einkauft, an denen er tatsächlich ein Interesse hat, die er sonst aber womöglich bei einem anderen Unternehmer erworben hätte. Anders ist dies im Falle der Auffassung von *Micklitz*, der sich vom Begriff der wirtschaftlichen Schlechterstellung gänzlich lösen möchte, vgl. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 122 f., 132.

<sup>2040</sup> Anders interpretiert den Ansatz von *Goldmann* aber wohl *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 132.

<sup>2041</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 61.

<sup>2042</sup> Auch *Schmauß* weist darauf hin, dass die Ablehnung der Saldierung von Leistung und Gegenleistung für alle Fallgruppen bei *Goldmann* nicht ohne Widersprüche ist, vgl. *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 112 f.

<sup>2043</sup> So aber wie oben dargestellt die Kritik an einer Saldierung durch *Sosnitza* GRUR 2003, 739, 746 und *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 62.

<sup>2044</sup> *Bauer* und ähnlich *Gärtner* unterscheiden allerdings insoweit zwischen der Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit, die *Goldmann* für § 10 UWG ausreichen lasse, und dem Erfordernis einer Beeinträchtigung von Vermögensinteressen bei *Köhler*. Einen vollkommen von Vermögensbezügen gelösten Auslegungsansatz vertreten unter den Kommentatoren bisher wohl nur von *Braunmühl* und *Micklitz* sowie im Übrigen

dung, die eine Gegenüberstellung von Leistung und Gegenleistung fordert, wäre dies gedeckt.<sup>2045</sup> Für viele Fälle von Zuwiderhandlungen lässt sich § 10 Abs. 1 UWG so auch unproblematisch anwenden; es bleiben aber gerade nach der Ansicht *Köhlers* Fallgruppen wie Vertragsschlüsse nach Direktmarketing oder nach Irreführung durch sog. „Mondpreise“, § 5 Abs. 4 UWG und Lockangebote, vgl. Nr. 5 Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG, bestehen, in denen über die Gegenüberstellung von (versprochener) Leistung des Unternehmers und Gegenleistung des Abnehmers mangels einer Vermögensverschiebung keine Gewinnerzielung „zu Lasten“ der Abnehmer konstruiert werden könnte.<sup>2046</sup>

### (3) *Erste Rechtsprechung*

Im ersten obergerichtlichen Urteil zu § 10 UWG hat das OLG Stuttgart im Falle einer Werbung mit veralteten Warentest-Ergebnissen das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten“ gegenüber den angesprochenen Abnehmern als unproblematisch angesehen: *„Ihnen gegenüber erfolgte die unlautere Werbung, die geeignet war, sie über die Tragweite eines Warentests zu täuschen und dadurch zum Kauf des beworbenen Produkts zu veranlassen. Ein durch solche Käufe entstandener Gewinn der Beklagten ging somit zu Lasten der Abnehmer. (...) Eines Schadens des Kunden i.S.d. § 249 BGB bedarf es im Rahmen des § 10 UWG nicht.“*<sup>2047</sup> Mit dem aktuellen Wortlaut sollte sichergestellt werden, dass es für den Gewinnabführungsanspruch keines „dem Unternehmergewinn kongruenten Schadens“ der Abnehmer bedürfe; die erforderliche wirtschaftliche Schlechterstellung sei hier schon im Abschluss eines Vertrages zu sehen.<sup>2048</sup>

---

*Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 540 ff.; vgl. aber *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 120 ff. sowie *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 149.

<sup>2045</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23; a.A. *Micklitz*, der den Gesetzgeber insoweit so versteht, dass etwa Ansprüche aus c.i.c. im Sinne eines Vertragsschlusses als Schaden nicht umfasst wären, *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 122; ähnlich wohl auch *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 60 f.

<sup>2046</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 10.

<sup>2047</sup> OLG Stuttgart GRUR 2007, 435, 437 – *Veralteter Matratzentest*.

<sup>2048</sup> OLG Stuttgart GRUR 2007, 435, 437 – *Veralteter Matratzentest* unter Bezugnahme auf BGH NJW 2005, 1549 zum Schaden durch Erwerb eines Wertpapiers unabhängig von dessen Kursentwicklung.



## F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“

In einer neueren Entscheidung zu arglistigen Täuschungen durch sogenannte „Abofallen“ im Internet bezieht das OLG Frankfurt im Streit um die Auslegung des Merkmals „zu Lasten“ ausdrücklich keine Stellung, da die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 UWG im zugrundeliegenden Fall auch bei enger Auslegung im Sinne *Köhlers* erfüllt seien.<sup>2049</sup> Die Ansicht, der Gewinn sei nur zu Lasten der Abnehmer erzielt, wenn diesen aufgrund des fraglichen Geschäfts gegen den Verletzer Ansprüche zustünden, sei dem Wortlaut des § 10 UWG zwar „nicht zwingend“ zu entnehmen.<sup>2050</sup> Wenn man diesen Maßstab allerdings anlege, dann sei es nicht erforderlich, dass diese Rechte noch bestünden und nicht nachträglich erloschen seien, etwa, indem die Geschädigten trotz Kenntnis etwa eines Anfechtungsrechts oder Kondiktionsanspruchs dem Zahlungsverlangen der Gegenseite Folge leisteten, um einer Auseinandersetzung aus dem Wege zu gehen; vielmehr sei (dann) maßgeblich, dass die Abnehmer aufgrund des wettbewerbswidrigen Verhaltens jedenfalls individuelle Rechte erlangt hätten, die sie in die Lage versetzten, die zu dem Gewinn des Anbieters spiegelbildliche Vermögenseinbuße rückgängig zu machen oder zu vermeiden.<sup>2051</sup> Auch dieses Erfordernis einer zur Gewinnerzielung „spiegelbildlichen“ Vermögenseinbuße ist dabei allerdings wohl unter der Prämisse einer engen Auslegung zu verstehen, auf die sich der Senat ausdrücklich nicht festlegen möchte. Damit lässt sich wohl festhalten, dass die Rechtsprechung bisher auch hinsichtlich des Merkmals „zu Lasten“ um eine praktikabilitätsorientierte Auslegung bemüht ist.

### **d) „Zu Lasten“ und Gewinnberechnung**

Die Diskussion darüber, in welchem Maße das Merkmal „zu Lasten“ die Eröffnung des objektiven Tatbestandes in § 10 Abs. 1 UWG bestimmt, führt unmittelbar zu der Folgefrage, inwieweit die Voraussetzung auch anschließend auf der Rechtsfolgenseite für die Berechnung des abzuschöpfenden Unrechtsgewinns –

---

<sup>2049</sup> OLG Frankfurt K&R 2010, 598, 600 f.; zu einem vergleichbaren Verstoß vgl. bereits OLG Frankfurt CR 2009, 253, 257, wobei dort das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten“ nicht näher problematisiert wird.

<sup>2050</sup> OLG Frankfurt K&R 2010, 598, 601.

<sup>2051</sup> OLG Frankfurt K&R 2010, 598, 601.

neben dem Kostenabzug und der Differenzierung nach Verursachungsanteilen – beachtlich ist,<sup>2052</sup> insbesondere ob die Höhe des herauszugebenden Gewinns auf „den Betrag zu begrenzen ist, den die betroffenen Abnehmer aus zivilrechtlichen Ansprüchen“ gegen den Zuwiderhandelnden insgesamt „geltend machen könnten“.<sup>2053</sup> Die Rechtsprechung zu § 10 UWG hat sich hierzu bisher noch nicht festgelegt,<sup>2054</sup> da die Gewinnabschöpfungsverfahren bisher vor allem im Vergleichswege erledigt oder auf der Stufe der Auskunftsklage oder per Versäumnisurteil entschieden wurden.<sup>2055</sup>

Aus dem Schrifttum orientiert sich insbesondere *Köhler* an einer möglichst exakten Ermittlung des Anspruchsumfangs,<sup>2056</sup> weshalb die Anwendung seiner Berechnungsmethode in jedem Fall eine inzidente Prüfung der zivilrechtlichen Rechte und Ansprüche der Abnehmer voraussetzen würde.<sup>2057</sup> Nach seiner Ansicht ist der Gewinn herauszugeben, der dem Verletzer verbleibt, weil und soweit seine Abnehmer die ihnen zustehenden Rechte und Ansprüche zur Sicherung ihrer Vermögensinteressen nicht geltend machen.<sup>2058</sup> In Fällen von Minderungs- oder Schadensersatzansprüchen wären das dann die – unter Umständen nach einer typisierenden Betrachtungsweise – anteilig ermittelten Beträge multipliziert mit der Anzahl der umgesetzten Waren. Insoweit führt die Begrenzung

---

<sup>2052</sup> Denn „die Höhe des Anspruchs bemisst sich nach dem auf Kosten der Abnehmer erzielten Gewinn“, Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24 (noch zum alten Wortlaut „auf Kosten“).

<sup>2053</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 149.

<sup>2054</sup> Vgl. OLG Stuttgart GRUR 2007, 435, 437 – *Veralteter Matratzentest*; OLG Frankfurt K&R 2010, 598, 600 f.; OLG Frankfurt CR 2009, 253, 257.

<sup>2055</sup> Dazu vgl. die Nachw. unten Fn. 2460.

<sup>2056</sup> Bereits zum Merkmal der „Schadenszufügung“ in § 9 RefE UWG kam *Köhler* aufgrund erheblicher Bedenken bezüglich der hierfür erforderlichen Wertungen zu dem Schluss, dass die Gewinnabschöpfung nur auf solche Fälle anwendbar sein sollte, in denen „Verbraucher auf Grund einer Täuschung für eine Ware oder Dienstleistung bezahlen, die sie im Grunde nicht haben wollten oder die ihr Geld nicht wert sind“, denn: „Gesetzt den Fall, ein Unternehmer schaltet vorsätzlich eine unzulässige vergleichende Werbung in einer Zeitschrift. Liegt ein Schaden für die Verbraucher schon darin, dass sie, beeinflusst von dieser Werbung, einen Kauf tätigen? Oder soll es darauf ankommen, dass das Produkt teurer ist als das des Mitbewerbers? Kommt es in diesem Fall darauf an, ob die Verbraucher das Produkt ohne Werbung beim Mitbewerber gekauft hätten?“, *Köhler* GRUR 2003, 265, 266.

<sup>2057</sup> So *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 150, die hieraus erhebliche Nachteile bezüglich der Praktikabilität befürchtet; dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass bei Verstößen mit Streuwirkung, in denen es auf Abnehmerseite tatsächlich zu Vermögensschäden kommt, diese Schäden oft auf ein und demselben Rechtsgrund beruhen und oftmals im Einzelnen von gleichem Umfang sein dürften; dann hielte sich der Prüfungsaufwand in Grenzen.

<sup>2058</sup> *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 10.

## F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“

der Herausgabesumme durch das Merkmal „zu Lasten“ nach der Lesart *Köhlers* zu Ergebnissen, die mit denen aus der Ermittlung der kausalen Unlauterkeitsanteile am Gewinn kongruent sind.<sup>2059</sup> Anhand dieses Modells, das grundsätzlich auch Aufwendungsersatzansprüche beinhalten kann, wäre eine Gewinnberechnung für die Fallgruppe der rein belästigenden, aber nicht irreführenden Werbung allerdings unmöglich.<sup>2060</sup>

*Sieme*, der durchaus eine wirtschaftliche Betrachtung des Begriffs „zu Lasten“ vertritt, sieht in diesem dagegen lediglich eine objektive Bedingung, die sich auf der Rechtsfolgenreise nicht auswirken könne.<sup>2061</sup> *Bauer* wiederum vertritt die Ansicht, dass wegen des Begriffs „dieses“ im Tatbestand des § 10 Abs. 1 UWG der gesamte kausal aus der Zuwiderhandlung erzielte Gewinn des Verletzers ohne Berücksichtigung des Merkmals „zu Lasten“ herauszugeben sei;<sup>2062</sup> allein aus dem Wortlaut lässt sich dies aber wohl nicht herleiten, da sich das Pronomen „dieses“ grammatikalisch ebenso auf den „zu Lasten der Abnehmer“ erzielten Gewinn beziehen ließe.<sup>2063</sup> Eine Abschöpfung des Gesamtgewinnanteils, den das Unternehmen kausal etwa über den Verkauf von Waren oder die Vermittlung von Dienstleistungen über Direktmarketing erwirtschaftet hatte ohne Einschränkung durch das Merkmal „zu Lasten“, befürwortet im Ergebnis aber auch *Braunmühl*.<sup>2064</sup> Aus Abschreckungsgründen und um gleichzeitig die Praktikabilität des Anspruchs zu gewährleisten, plädiert schließlich auch *Micklitz* dafür,

<sup>2059</sup> Dazu vgl. schon oben Kap. III. E. 6. b) (4) (e).

<sup>2060</sup> Vgl. hierzu sogleich unten Kap. III. F. 2. e) (2).

<sup>2061</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 116.

<sup>2062</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 150.

<sup>2063</sup> In einem weiteren Punkt argumentiert *Bauer* womöglich nicht ganz folgerichtig: Ihrer Ansicht nach spricht auch die Regelung des § 10 Abs. 2 UWG gegen eine Begrenzung des herauszugebenden Gewinns durch das Merkmal „zu Lasten“; der Gesetzgeber habe mit der Aussage, dass die Leistungen an die Abnehmer anrechenbar sein sollen, gleichzeitig deren Berücksichtigung bei der Ermittlung der Gewinnhöhe ausgeschlossen. Die Anrechnung eines Betrages auf eine Bezugsgröße, bei der der anzurechnende Betrag bereits abgezogen wurde, würde sonst zu einer unerwünschten Doppelentlastung führen, vgl. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 150. Dabei geht *Bauer* insoweit jedoch von einer zweifelhaften Voraussetzung aus; tatsächlich würde nach dem Modell *Köhlers* der abzuschöpfende Gewinnanteil gerade aus dem Gegenwert der Summe aller Abnehmeransprüche bestehen; diese werden bei seiner Gewinnberechnung also nicht in Abzug gebracht, sondern von ihnen werden umgekehrt die nicht abschöpfungsfähigen Gewinnanteile abgezogen. Der Einwand einer Doppelentlastung kann *Köhler* damit nicht entgegengehalten werden; würden alle Abnehmer ihre Gewährleistungsansprüche geltend machen, so wäre nach *Köhler* schlicht kein Gewinn mehr abzuschöpfen.

<sup>2064</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 235 ff.

dem Zuwiderhandelnden den gesamten Gewinn ohne Abzug von hypothetischen Lauterkeitsgewinnen<sup>2065</sup> oder einer Beschränkung auf den Wert der Übervorteilung des Abnehmers abzunehmen.<sup>2066</sup>

#### e) **Stellungnahme**

An dem neuen und bisher nicht legaldefinierten Rechtsbegriff „zu Lasten“ offenbart sich die ganze Schwierigkeit, den Tatbestand des § 10 UWG „funktionsgerecht zu umreißen“.<sup>2067</sup> Für einige Fallgruppen, in denen dem Unrechtsgewinn unmittelbar etwa Minderungsansprüche der Abnehmer in entsprechendem Umfang gegenüberstehen, wird seine Auslegung keine Probleme bereiten; für die übrigen bleibt nur der genaue Blick auf den *telos* der Vorschrift und des Tatbestandsmerkmals – wobei auch dieser ganz unterschiedlich beurteilt wird.

##### **(1) Normzweck als Auslegungsmaßstab**

Nach der Begründung zu § 10 Abs. 1 UWG soll die Regelung bestehende Rechtsdurchsetzungsdefizite kompensieren – nicht aber materielle Rechtslücken. Dies spricht zunächst für die am praktischen Ausfall bestehender Zahlungsansprüche der Abnehmer orientierte Auffassung *Köhlers*. Auch er sieht Sinn und Zweck des § 10 UWG im Ausgleich eines „Marktversagens“ in Form vielmehr eines Durchsetzungsdefizits, das durch die Nichtgeltendmachung einer Vielzahl einzelner Ansprüche entstehe,<sup>2068</sup> also gegebenenfalls in einer Art, auch wenn es sich dabei um eine sprachlich unglückliche Doppelung handelt, Kompensationsersatz.<sup>2069</sup> Andererseits begründet auch der Gesetzgeber seine Annahme eines Durchsetzungsdefizits gerade nicht mit den im Einzelfall möglicherweise geringen Schäden der Abnehmer. Einen Handlungsbedarf sieht er vielmehr vor allem aufgrund der denkbaren Fälle, in denen *der Zuwiderhan-*

---

<sup>2065</sup> Hierzu vgl. bereits oben Kap. III. E. 6. (4).

<sup>2066</sup> Vgl. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 121; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 235 ff.

<sup>2067</sup> So *Köhler* GRUR 2003, 265, 266; *Leistner/Pothmann* WRP 2003, 815, 830.

<sup>2068</sup> *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 10.

<sup>2069</sup> Wobei hierunter genau genommen nicht nur Kompensationsansprüche, sondern insbesondere auch allgemeine Mängelrechte nach §§ 434 ff. BGB, Anfechtungs- und Widerrufsrechte zu fassen sind, vgl. *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 10.

F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“  
*delnde* auf der Marktgegenseite seinen Unrechtsgewinn behalten dürfe; gerade diese Rechtsdurchsetzungslücke soll mit § 10 UWG geschlossen werden,<sup>2070</sup> unlauterer Wettbewerb sich nicht länger lohnen.<sup>2071</sup> Die Perspektive richtet sich damit auf den Unrechtsgewinn beim Zuwiderhandelnden und nicht auf die tatsächliche Beeinträchtigungssituation beim Abnehmer. Auch das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ ist daher im Kontext des übergeordneten Normzwecks der Prävention bzw. Abschreckung,<sup>2072</sup> also der Verhaltenssteuerung potentieller oder tatsächlicher Zuwiderhandelnder zu sehen. Es sollte daher unabhängig vom Umfang konkreter wirtschaftlicher Einbußen auf Abnehmerseite ausgelegt werden.

Ein Hinweis auf eine ausdrückliche Begrenzung des § 10 Abs. 1 UWG auf solche Fälle, in denen auf Abnehmerseite eigene zivilrechtliche Ansprüche zur Vermögenssicherung vorliegen, lässt sich im Übrigen weder dem Wortlaut noch der Gesetzesbegründung entnehmen,<sup>2073</sup> die Konsequenz, eine inzidente schuld- oder deliktsrechtliche Prüfung im Einzelfall, würde umgekehrt die Anwendung des § 10 UWG unnötig beladen.<sup>2074</sup> Hierfür spricht im Übrigen auch die Tatsache, dass die Gesetzesbegründung zu § 34a GWB auf eine wirtschaftliche Schlechterstellung oder sonstige konkrete Benachteiligung der Abnehmer überhaupt nicht mehr eingeht.<sup>2075</sup> Tatsächlich mag – insbesondere seit den Änderungen des Gewährleistungsrechts mit der Schuldrechtsreform – der einzelne Abnehmer vor Beeinträchtigungen durch unlautere, insbesondere irreführende

---

<sup>2070</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23; hierauf weist auch *Gärtner* hin, *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 153.

<sup>2071</sup> Vgl. dazu etwa *Goldmann* in *Harte/Henning*, § 10 Rn. 6; v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 2 f.; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 154; *Köhler* GRUR 2003, 265; *Alexander* WRP 2004, 407, 417; *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12,13.

<sup>2072</sup> *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 120, der auch jede „irgendwie geartete Kompensation“ als Zweck des § 10 UWG ausdrücklich ablehnt.

<sup>2073</sup> So auch *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 153; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 104; *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 247 f.

<sup>2074</sup> Vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 153; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 150; vgl. aber OLG Frankfurt CR 2009, 253, 257: inzidente Prüfung von Ansprüchen wegen arglistiger Täuschung, um im Ergebnis offen zu lassen, wie eng oder weit das Merkmal „zu Lasten“ auszulegen sei.

<sup>2075</sup> Vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 56.

Handlungen durch vermögenssichernde Instrumentarien des Zivilrechts weitgehend geschützt sein.<sup>2076</sup> Nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 3 BGB ist nämlich prinzipiell jede Art von Werbung geeignet, mit Aussagen über das beworbene Produkt dessen Soll-Beschaffenheit im Verhältnis zum Abnehmer zu beeinflussen.<sup>2077</sup> Bereits hiervon ausgehend ließen sich jedenfalls unter § 10 Abs. 1 UWG auch weitere Fälle des „Erweckens falscher Vorstellungen“<sup>2078</sup> beim Abnehmer fassen, wie z.B. bei unberechtigter Kennzeichnung von Waren als „Bio-“ Produkt,<sup>2079</sup> einer „verfehlten Zweckrichtung“ bei Werbung mit einem tatsächlich gar nicht abgeführten Spendenanteil des Kaufpreises<sup>2080</sup> oder Werbung mit falsch wiedergegebenen Testurteilen der Stiftung Warentest<sup>2081</sup>. Bei einer rein vermögensbezogenen Auslegung, insbesondere bei einem zusätzlichen Erfordernis eines Unmittelbarkeitszusammenhangs zwischen Vermögenseinbuße beim Abnehmer und Gewinn beim Zuwiderhandelnden, blieben aber etwa mit der Werbung über Lockangebote (s. Nr. 5 Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG), mit sogenannten Mondpreisen (§ 5 Abs. 4 UWG) oder im Bereich des unzulässigen Direktmarketings praktisch sehr relevante Fallgruppen von Zuwiderhandlungen aus dem Anwendungsbereich des § 10 Abs. 1 UWG ausgeschlossen.<sup>2082</sup>

Dem Argument *Goldmanns*, die ideellen Interessen der Abnehmer seien bereits über § 3 UWG geschützt und verdichteten sich in § 10 UWG zu materiellen Belangen, kann zugunsten der weiten Auffassung etwa von *Braunmühls* und *Ale-*

---

<sup>2076</sup> Dazu Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 14 im Zusammenhang mit der insoweit umstrittenen Streichung des in § 13a UWG a.F. enthaltenen Rücktrittsrechts und dem Verzicht auf die Verankerung individueller Abnehmeransprüche im UWG; vgl. zu dieser Diskussion auch *Köhler* GRUR 2003, 265, 266 ff.; *Fezer* WRP 2003, 127 ff.; zum Ganzen *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 153.

<sup>2077</sup> S. nur Palandt/*Weidenkaff* § 434 Rn. 35, 39 m.w.N.

<sup>2078</sup> Dazu *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 26 ff.

<sup>2079</sup> Vgl. dazu bereits *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 28, 37; dies aufgreifend v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 184, 192; unter Anlehnung an den Begriff des Vermögensschadens in § 263 StGB *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 123, 126.

<sup>2080</sup> Dazu mit Hinweis auf die Diskussion im Rahmen des strafrechtlichen Betrugstatbestandes *Leister/Pothmann* WRP 2003, 815, 830, Fn. 156; s. auch v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 184, 192; in Anlehnung an die Frage des Spendenbetrugs *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 123, 126.

<sup>2081</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 123, 126; mit anderem Ansatz v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 193.

<sup>2082</sup> Vgl. zu Mondpreisen und Lockwerbung ausdrücklich *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 10.

## F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“

*xanders* entgegengehalten werden, dass sich der Tatbestand des § 10 UWG insoweit auch ohne Betonung des Begriffs „zu Lasten“ lesen lässt, es vielmehr im Wesentlichen auf den folgenden Normbestandteil „einer Vielzahl von Abnehmern“ ankommt.<sup>2083</sup> Im Übrigen gilt die von Goldmann angeführte Einschränkung aus § 3 Abs. 1 UWG, nach der die Lauterkeit im Wettbewerb nur insoweit geschützt werde, als die Wettbewerbsmaßnahmen tatsächlich zu einer Beeinträchtigung der geschützten Interessen der Marktteilnehmer führen könnten, für die „kleine Generalklausel“<sup>2084</sup> des § 7 Abs. 1 UWG, der nun vom Wortlaut des § 10 Abs. 1 UWG mit umfasst ist, gerade nicht. Innerhalb eines vornehmlich an der Täterperspektive orientierten Abschöpfungsanspruchs zur Prävention lukrativer Zuwiderhandlungen stellt das Tatbestandsmerkmal dann insbesondere eine Abgrenzung gegenüber solchen Verstößen dar, die ausschließlich zu Lasten von Mitbewerbern gehen<sup>2085</sup> und die von § 10 UWG nicht umfasst sein sollen.<sup>2086</sup>

### **(2) Unlauteres Direktmarketing als „Härtetest“ für den Tatbestand des § 10 Abs. 1 UWG?**

Am Beispiel der kontrovers diskutierten Fallgruppe des belästigenden Direktmarketings gegenüber Verbrauchern lassen sich die wesentlichen Auslegungsschwierigkeiten zum Tatbestandsmerkmal „zu Lasten“ gut veranschaulichen.<sup>2087</sup> Bei Verstößen nach § 7 UWG ergibt sich die Unlauterkeit der Handlung aus der offensiven und belästigenden Art, in der der Unternehmer wirbt oder Verträge anbahnt. Lässt man die Fälle außer Acht, in denen dem Abnehmer unter Vortäuschung falscher Tatsachen eine Ware oder Dienstleistung aufgedrängt wird, die er in Wirklichkeit nicht hätte in Anspruch nehmen oder kaufen wollen, in denen

---

<sup>2083</sup> Ähnlich *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 130; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 104 sowie *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 152, der daher vorschlägt, die Formulierung „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ grammatikalisch zur Zuwiderhandlung zu ziehen; dies ist allerdings umgekehrt ein Argument, das für die gegenteilige Auslegung des bestehenden Wortlauts spricht.

<sup>2084</sup> Vgl. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 7 Rn. 4.

<sup>2085</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 207 f.; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 105. Vgl. dazu auch unten ab Kap. III. F. 3. c) (1).

<sup>2086</sup> Vgl. *Begr. RegE UWG*, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2087</sup> Vgl. zum Vertragsschluss über Direktmarketing als Schaden bereits *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 45.

also weitere Unlauterkeitstatbestände oder Anfechtungsgründe zum Tragen kommen, so erzielt der Unternehmer mit für sich genommen fehlerfrei zustande gekommenen Verträgen einen Gewinn.<sup>2088</sup> Eine Benachteiligung des Abnehmers kann in solchen Fällen einerseits in der Beeinträchtigung seiner insoweit auch durch das Wettbewerbsrecht geschützten Privatsphäre, andererseits in marginalen geldwerten Vermögenseinbußen für entgangene Zeit, gegebenenfalls Faxpapier und Druckertinte, oder auch – in Zeiten von Internet-Flatrates allerdings wohl kaum noch zu verzeichnender – anteiliger Gebührenbelastung bei E-Mail-Werbung liegen.<sup>2089</sup> Vertragsschlüsse aufgrund unlauteren Direktmarketings sehen folglich nur *Alexander*<sup>2090</sup> und *von Braunmühl*<sup>2091</sup> sowie dem folgend *Neuberger*<sup>2092</sup> ausdrücklich als von § 10 Abs. 1 UWG umfasst an.<sup>2093</sup>

Betrachtet man die möglichen, aber marginalen Vermögensnachteile der Abnehmer, stehen diese typischerweise nur in mittelbarem Zusammenhang mit dem Gewinn des Verletzers. Bei einer Überprüfung des adäquaten Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung nach *Köhler* sowie *Leistner/Pothmann*<sup>2094</sup> blieben diese daher von vorneherein außer Betracht.<sup>2095</sup> Selbst wenn man diesen mittelbaren Zusammenhang mit *Goldmann* ausreichen ließe, ließe sich doch die Frage, ob der Vertrag für den Abnehmer „hinter den Erwartungen zurückbleibt“,<sup>2096</sup> kaum gegen den faktisch manifestierten Willen des Abnehmers annehmen; auch der von *Schmauß* insoweit vorgeschlagene „verobjektivierte Maßstab“<sup>2097</sup> wird zu keinem anderen Ergebnis führen. Auch *Bauer* hält zwar einen Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen wirtschaftlicher Schlechterstellung

---

<sup>2088</sup> *Leistner/Pothmann* WRP 2003, 815, 829 Fn. 150.

<sup>2089</sup> Vgl. auch *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 106.

<sup>2090</sup> *Alexander* WRP 2004, 407, 418.

<sup>2091</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 203 ff.

<sup>2092</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 106.

<sup>2093</sup> Zum gleichen Ergebnis führen wird außerdem die Auslegung von *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 146 ff.; zur insoweit eigentlich ausdrücklichen gesetzlichen Regelung vgl. oben Fn. 559.

<sup>2094</sup> *Leistner/Pothmann* WRP 2003, 815, 829 Fn. 150.

<sup>2095</sup> Vgl. ausdrücklich *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 9; *Leistner/Pothmann* WRP 2003, 815, 829 f.

<sup>2096</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 61.

<sup>2097</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 113.



F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“  
und Unrechtsgewinn für verzichtbar,<sup>2098</sup> sieht aber für die Gewinnerzielung nicht kausale, reine „Begleitschäden“ als von § 10 Abs. 1 UWG nicht umfasst an und hält diesen in den Fällen belästigender Werbung daher nur in den nach ihrer Einschätzung „praktisch kaum nachweisbaren“ Fällen für anwendbar, in denen eine Vielzahl von Abnehmern gerade „aufgrund der Zuwiderhandlung“ bzw. der damit einhergehenden „Überrumpelung“ zum Abschluss des Vertrages gebracht worden seien.<sup>2099</sup>

### **(3) Zwischenergebnis**

Tatsächlich wird nur eine weite Auslegung des Begriffs „zu Lasten“ dem Sinn und Zweck der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung gerecht.<sup>2100</sup> Der Präventionszweck erlaubt es, die Abschöpfungsperspektive auf den Unlauterkeitsgewinn des Zuwiderhandelnden zu beschränken, ohne im Einzelnen den Umfang der Beeinträchtigungen auf Abnehmerseite zu berücksichtigen.<sup>2101</sup> Als tatbestandsmäßige Belastung der Abnehmer im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG sollte letztendlich eine unzulässige Beeinflussung ihrer Entscheidungsfindung durch die Irreführung oder Belästigung selbst ausreichen; ein unmittelbarer Vermögenszusammenhang zwischen der Beeinträchtigung auf Abnehmerseite und dem Unlauterkeitsgewinn sollte dagegen nicht vorausgesetzt werden. Angesichts der Tatsache, dass in bestimmten lauterkeitsrechtlichen Fallgruppen von einem „geradezu archetypischen Versagen“<sup>2102</sup> des negatorischen Rechtsschutzes auszugehen ist, würde sich bei einer zu engen Auslegung des § 10 Abs. 1 UWG unlauterer Wettbewerb entgegen der gesetzgeberischen Intention in vielen Fällen weiterhin lohnen. Gegen die sehr weite Auffassung *Leichts*, nach der das Merkmal lediglich ein unmittelbares Abnahmeverhältnis als Grundlage der

---

<sup>2098</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 135.

<sup>2099</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 132.

<sup>2100</sup> Ebenso bereits v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 189, 191 m.w.N.; *van Raay* VuR 2007, 47, 53; *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 152 f.

<sup>2101</sup> Hierzu noch ausführlich im Rahmen der Diskussion denkbarer Tatbestandsänderungen, Kap. V. A. 4.

<sup>2102</sup> So für das unlautere Direktmarketing *Leistner/Pothmann* WRP 2003, 815, 829 Fn. 150.

Gewinnerzielung erfordere,<sup>2103</sup> ist dagegen einzuwenden, dass der Gesetzgeber bei aller interpretationsbedürftiger Tatbestandsformulierung in diesem Fall mit Sicherheit eine deutlichere Formulierung gewählt hätte. Dezierte Rechtsprechung liegt zu dieser Frage noch nicht vor; in einer der ersten Entscheidungen geht das OLG Stuttgart zwar von der Voraussetzung einer wirtschaftlichen Schlechterstellung aus, nimmt diese aber immerhin ohne Preisangemessenheitskontrolle im Abschluss des Vertrages nach Werbung mit einem veralteten Testurteil an: „Ein durch solche Käufe entstandener Gewinn (...) ging somit zu Lasten der Abnehmer“.<sup>2104</sup>

Bezeichnenderweise führt das OLG Stuttgart bei seinen Darlegungen zum Merkmal „zu Lasten“ weiter aus, der Beklagte habe schon selbst nicht geltend gemacht, dass die beanstandete Werbung umgekehrt „wirkungslos verpufft“ sei.<sup>2105</sup> Hiermit stellt der Senat tatsächlich und letztendlich richtigerweise auf den Aspekt der Kausalität ab. Denn das wesentliche Eingrenzungskriterium für die Ermittlung des herauszugebenden Gewinnbetrags bleibt die Bestimmung der auf die Zuwiderhandlung kausal zurückgehenden und noch beim Zuwiderhandelnden vorhandenen Verursachungsanteile des Gesamtgewinns. Die objektive Bedingung „zu Lasten“ jedenfalls kann den als kausal auf der Unlauterkeit beruhend ermittelten Gewinnanteil nicht weiter einschränken. Alles andere würde eine Rückkehr zur Voraussetzung eines Abnehmerschadens bedeuten und vor allem zu zusätzlichen Praktikabilitätsproblemen führen oder wiederum den Anwendungsbereich von § 10 UWG einschränken. Die Unabhängigkeit der Gewinnermittlung von dem Tatbestandsmerkmal „zu Lasten“ rechtfertigt sich außerdem aus den Empfehlungen des Rechtsausschusses zum neuen Formulie-

---

<sup>2103</sup> *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 247 f.

<sup>2104</sup> OLG Stuttgart GRUR 2007, 435, 437 – *Veralteter Matratzentest*; ähnlich LG Hanau, Urt. v. 1.9.2008, Az. 9 O 551/08, Tz. 19, insoweit nicht abgedr. in MMR 2009, 142; LG Essen, Urt. v. 20.7.2007, Az. 45 O 4/07, n.v.: Merkmal „zu Lasten“ auch dann gegeben, wenn die Abnehmer eine objektiv ihren Preis werte Gegenleistung erhalten haben; offengelassen, da im zugrundeliegenden Fall nach einer inzidenten Prüfung auch die engsten Voraussetzungen erfüllt gewesen wären OLG Frankfurt CR 2009, 253, 257 sowie OLG Frankfurt K&R 2010, 598, 600 f.

<sup>2105</sup> OLG Stuttgart GRUR 2007, 435, 437 – *Veralteter Matratzentest*.

## F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“

rungsvorschlag, nach denen es auf die Ermittlung einzelfallbezogener Nachweise gerade nicht ankommen dürfe.<sup>2106</sup>

Für die oben exemplarisch angeführten Fälle unlauteren Direktmarketings sind allerdings zwei zusätzliche Gesichtspunkte zu beachten. Einerseits findet sich seit dem ersten Änderungsgesetz nach der UWG-Reform in Folge der Abkoppelung des § 7 UWG von der (früheren) Generalklausel des § 3 UWG im heutigen § 10 Abs. 1 UWG eine ausdrückliche Bezugnahme auch auf Fälle des § 7 UWG.<sup>2107</sup> Diese offenbar redaktionell verstandene Änderung<sup>2108</sup> muss so ausgelegt werden, dass die Fälle unlauteren Direktmarketings grundsätzlich unter den Anwendungsbereich des Gewinnabschöpfungsanspruch fallen<sup>2109</sup> und damit eine weite Auslegung des Begriffs „zu Lasten“ intendiert ist – oder die neue Formulierung wäre ein weiteres Indiz für eine zwar gut gemeinte, im Detail aber noch nicht ausgereifte und in sich widersprüchliche Regelung. Andererseits wurde im Jahr 2009 mit § 20 UWG ein Bußgeldtatbestand für Verstöße gegen § 7 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG gegenüber Verbrauchern eingeführt, der Prävention und Rechtsdurchsetzung bezüglich des unlauteren Direktmarketings stärken soll.<sup>2110</sup> Da sich die Anwendung des § 10 Abs. 1 UWG auf diese Fallgruppe auch hinsichtlich der Zuordnung von kausalen Gewinnanteilen als schwierig darstellt,<sup>2111</sup> könnte, wie weiter unten noch einmal angesprochen werden wird, in der öffentlich-rechtlichen Lösung durchaus ein – besser – geeigneter gesetzgeberischer Ansatz zur Eindämmung insbesondere der unerwünschten Telefonwerbung liegen.<sup>2112</sup>

---

<sup>2106</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 15/2795, S. 21; ebenso v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 235 ff.; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 115; *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 247.

<sup>2107</sup> Aktuelle Fassung in BGBl I 2010, S. 254 ff.

<sup>2108</sup> Vgl. Begr. RegE 1.UWGÄndG, BT-Drucks. 16/10145, S. 30: Wegen der Unabhängigkeit des § 7 von der Generalklausel des § 3 bedürfe es in § 10 Abs. 1 nun eines gesonderten Verweises auf diese Vorschrift.

<sup>2109</sup> Ebenso *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 153; a.A. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 132.

<sup>2110</sup> Vgl. *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 20 Rn. 1.

<sup>2111</sup> Vgl. oben unter Kap. III. E. 6. b) (3).

<sup>2112</sup> Dazu s. noch unten Kap. IV.D.1.d) sowie Kap. V. B. 4.

### 3. „Abnehmer“

Betroffen von dem Wettbewerbsverstoß sollen nach § 10 UWG eine Vielzahl von „Abnehmern“, nach § 34a GWB eine Vielzahl von „Abnehmern oder Anbietern“ sein. Damit werden aus dem Anwendungsbereich in erster Linie solche Fälle ausgeschlossen, in denen durch die Zuwiderhandlung Nachteile ausschließlich beim Mitbewerber entstehen.<sup>2113</sup> Dies hat seinen Grund in der bereits im herkömmlichen wettbewerbsrechtlichen Rechtsfolgensystem bestehenden Ausstattung des Konkurrenten mit eigenen privatrechtlichen Durchsetzungsinstrumentarien zur Verfolgung seiner Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche, so dass insoweit kein vergleichbares Durchsetzungsdefizit herrscht.<sup>2114</sup>

Einigkeit besteht auch darüber, dass der Begriff der Abnehmer nicht nur Verbraucher, sondern potentiell alle Marktbeteiligten außer den konkreten Mitbewerbern umfasst.<sup>2115</sup> Umstritten ist dann aber im Rahmen des § 10 Abs. 1 UWG, ob der Begriff des „Abnehmers“ ein unmittelbares Vertrags- oder Geschäftsverhältnis voraussetzt und ob andernfalls auch Betroffene nachgelagerter Marktstufen zu berücksichtigen sind.

#### a) Wortlaut und Auslegung zu § 34a Abs. 1 GWB

In Bezug auf § 34a GWB hat der Gesetzgeber insoweit Klarheit geschaffen, indem er neben den im Regierungsentwurf zunächst allein genannten „Abnehmern“ auch „Anbieter“ in den Wortlaut des § 34a Abs. 1 GWB aufnahm.<sup>2116</sup> Nach der Begründung zum Regierungsentwurf sollten allerdings schon mit der dortigen Formulierung nicht nur unmittelbare Vertragspartner, sondern sämtliche potentiell geschädigten Abnehmer bis hin zum Endabnehmer unter den Ab-

---

<sup>2113</sup> Vgl. nur *Alexander* WRP 2004, 407, 418; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 139; *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 71; vgl. auch *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 7.

<sup>2114</sup> Vgl. etwa *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 139.

<sup>2115</sup> Vgl. nur *Begr. RegE UWG*, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2116</sup> Im Bericht des Rechtsausschusses findet sich für diese Klarstellung folgende ansonsten wenig aussagekräftige Begründung: „Durch die neue Regelung zur Vorteilsabschöpfung sollen nicht nur die Abnehmer im engeren Sinne, sondern auch die Anbieter geschützt werden. Die Einbeziehung auch der Anbieter dient der Klarstellung.“, vgl. *BT-Drucks.* 15/5049, S. 49.

F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“  
nehmerbegriff gefasst sein, da die Kartellrendite unabhängig davon abgeschöpft werden sollte, auf welcher Marktstufe der „korrespondierende“ Nachteil entstanden sei.<sup>2117</sup> Entsprechend herrscht weitgehend Einigkeit, dass es bei der Anwendung des § 34a Abs. 1 GWB unerheblich ist, ob sich die von dem Kartellverstoß Betroffenen auf der unmittelbaren Marktgegenseite oder auf weiter entfernten Absatzstufen befinden;<sup>2118</sup> dass sich die dem Verletzervorteil entsprechenden Beeinträchtigungen im Falle von Lieferketten und mehrerer Absatzstufen „atomisierten“, sei schließlich ganz typisch und Teil der gesetzgeberischen Motivation zur Schaffung des § 34a GWB.<sup>2119</sup>

#### **b) Meinungsstand zu § 10 Abs. 1 UWG**

Für den lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch ist eine entsprechende Klarstellung des Gesetzgebers nicht erfolgt. Auf eine Forderung des Bundesrates in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf, die Betroffenen konkret als „Vertragspartner für eine Ware oder Dienstleistung“ zu definieren,<sup>2120</sup> ging die Gegenäußerung nicht ein, und auch das erste Änderungsgesetz zum neuen UWG<sup>2121</sup> aus jüngerer Zeit wurde zur abschließenden Klarstellung in die eine oder andere Richtung nicht genutzt.

Tatsächlich liegen die lauterkeitsrechtlichen Wertungen und Konstellationen etwas anders als die kartellrechtlichen, insbesondere wird der Mitbewerber über den Gewinnabschöpfungsanspruch nur reflexhaft geschützt.<sup>2122</sup> Umstritten ist dann aber, in welcher Mittel- oder Unmittelbarkeitsbeziehung der sogenannte „Abnehmer“ zum Wettbewerbsverletzer stehen muss, um für die Eröffnung des Tatbestandes berücksichtigt werden zu können.

---

<sup>2117</sup> Vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 56.

<sup>2118</sup> *Bornkamm* in Langen/Bunte, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 8; *Rehbinder* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR, § 34a Rn. 2; *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34a Rn. 11.

<sup>2119</sup> *Bornkamm* in Langen/Bunte, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 8.

<sup>2120</sup> Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/1487, S. 34.

<sup>2121</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zu einem Ersten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 16/10145, in Kraft seit 30.12.2008, BGBl I 2008, S. 2949 ff.

<sup>2122</sup> Vgl. die Nachw. oben unter Kap. III. A. 4. a).

### (1) *Unmittelbarer Vertragspartner*

Insbesondere *Köhler* vertritt hierzu die Ansicht, dass für die Abnehmereigenschaft das Vorliegen einer unmittelbaren Vertragsbeziehung zwischen Betroffenem und Wettbewerbstäter unabdingbar sei.<sup>2123</sup> Nur ein direkter Vertragspartner des vorsätzlich handelnden Rechtsverletzers könne Abnehmer im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG sein,<sup>2124</sup> so dass etwa im Falle einer „durchgelieferten Mogelpackung“<sup>2125</sup> als Abnehmer nur der nächste Zwischenhändler und nicht der von der Füllmengenunterschreitung am Ende unmittelbar betroffene Endabnehmer gelten könne.<sup>2126</sup> Für diese Auffassung spricht an sich bereits der Wortsinn: Der Begriff „Abnehmer“ bezeichnet schließlich denjenigen Marktteilnehmer, der einem anderen etwas „abnimmt“ bzw. eine Ware oder Dienstleistung von ihm entgegennimmt.<sup>2127</sup> So war auch bei der Auslegung des 13a UWG a.F. als Voraussetzung des Tatbestandsmerkmals des Abnehmers unstreitig eine Vertragsbeziehung zwischen den Parteien erforderlich,<sup>2128</sup> eine entsprechende Indikationswirkung dieser Norm für die heutige Auslegung des § 10 Abs. 1 UWG wird allerdings dadurch erheblich eingeschränkt, dass § 13a UWG a.F. anders als § 10 UWG n.F. als vertragliche Rücktrittsregelung für eine andere Deutung des Abnehmerbegriffs sachlich gar nicht offen gewesen wäre.<sup>2129</sup> Schließlich deutet nach *Bauer* außerdem die Verwendung des Begriffs „Umsatzerlös“ in der Gesetzesbegründung zur Gewinnberechnung darauf hin, dass der Gesetzgeber zumindest „primär“ vertragliche Entgelte im Auge gehabt habe.<sup>2130</sup>

---

<sup>2123</sup> *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 11; dem folgend *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 114; ähnlich *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 107 f., der statt eines Vertragsschlusses zwar eine weitere Form der Beziehung zwischen den Parteien, die er – insoweit möglicherweise missverständlich – als „Anbieter-Kunden-Beziehung“ bezeichnet, ausreichen lassen will, allerdings ebenfalls nicht sämtliche Marktteiligten auf nachgelagerten Marktstufen vom Abnehmerbegriff erfasst sieht.

<sup>2124</sup> *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 11.

<sup>2125</sup> So die Formulierung bei *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 139.

<sup>2126</sup> Dies gilt zumindest in dem Regelfall, dass der Zwischenhändler nicht seinerseits ebenfalls vorsätzlich gehandelt hat, vgl. *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 11.

<sup>2127</sup> Ähnlich *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 142.

<sup>2128</sup> Vgl. die Nachw. bei v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 207.

<sup>2129</sup> So auch *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 107.

<sup>2130</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 136.

**(2) Jeder benachteiligte Marktteilnehmer einer nachgelagerten Marktstufe**

Nach einer wesentlich weiteren Auffassung, vertreten vor allem von *Goldmann*<sup>2131</sup>, von *Braunmühl*<sup>2132</sup>, *Micklitz*<sup>2133</sup> und *Alexander*<sup>2134</sup>, fallen unter den Begriff des Abnehmers in § 10 Abs. 1 UWG unabhängig von einem Vertragsverhältnis alle benachteiligten<sup>2135</sup> Marktteilnehmer auf einer nachgelagerten Marktstufe. Dabei weist etwa *Micklitz* darauf hin, dass der Gesetzgeber die vom Bundesrat gewünschte „Präzisierung“ des Abnehmerbegriffs nicht vorgenommen habe<sup>2136</sup> und begründet sein weites Verständnis des Abnehmerbegriffs zum einen mit der Natur von Wettbewerbshandlungen, die es geradezu bedinge, dass sie Auswirkungen häufig gerade nicht nur gegenüber dem unmittelbaren Vertragspartner hätten, zum anderen mit der Zielrichtung des Gewinnabschöpfungsanspruchs, gerade solche unlautere Handlungen einzudämmen, die aufgrund ihrer Breitenwirkung „tendenziell“<sup>2137</sup> eine große Anzahl von Abnehmern betreffen könnten.<sup>2138</sup> Es könne so der Gewinn des Unternehmers aus der „gesamten Lieferkette“ eingezogen werden.<sup>2139</sup> *Von Braunmühl* wiederum bezieht sich argumentativ vor allem auf den in der Gesetzesbegründung zu § 10 Abs. 1 UWG vorgesehenen Anwendungsfall der „Einziehung geringer Beträge ohne Rechtsgrund“<sup>2140</sup>, da hier eine vertragliche Bindung des Betroffenen gerade nicht Voraussetzung sei.<sup>2141</sup> Auf die kollektive Ausrichtung des Gewinnabschöpfungs stellt hingegen *Alexander* ab. Da die Rechtsfolge dem Schutz von überindivi-

<sup>2131</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 71; eine ursprüngliche Argumentation insbesondere über Fallgruppen mit kartellrechtlichem Einschlag hat *Goldmann* dabei allerdings inzwischen aufgegeben, vgl. noch *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, 1. Aufl., § 10 Rn. 71.

<sup>2132</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 208.

<sup>2133</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 138.

<sup>2134</sup> *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 521.

<sup>2135</sup> Nach *Gärtner* ist Voraussetzung für die Abnehmereigenschaft in § 10 Abs. 1 UWG gar ein „bloßes Betroffensein durch die unlautere Maßnahme“, vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 143.

<sup>2136</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 137; ähnlich *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 521.

<sup>2137</sup> So wörtlich die Gesetzesbegründung, vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2138</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 138.

<sup>2139</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 138.

<sup>2140</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23.

<sup>2141</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 208; dem folgend *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 142; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 136 f.

duellen Interessen von Marktakteuren diene, bedürfe es insoweit einer Abstimmung zwischen den geschützten Interessen und der Reichweite der Sanktion.<sup>2142</sup>

#### c) **Stellungnahme**

Ausgehend von den bereits genannten Fallgruppen sind zwei grundsätzliche Problemkonstellationen denkbar: Zum einen die Situation, in der eine Geschäftsbeziehung lediglich vermittelt wird, und zum anderen der Fall, dass ein Abnehmer gänzlich ohne eine auch nur mittelbare vertragliche Verbindung zum Zuwiderhandelnden von dessen Rechtsverletzung betroffen ist.

Nach der ersten Konstellation kann der vorsätzlich unlauter Handelnde ein Produkt oder eine Dienstleistung unter Einsatz lauterkeitswidriger Mittel, insbesondere von irreführenden Angaben, vorsätzlich in der Lieferkette weitergeben, etwa als Hersteller einer sog. „Mogelpackung“, die er an Zwischenhändler, Großhändler usw. ausliefert. Der konkrete Nachteil tritt dann unter Umständen nur beim Endabnehmer zutage, da die Händler auf den zwischengelagerten Marktstufen zwar das Risiko von Regressforderungen behalten, zunächst aber finanziell so stehen, als sei ihnen gegenüber ordnungsgemäß erfüllt worden und als hätten sie ihren Vertragspartnern gegenüber ordnungsgemäß erfüllt. Verteilen sich die potentiellen Regressforderungen schließlich auf eine Vielzahl einzelner, im Zweifel nur marginal betroffener Endabnehmer, ergibt sich das klassische Ausgangsbild des Bagatell- und Streuschadens.

In der zweiten Fallkonstellation kann der Rechtsverletzer seinen Wettbewerbsverstoß mit unmittelbarer Auswirkung auf einen Angehörigen der nächsten Marktstufe begehen, ohne dass hierbei ein Vertragsverhältnis bestehen müsste; man denke an die in der Gesetzesbegründung erwähnte Fallgruppe der „Einzie-

---

<sup>2142</sup> *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 521.



F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“  
nung geringer Beträge ohne Rechtsgrund“<sup>2143</sup> oder auch den, allerdings umstrittenen, Anwendungsfall des *cold calling*, des unlauteren telefonischen Direktmarketings, soweit ein Vertrag im Einzelfall nicht zustande gekommen ist.<sup>2144</sup> Diese Fälle setzen zwischen den Parteien weder zwingend einen Vertrag, noch zwangsläufig eine sonstige „Anbieter-Kunden-Beziehung“ voraus.<sup>2145</sup>

### **(1) Weites Verständnis nach gesetzgeberischer Wertung**

Im Ergebnis sprechen gewichtige Gründe für eine verhältnismäßig weite Auslegung auch des Abnehmerbegriffs in § 10 Abs. 1 UWG. Im Falle von Streuschäden am Ende einer Lieferkette muss § 10 Abs. 1 UWG auch im Sinne einer möglichst wirksamen Prävention letztendlich unabhängig davon anwendbar sein, über wie viele Marktstufen der durch die Unlauterkeit ausgelöste Nachteil auf der Marktgegenseite vermittelt wurde. Dieses weite Verständnis steht auch nicht in allzu großem Widerspruch zum Wortlaut des Begriffs „Abnehmer“: Seit dem Referentenentwurf ersetzt dieser den im Professorenentwurf vorgesehenen Ausdruck des „Verbrauchers“.<sup>2146</sup> Ganz offensichtlich sollte hierdurch der Begriff auf, wie in der Regierungsbegründung ausgeführt, „alle Marktteilnehmer“<sup>2147</sup> erweitert werden. Dabei ergibt sich kein Hinweis darauf, dass damit gleichzeitig eine Verengung des Regelungsgehaltes einhergehen sollte; alles andere widerspräche auch dem Sinn und Zweck des auf die Beseitigung von Durchsetzungsdefiziten gerade bei einer Vielzahl von oft unerheblichen Einzelschäden gerichteten Gewinnabschöpfungsanspruchs. Vielmehr lässt sich, wie schon oben<sup>2148</sup> angesprochen, der Tatbestandsteil „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ vor allem als Abgrenzung gegenüber solchen Verstößen

---

<sup>2143</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23.

<sup>2144</sup> Vgl. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 137 Fn. 665.

<sup>2145</sup> A.A. aber für den Fall der Einziehung geringer Beträge ohne Rechtsgrund *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 108.

<sup>2146</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 114.

<sup>2147</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2148</sup> Vgl. oben Kap. III. F. 2. e) (1) a.E.

ßen lesen, die nur Mitbewerber oder Anbieter<sup>2149</sup> und keine nachgelagerten Marktstufen beeinträchtigen.<sup>2150</sup>

Zuletzt darf nicht vergessen werden, dass das Merkmal der „Abnehmer“ im Zusammenhang sowohl des § 10 Abs. 1 UWG als auch des § 34a Abs. 1 GWB in erster Linie nicht zur betragsmäßigen Eingrenzung des abzuschöpfenden Gewinns – auf eine Summierung der betroffenen Einzelfälle soll es ja ausdrücklich *nicht* ankommen<sup>2151</sup> – sondern vielmehr zunächst zur Bestimmung der Anwendbarkeit der Vorschriften als solche dient.

#### **(2) Keine Abhängigkeit von der Art des Vertriebssystems**

Im Übrigen darf die Anwendbarkeit der Gewinnabschöpfung nicht von der Zufälligkeit abhängen, ob der Rechtsverletzer seine Produkte selbst an eine Vielzahl von Kunden vertreibt oder ob er einen, zehn oder fünfzig Zwischenhändler oder Großhändler beliefert. Lieferte etwa ein Hersteller seine vorsätzlich unter Unterschreitung der angegebenen Füllmenge verpackten Produkte nur an einen einzigen Großhändler, der die Ware über Zwischenhändler an weitere Einzelhändler und am Ende an tausende von Verbrauchern weitergäbe, so wäre § 10 Abs. 1 UWG ansonsten schon deshalb nicht eröffnet, weil es bei einem einzelnen unmittelbaren Großkunden nach allen Auffassungen an der Voraussetzung „einer Vielzahl von Abnehmern“<sup>2152</sup> fehlen würde.<sup>2153</sup> Dieses Ergebnis kann rechtspolitisch nicht gewollt sein, ist doch gerade die schon erwähnte „Atomisierung“<sup>2154</sup> der dem Unlauterkeitsgewinn entsprechenden Nachteile auf Abnehmerseite Regelungsgrund sowohl des § 10 UWG als auch des § 34a GWB – insoweit gehen die Regelungsinteressen der beiden Vorschriften auch nicht aus-

---

<sup>2149</sup> Dazu *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 522 f.

<sup>2150</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 207 f.; *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 522; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 105 sowie Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2151</sup> Vgl. Begr. Beschlussempfehlung Rechtsausschuss, BT-Drucks. 15/ 2795, S.21

<sup>2152</sup> Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Vielzahl“ vgl. sogleich unten Kap. III. F. 4.

<sup>2153</sup> Ohne nähere Stellungnahme hierzu aber *Köhler*, der als abzuschöpfenden Gewinn nur den gegenüber den unmittelbaren Vertragspartnern (etwa Händlern) erwirtschafteten Gewinn ansieht, vgl. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 11.

<sup>2154</sup> Vgl. zum Kartellrecht *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 8.

F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“  
einander und sind auch die Wertungen seitens Gesetzgeber und Literatur zu § 34a GWB übertragbar.

**(3) Keine erhebliche Mehrbelastung für den Zuwiderhandelnden**

Die Annahme eines weiten Anwendungsbereiches des § 10 UWG führt auch nicht zu unbilligen Belastungen für den lauterkeitswidrig handelnden Unternehmer. Insbesondere ergeben sich bei der Berechnung des abzuschöpfenden Gewinns hierdurch keine quantitativ erheblichen Abweichungen. Nach *Köhlers* konsistenter Argumentation kann nur der Gewinn abgeschöpft werden, der einerseits im Verhältnis zu einem unmittelbaren Vertragspartner entsteht und dem andererseits, entsprechend *Köhlers* Interpretation des Merkmals „zu Lasten“, unmittelbar ein Vermögensnachteil dieses Abnehmers gegenübersteht.<sup>2155</sup> Dieser Vermögensnachteil wird nach *Köhler* durch das Vorliegen eines zivilrechtlichen Vermögenssicherungsrechts gegenüber dem Rechtsverletzer indiziert – im Fall der Mogelpackung etwa Minderungs-, eventuell Schadensersatzansprüche.

Wie oben gezeigt, können sich je nach Auslegung des Tatbestandselements „zu Lasten“ erhebliche Abweichungen bei der Gewinnberechnung ergeben.<sup>2156</sup> Selbst wenn man aber einer engen Auslegung folgte: Allein durch die Erweiterung des Abnehmerbegriffs um nachgelagerte Markstufen in einer Lieferkette wird sich an der *Bemessung des Gewinns* als solcher schwerlich etwas ändern, gleich ob man sich nun an der Ansicht *Köhlers* oder den zahlreichen Vertretern der Gegenansicht orientiert. Denn ganz gleich, ob man den Nachteil der Abnehmer als reinen Vermögens- oder umgekehrt auch als sonstigen Nachteil ansieht: der durch die Rechtsverletzung erzielte Unlauterkeitsgewinn muss sich finanziell niederschlagen und wird daher stets auf einen Umsatzerlös zurückgehen. Diesen Umsatzerlös erwirtschaftet der Lauterkeits- wie auch der Kartelltä-

---

<sup>2155</sup> Wobei *Köhler* in seiner Kommentierung hierzu sogar ausdrücklich die Formulierung „auf Kosten“ benutzt, vgl. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 11.

<sup>2156</sup> Vgl. Kap. III. F. 2. d).

ter in der Regel aber aus dem Geschäft nur mit der nächsten Handelsstufe. Wenn von dort aus die exemplarische Mogelpackung weitergegeben wird, womöglich über mehrere Marktstufen hinweg, erweitert sich dadurch der Kreis der betroffenen Abnehmer (und erhöht sich die Wahrscheinlichkeit einer Anwendbarkeit von § 10 UWG), es ändert sich aber hierdurch zunächst nichts am maßgeblichen Gewinn des Rechtsverletzers, und zwar weder faktisch noch hinsichtlich der Berechnung der Abschöpfung nach § 10 UWG oder § 34a GWB.<sup>2157</sup> Durch die Erweiterung des Abnehmerkreises vergrößert sich schließlich nicht der Gewinn, es verteilen sich nur die ihm gegenüberstehenden Belastungen. Insofern liegt die Situation ganz anders als im Rahmen des § 33 Abs. 3 S. 1 GWB mit seiner Diskussion um die Zulässigkeit der *passing-on defense*.<sup>2158</sup> Dort können sich die einzelnen Schadensersatzansprüche auf verschiedenen Marktstufen potentiell summieren und damit die zu ersetzende Schadenssumme um ein Vielfaches erhöhen. Bei den Abschöpfungsansprüchen der Verbände hingegen richtet sich die Perspektive allein auf den Gewinn des Verletzers, nicht auf die Verteilung des damit einhergehenden Nachteils oder Schadens. Die Feststellung *Micklitz'*, es

---

<sup>2157</sup> Eine Besonderheit ergibt sich in diesen Fallkonstellationen gegenüber dem Direktvertrieb des unlauter Handelnden an eine Vielzahl von Endabnehmern allerdings doch: Wie *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 139 im Grunde zutreffend anspricht, steht der Gewinnabschöpfung in diesen Fällen ein potentiell konzentrierter Schadensersatz- oder Gewährleistungsanspruch der unmittelbaren Vertragspartner gegenüber, der als „aufgrund der Zuwiderhandlung an Dritte erbrachte Leistungen nach § 10 Abs. 2 S. 1 UWG“ auf den abzuschöpfenden Gewinn anzurechnen ist. Das Risiko, dass der Anspruchsgegner am Ende seinen Gewinn bereits durch die Befriedigung betroffener Abnehmer verloren hat, mag damit gegenüber der Situation des klassischen Streuschadens im Direktvertrieb steigen. Entgegen der Ansicht *Bauers* wird dies aber wohl nicht dazu führen, dass für die Fälle der „durchgelieferten Mogelpackung“ kaum noch praktischer Anwendungsbereich bestünde. Nach *Bauer* führt der eigene kaufrechtliche Rückgriffsanspruch des in der Lieferkette zwischen Rechtsverletzer und Endabnehmer stehenden Händlers zu einem unberechenbaren Prozessrisiko für die aktivlegitimierten Verbände, da eine Erfüllung dieses Rückgriffsanspruchs durch den Verletzer eine nach § 10 Abs. 2 UWG anrechenbare Leistung darstelle. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu beachten, dass der Rückgriffsanspruch des Händlers sich mangels einer verhältnismäßigen Möglichkeit der Nacherfüllung regelmäßig nicht, wie *Bauer* ausführt, aus §§ 478 Abs. 1 und 2 BGB ergibt und nur insoweit bestünde, als seine eigenen Abnehmer ihn aufgrund der Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache in Anspruch genommen hätten; vielmehr wird dem Belieferten in der Regel ein Minderungsanspruch unabhängig von einem individuellen Schadenseinschlag nach den kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften der §§ 434 Abs. 1 S. 1, 2, 437 Nr. 2, 441 BGB zustehen. Damit ist allerdings die Wahrscheinlichkeit der Geltendmachung eines eigenen Anspruchs eher als noch höher einzuschätzen. Gibt der Abnehmer die Mogelpackung weiter, obwohl er deren Mangelhaftigkeit erkannt hat, so trifft ihn ebenfalls Vorsatz. Im Übrigen kann sich der anspruchsberechtigte Verband dadurch rüsten, dass er die Frage nach einer Inanspruchnahme des Anspruchsgegners durch seine unmittelbaren Abnehmer in sein vorprozessuales – oder im Rahmen der Stufenklage geltend gemachtes – Auskunftsverlangen einbezieht, zum Auskunftsanspruch vgl. oben Kap. III. E. 10. Dabei ist jedoch zuzugeben, dass auch in diesen Fällen die klagenden Verbände grundsätzlich mit einem erheblichen Durchsetzungsrisiko belastet sind, vgl. dazu noch unten Kap. IV. C. 3. c).

<sup>2158</sup> Dazu oben Fn. 893 sowie unter Kap. III. E. 7. c).

## F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“

könne mithilfe eines weiten Abnehmerbegriffs der Gewinn des Unternehmers aus der „gesamten Lieferkette“ eingezogen werden,<sup>2159</sup> ist damit für den lauterkeitswidrig handelnden Unternehmer womöglich weniger brisant, als es zunächst den Anschein haben mag.

### **d) Zwischenergebnis**

In Fällen einer Vertragskette über mehrere Handelsstufen ist damit ein „unmittelbarer Kontakt“<sup>2160</sup> zwischen Rechtsverletzer und Abnehmer für die Eröffnung des Anwendungsbereichs von § 10 UWG nicht erforderlich. In den Fällen ohne jede Vertragsbeziehung dagegen ist die Einbeziehung von Betroffenen mit nur vermitteltem Kontakt weder sinnvoll noch nötig.<sup>2161</sup> In den Fällen des Einziehens geringer Beträge ohne Rechtsgrund oder auch von Spam-Mails und belästigender telefonischer Direktwerbung besteht zwischen Rechtsverletzer und Betroffenen durch die Unlauterkeitshandlung bzw. deren primäre Auswirkungen ein unmittelbares faktisches Verhältnis, ein direkter Kontakt. Wollte man diesen Kreis noch erweitern, liefe man tatsächlich Gefahr, am Ende einen völlig konturlosen Abnehmerbegriff zurückzulassen, da im mittelbaren Sinne „betroffen“ von einer Unlauterkeitshandlung im Prinzip der gesamte Markt mit allen Beteiligten sein könnte.<sup>2162</sup>

---

<sup>2159</sup> Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 138.

<sup>2160</sup> So die zutreffende Formulierung bei Bauer, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 138; weniger glücklich scheint dagegen die Einteilung Gärtners nach mittelbarer und unmittelbarer „Beeinträchtigung“ bzw. „Betroffenheit“, denn beeinträchtigt und betroffen von einem Lauterkeitsverstoß etwa durch eine irreführende Werbung, eine Mogelpackung etc. sind die Endabnehmer allemal, und zwar auch unmittelbar, vgl. aber Gärtner, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 143.

<sup>2161</sup> Dies wird explizit auch von keinem der genannten Autoren vertreten, in dieser Deutlichkeit aber auch nicht ausgeschlossen, vgl. etwa Gärtner, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 143; Bauer, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 138 f.

<sup>2162</sup> Das im weiteren Zusammenhang von Neuberger eingeführte Argument, es lasse sich im Wettbewerbsrecht bei einem weiten Abnehmerbegriff dann kaum noch ein Sachverhalt denken, bei dem nicht zumindest mittelbar eine „Vielzahl von Abnehmern“ betroffen wäre, dürfte mit dieser Unterscheidung weitgehend entkräftet sein, vgl. aber Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 108.

### 4. „Vielzahl“

Laut Gesetzesbegründung zu § 10 UWG und dem folgend § 34a GWB richten sich die Abschöpfungsansprüche der Verbände nur gegen „besonders gefährliche“ Handlungen „mit Breitenwirkung, die tendenziell eine größere Anzahl von Abnehmern betreffen“ (können).<sup>2163</sup> Es besteht bisher keine Einigkeit über eine konkrete und verbindliche Fallzahl, ab der das Merkmal der „Vielzahl“ erreicht wäre, zumal es laut Begründung auf den Nachweis „einzelfallbezogener Nachteile“ nicht ankommen soll.<sup>2164</sup> Vielmehr wird eine verbindliche zahlenmäßige Definition des Tatbestandsmerkmals häufig als unmöglich abgelehnt.<sup>2165</sup> Tatsächlich ist der unbestimmte Rechtsbegriff der „Vielzahl“ normativ und vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Intention auszulegen.<sup>2166</sup> Ihm liegt schließlich die Figur der (Bagatell- und) Streuschäden zugrunde, bei denen eine Vielzahl von Abnehmern durch eine einzelne Handlung oder aber ein serienmäßiges, in allen Einzelfällen im Wesentlichen gleich gelagertes Verhalten des Rechtsverletzers geschädigt wird.<sup>2167</sup> Einschlägig sind folglich nur Fälle einer durch den Wettbewerbsrechtsverstoß verursachten „überindividuellen Benachteiligung“<sup>2168</sup> – gerade die insoweit gesteigerte Gefährlichkeit tendenziell breitenwirksamer Wettbewerbsverstöße rechtfertigt nach der Begründung des Gesetzgebers die „Sanktionswirkung“ des privatrechtlichen Gewinn- bzw. Vorteilsabschöpfungsanspruchs.<sup>2169</sup> Umgekehrt werden mit dem Merkmal der „Vielzahl“ von Betroffenen solche Konstellationen vom Anwendungsbereich der §§ 10 UWG, 34a GWB ausgeschlossen, in denen die wettbewerbswidrige Handlung keine Streuwirkung entfaltet, sondern im Falle eines Lauterkeits-

---

<sup>2163</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 55.

<sup>2164</sup> Begründung zur Neuformulierung „zu Lasten“, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 15/2795, S. 21.

<sup>2165</sup> Vgl. etwa *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 12; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 69.

<sup>2166</sup> Vgl. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 136; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 210.

<sup>2167</sup> Näher zur Figur der Bagatell- und Streuschäden und deren Bedeutung für die Entwicklung des § 10 UWG bereits oben unter Kap. II. C. 1. a) (1).

<sup>2168</sup> Vgl. *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 69.

<sup>2169</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24 (dort mit Hinweis auch auf § 16 UWG, der tatbestandlich ebenfalls an einen „größeren Personenkreis“ anknüpfe); Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 56.

## F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“

rechtsverstoßes lediglich aus einer individuellen Situation heraus, etwa im Einzelfall anlässlich eines einzelnen Verkaufsgesprächs zustande kommt und sich auswirkt,<sup>2170</sup> oder sich als Kartellrechtsverstoß gezielt gerade gegen einzelne Abnehmer oder Anbieter richtet.<sup>2171</sup>

Für eine zumindest näherungsweise Ermittlung einer Untergrenze werden bisher zum Teil die AGB-rechtlichen Grundsätze der Rechtsprechung zu § 305 Abs. 1 S. 1 BGB herangezogen, nach denen eine „Vielzahl von Verträgen“ bei 3-5 Verwendungen vorliegt.<sup>2172</sup> *Stadler* und *Micklitz* setzen die Schwelle dagegen bei über 15 Betroffenen an, da erst ab dieser Streuung die erforderliche wettbewerbsrechtliche Relevanz gegeben sei.<sup>2173</sup> *Goldmann* schließlich geht mit Verweis auf die bei ihm zitierte Rechtsprechung zu dem Tatbestandsmerkmal „viele Personen“ aus § 283a Alt. 2 StGB von einer Größenordnung um 50 betroffene Personen aus.<sup>2174</sup>

Tatsächlich muss deutlich unterschieden werden zwischen dem materiellen Gehalt des Begriffs der „Vielzahl“ einerseits und der entsprechenden Beweisanforderungen. Denn fraglos wird es dem Kläger im Einzelfall oft schwerfallen, erheblich mehr als drei benachteiligte Abnehmer als Zeugen zu benennen, zumal wenn die einzelnen Betroffenen nur einen geringen Schaden erlitten haben und somit an der Unterstützung einer quasi fremden Rechtsverfolgung ein mindestens ebenso stark ausgeprägtes „rationales Desinteresse“ verspüren müssen wie an einer Geltendmachung eventueller eigener Schäden. Auf den Nachweis ein-

---

<sup>2170</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; ebenso etwa *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 12; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 133.

<sup>2171</sup> Vgl. etwa *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 34a Rn. 13.

<sup>2172</sup> Vgl. BGH NJW 2002, 138 f.; BGH NJW 1998, 2286, 2287 m.w.N.; in diesem Sinne etwa *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 12; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 210; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 109; krit. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 145.

<sup>2173</sup> *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 94; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 135 f.; dem folgend *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 145; ähnlich *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 117: 15 bis 20 Betroffene.

<sup>2174</sup> Dies entspreche außerdem in etwa der Größe zweier Schulklassen oder der Anzahl der Passagiere eines Reisebusses bei einer Kaffeefahrt, s. *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 70 Fn. 137; dem folgend *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 141.

zelfallbezogener Nachteile soll es ja aber gerade nicht ankommen, und er darf auch nicht ausschlaggebendes Kriterium für den materiellrechtlichen Gehalt des Merkmals „Vielzahl“ sein. Dieser knüpft neben der wettbewerbsrechtlichen Relevanz schließlich an die besondere Gefährlichkeit bzw. Schädlichkeit der wettbewerbswidrigen Handlung gerade durch ihre Streuwirkung an.<sup>2175</sup> Eine solche dürfte ohnehin für einen Großteil praxisrelevanter lauterkeits- wie kartellrechtlicher Verletzungshandlungen typischerweise anzunehmen sein.<sup>2176</sup> Die Parallele zum AGB-Recht mit einer Mindestanzahl von 3-5 Betroffenen wird damit dem Grundgedanken der Abschöpfungsansprüche wohl nicht gerecht; eine Ausdehnung auf 50 einschlägige Fälle scheint dagegen unnötig hoch gegriffen,<sup>2177</sup> zumal es sich ja um die Festlegung einer äußersten Untergrenze handeln soll.<sup>2178</sup> Um zu gewährleisten, dass von der Gewinn- und Vorteilsabschöpfung nur solche Fälle erfasst werden, in denen der Wettbewerbsverstoß eine gewisse Breitenwirkung entfaltet,<sup>2179</sup> lässt sich die von *Stadler* und *Micklitz* eingeführte Größenordnung von 15 bis 30 oder nach *Schmauß*<sup>2180</sup> von 15 bis 20 Betroffenen dagegen auf eine taugliche Untergrenze von mindestens 15 Abnehmern konzentrieren, die durch die Verletzungshandlung *typischerweise* benachteiligt sein müssen.

Wohl nicht ganz zu Unrecht bezweifelt *Neuberger* allerdings die praktische Relevanz dieses Streits, wird sich doch das Prozessrisiko der §§ 10 UWG, 34a

---

<sup>2175</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 210; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 136.

<sup>2176</sup> S. etwa die Beispiele zum Lauterkeitsrecht bei *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 136.

<sup>2177</sup> Ähnlich *Schmauß*, der bei einer solch hohen Schwelle gar die Durchsetzungskraft der Gewinnabschöpfung gefährdet sieht und nach Abwägung zwischen der vom Gesetzgeber gleichermaßen postulierten „Breitenwirkung“ der unlauteren Handlung einerseits und einer effektiveren Rechtsdurchsetzung andererseits zur „Eingrenzung der Mindestanzahl“ von betroffenen Abnehmern auf 15 bis 20 gelangt, s. *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 117.

<sup>2178</sup> Angesichts des rechtspolitischen Interesses gerade der Verbrauchverbände bei der Durchsetzung entsprechender Ansprüche ist auch die Annahme von *Bauer*, dass bei einer geringeren Anzahl von Geschädigten die Aktivlegitimierten aus Sorge vor einem gerichtlichen Unterliegen von der Rechtsverfolgung ohnehin absähen, wohl unbegründet, s. aber *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 141.

<sup>2179</sup> Nicht aber zur Gewährleistung der wettbewerbsrechtlichen Relevanz oder eines Mindestmaßes an Marktpräsenz des Verstoßes; so zutreffend *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 116 entgegen *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 35 f. sowie *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 135.

<sup>2180</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 117.



## F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“

GWB erst bei einem höheren Gesamtgewinn lohnen, der seinerseits zumindest bei Bagatellbeeinträchtigungen ohnehin einen größeren Kreis von Betroffenen voraussetzt.<sup>2181</sup> Dies gilt zumindest für die eindeutigen Fälle, in denen tatsächlich ein spiegelbildlicher Nachteil beim Abnehmer dem Vorteil beim Zuwiderhandelnden entspricht. Zwar hat der Gesetzgeber den Nachteil der Betroffenen nicht der Höhe nach begrenzt und damit die Anwendbarkeit der Abschöpfungsansprüche nicht auf Bagatellschäden beschränkt;<sup>2182</sup> allerdings dürfte in Fällen erheblicher Einzelschäden das „rationale Desinteresse“ des Einzelnen an der Durchsetzung seiner Ansprüche entfallen und eine – womöglich „vom Verbraucherverband koordinierte“<sup>2183</sup> – eigene Geltendmachung durch die Betroffenen auch aus prozessökonomischer Sicht die sinnvollere und realistische Alternative sein.<sup>2184</sup>

### **5. Nachweis**

Die Anforderungen an den Nachweis der Tatbestandsvoraussetzung „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ – mit dem nach allgemeinen Grundsätzen der anspruchstellende Verband belastet ist<sup>2185</sup> – richten sich insgesamt nach dem materiellen Gehalt, den man dem Merkmal zugestehen möchte.

Hinsichtlich der Anzahl an betroffenen Abnehmern wie auch deren Benachteiligung soll und darf es, wie gezeigt, letztlich auf die Nachweisbarkeit im Einzelfall nicht ankommen.<sup>2186</sup> Richtigerweise wird insgesamt, ähnlich wie bei der Gewinnerzielung, nach einer typisierenden Betrachtung je nach Art der Zuwi-

---

<sup>2181</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 109.

<sup>2182</sup> So auch *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 68; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 109; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 141.

<sup>2183</sup> So *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 141.

<sup>2184</sup> Anders wohl aber *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 109, der von einer Mindestanzahl von drei Personen ausgeht, da sich die Gewinnabschöpfung bereits bei dieser Anzahl dann lohne, wenn es sich um vergleichsweise hohe Einzelschäden handle.

<sup>2185</sup> Vgl. nur *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 165; *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 72; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 123.

<sup>2186</sup> Dies ist spätestens seit der Änderung des Wortlautes in § 10 UWG von „auf Kosten“ in „zu Lasten“ und der entsprechenden Begründung unstrittig, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 15/2795, S. 21.

derhandlung ein Beweis *prima facie* oder eine tatsächliche Vermutung dafür greifen können, dass diese eine Vielzahl von Abnehmern benachteiligt hat.<sup>2187</sup>

Nach einer summarische Betrachtungsweise soll es im Übrigen darauf ankommen, ob nach Art der konkreten Wettbewerbshandlung und der Lebenserfahrung typischerweise bei einer Vielzahl von Abnehmern eine Vermögensschädigung oder sonstige wettbewerbsrelevante Beeinträchtigung eingetreten ist, auf der die Gewinnerzielung nicht unmittelbar beruhen muss.<sup>2188</sup> So kann etwa bei Mogelpackungen davon ausgegangen werden, dass sich die Art des Wettbewerbsverstoßes an eine Vielzahl von Abnehmern richtet.<sup>2189</sup> Auch dem Vorschlag von *Micklitz*, aus Bagatellschäden bei den Abnehmern darauf zu schließen, dass der Unternehmer einen größeren Personenkreis angesprochen hat (da sich der Verstoß ansonsten nicht lohne) ist für eindeutige Fälle von spiegelbildlichem Nachteil beim Abnehmer und Vorteil beim Zuwiderhandelnden zuzustimmen;<sup>2190</sup> systematisch muss man sich allerdings insoweit vor einem logischen Bruch in Acht nehmen, wenn man wie hier und auch von *Micklitz* vertreten, den Gewinn des Zuwiderhandelnden von einem Vermögensverlust beim Abnehmer abstrahiert. Ein Sachverständigengutachten über die typische, den Abnehmer benachteiligende Wirkung einer bestimmten Wettbewerbshandlung ist schließlich ebenfalls denkbar.<sup>2191</sup>

Beim Nachweis dieses Tatbestandsmerkmals auf der Stufe der Auskunftsklage haben sich bislang auch noch keine Schwierigkeiten gezeigt. So hat das OLG Stuttgart bei der Entscheidung über ein Auskunftsverlangen im Rahmen der Stu-

---

<sup>2187</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 210 f., 289; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 72 ff., der für den Einzelfall auch auf die Möglichkeit von Sachverständigengutachten verweist; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 131, 136; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 145; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 126; a.A. für den Nachweis von nur drei Fällen *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 146; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 123.

<sup>2188</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 290.

<sup>2189</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 124 mit Verweis auf *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 145, 155.

<sup>2190</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 136; vgl. bereits *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 35; zust. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 124.

<sup>2191</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 290; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 136; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 74; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 124.

F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“  
fenklage auf Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG, das wegen des Abdrucks veralteter Testurteile in einer Printwerbung für Matratzen angestrengt worden war, das Merkmal der Betroffenheit einer Vielzahl von Abnehmern gar nicht problematisiert. Vielmehr ging der Senat aufgrund des konkreten Wettbewerbsverstoßes, einer Prospektwerbung, von der erforderlichen Breitenwirkung aus; dass „die beanstandete Werbung wirkungslos verpufft sei“, habe das beklagte Unternehmen selbst schon nicht geltend gemacht.<sup>2192</sup> Ähnlich ist im Fall von werbewirksam auf Irreführung angelegten Internetportalen („Kostenfallen“) das OLG Frankfurt in dieser Frage von der Möglichkeit einer summarischen Betrachtung ausgegangen.<sup>2193</sup>

## 6. Zusammenfassung

Der Tatbestandsbestandteil „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ erfordert materiell ein hohes Maß an Auslegungsbemühung. Inwieweit sich in der Praxis die bisher pragmatische Behandlung seiner Anforderungen durch die Gerichte fortsetzen wird, bleibt insbesondere für die Stufe der Leistungsklagen abzuwarten; eine solche Entwicklung wäre angesichts der ansonsten drohenden weiteren Einschränkungen hinsichtlich der Praktikabilität des § 10 UWG zu begrüßen.

Zwar ist die Idee der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung eng mit dem Phänomen der lukrativen Zuwiderhandlung unter Verursachung von Bagatell- und Streuschäden verknüpft; nach dem heutigen Wortlaut und im Sinne der Normzwecke insbesondere von Prävention und besserer lauterkeitsrechtlicher Normgeltung ist allerdings einer weiten Auslegung des Begriffs „zu Lasten“ der Vorzug zu geben. Nach dieser ist ein wirtschaftlich messbarer und vom An-

---

<sup>2192</sup> OLG Stuttgart GRUR 2007, 435, 437 – *Veralteter Matratzentest*; zur Kritik an der Vermischung des Merkmals „zu Lasten“ mit Aspekten der Kausalität, die sich in dieser Argumentation zeigt, vgl. oben Kap. III. F. 2. (3).

<sup>2193</sup> OLG Frankfurt CR 2009, 253, 256 zu Abo-Fallen im Internet: ob eine Vielzahl bereits bei drei oder erst bei fünfzig Abnehmern anzunehmen sei, könne dahingestellt bleiben, angesichts der „Werbewirksamkeit des Internetauftritts, des hohen Irreführungspotentials und der Dauer der Zuwiderhandlung“; ebenso LG Hanau CR 2009, 124.

spruchssteller nachzuweisender „Schaden“ bei den betroffenen Abnehmern gerade nicht erforderlich; insofern kann auch eine großzügige Auslegung des Begriffs der „wirtschaftlichen Schlechterstellung“ helfen. Hierfür spricht auch die ausdrückliche Übernahme des Verbots belästigender Werbung in den Anwendungsbereich des § 10 Abs. 1 UWG, da Zuwiderhandlungen nach § 7 UWG typischerweise zu erheblichen Unlauterkeitsgewinnen führen können, ohne dass auf Abnehmerseite eine wirtschaftliche Schlechterstellung im Sinne einer messbaren Vermögenseinbuße vorliegen müsste. Daher sollten im Sinne *Alexanders* die Betroffenheit des Abnehmers in seinem lauterkeitsrechtlich geschützten Interessenkreis für das Merkmal „zu Lasten“ als ausreichend angesehen und auch immaterielle Beeinträchtigungen in die Anwendung einbezogen werden. Die Ermittlung einzelfallbezogener Nachweise darf im Ergebnis jedenfalls nicht erforderlich sein. Insbesondere aber sollte der kausal auf der Zuwiderhandlung beruhende Gewinnbetrag keinem zusätzlichen Abzug durch das Merkmal „zu Lasten“ unterliegen.

Letztlich grenzt die Formulierung „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ vor allem den Anwendungsbereich des § 10 UWG gegenüber solchen Fällen ab, in denen die Zuwiderhandlung zu einer Beeinträchtigung ausschließlich oder vorwiegend von Mitbewerbern führt. Dem weiten Verständnis des „Lasten“-Begriffs entsprechend sollten daher auch unter dem Begriff „Abnehmer“ in § 10 Abs. 1 UWG all diejenigen Marktbeteiligten verstanden werden, die auf einer nachgelagerten Handelsstufe von der Zuwiderhandlung betroffen sind, ohne dass eine unmittelbare Vertragsbeziehung zum Zuwiderhandelnden erforderlich wäre. An der Berechnung des Unlauterkeitsgewinns wird sich hierdurch nichts ändern. Etwas anders verhält es sich lediglich in Fällen, in denen nicht einmal eine über eine vertikale Vertriebskette vermittelte vertragliche Beziehung zwischen dem Beeinträchtigten und dem Zuwiderhandelnden besteht: Hier muss mit

F. Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“  
der Zuwiderhandlung ein unmittelbarer Kontakt zum jeweiligen Betroffenen bestanden haben.

Die Frage der erforderlichen Mindestanzahl an benachteiligten Abnehmern schließlich hat der Gesetzgeber offen gelassen; hier scheint eine Untergrenze von 15 Personen angemessen, wobei es nicht auf den Nachweis in 15 Fällen ankommen darf. Vielmehr wird für den gesamten Tatbestandsteil oftmals eine typisierende Betrachtung bzw. der Beweis *prima facie* in Betracht kommen.

## G. *Passivlegitimation*

### 1. Grundsätzliches

Für alle in dieser Arbeit angesprochenen Ansprüche gilt, dass als Anspruchsgegner nur derjenige in Betracht kommt, der mindestens schuldhaft, bei den Verbandsabschöpfungsansprüchen sogar vorsätzlich, eine objektive Rechtsverletzung begangen hat und dessen Tat etwaige darüber hinausgehende objektive Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt. Es kann also wie im Schadensersatzrecht nur der Verletzer, d.h. der Täter oder Teilnehmer,<sup>2194</sup> nie aber der schlichte Störer<sup>2195</sup> über eine dieser Anspruchsgrundlagen auf Herausgabe seines Gewinns haftbar gemacht werden. Wen die Gewinnhaftung im Einzelnen trifft, hängt von dem Regelungsgehalt der jeweils betroffenen Rechtsmaterie und den dort enthaltenen materiellen Voraussetzungen für die konkrete Rechtsverletzung ab.<sup>2196</sup>

Beklagter eines lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs kann aufgrund der Gesetzssystematik notwendig nur ein Unternehmer im Sinne des § 14 BGB sein.<sup>2197</sup> Für die Fälle der Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung besteht hierzu zwar keine entsprechende Herleitung; Sinn ergibt die Wahl dieser Schadensberechnungsart jedoch im Regelfall nur dann, wenn der Verletzer den Schutzgegenstand unternehmerisch und gewinnbringend genutzt hat.

### 2. Mehrheit von Tätern und Verletzerkette

Sowohl für die Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung als auch für die Gewinn- und Vorteilsabschöpfung gelten

---

<sup>2194</sup> Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 23.

<sup>2195</sup> Als Störer kann auch haftbar sein, wer ohne eigenes Verschulden adäquat kausal an der Herbeiführung oder Aufrechterhaltung einer Rechtsverletzung mitgewirkt hat, vgl. nur v. Wolff in Wandtke/Bullinger, UrhR, § 97 Rn. 15 m.w.N. Zum Ausschluss der Haftung des Störers aus den wettbewerbsrechtlichen Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüchen eingehend Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 608 ff.

<sup>2196</sup> Zum Anwendungsbereich der dritten Schadensberechnungsmethode vgl. oben Kap. II. B. 1. a) (2), für § 10 UWG vgl. Kap. II. C. 1. a) (2) sowie Kap. III. C. 1.

<sup>2197</sup> Vgl. Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 110.

in Konstellationen mit mehreren Beteiligten im Grundsatz die allgemeinen zivilrechtlichen Täterschafts-, Teilnehmer- und Zurechnungsnormen zumindest analog.

### a) Mehrere Täter

Mehrere Täter haften im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung grundsätzlich gesamtschuldnerisch, §§ 830, 840 i.V.m. §§ 421 ff. BGB, außer es handelt sich um voneinander unabhängige Verletzungen, die nicht in Form von Mit-täterschaft oder Teilnahme begangen wurden<sup>2198</sup> bzw. um unabhängig voneinander verursachte Schäden.<sup>2199</sup> Laut § 830 Abs. 2 BGB stehen Gehilfen und Anstifter den Mittätern insoweit gleich. Für den Fall der Verletzergewinnhaftung könnte die gesamtschuldnerische Haftung allerdings insoweit fraglich sein, als die Rechtsprechung zu ihrer Legitimation auf Grundsätze der angemessenen Eigengeschäftsführung zurückgreift. Denn bei Gewinnen etwa aus unterschiedlichen Produktionsunternehmen oder unterschiedlichen Herstellungs- oder Vertriebsstufen wird es regelmäßig an der Voraussetzung einer engen inhaltlichen Verwandtschaft der geschuldeten Leistungen nach § 421 BGB fehlen.<sup>2200</sup> Indem aber die Rechtsprechung auch diesen Herausgabeanspruch dem Grunde nach eindeutig dem Schadensersatzrecht zuordnet, steht der Anwendbarkeit der Grundsätze über die gesamtschuldnerische Haftung über §§ 830, 840 BGB nichts im Wege.<sup>2201</sup>

Diese dem Wortlaut nach auf Schadensersatzansprüche zugeschnittenen Regelungen sind für § 10 UWG und § 34a GWB analog anzuwenden.<sup>2202</sup> Soweit der Rechtsverstoß ausnahmsweise bei Erfüllung eines Schuldverhält-

<sup>2198</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 1959, 379, 382 – *Gasparone*; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 70.

<sup>2199</sup> BGH GRUR 2009, 856, 863 – *Tripp-Trapp-Stuhl*.

<sup>2200</sup> *Runkel* WRP 2005, 968, 974; dazu vgl. näher unten Kap. III. G. 2. b) (2).

<sup>2201</sup> *Runkel* WRP 2005, 968, 974; vgl. auch etwa BGH GRUR 2009, 856, 863 – *Tripp-Trapp-Stuhl*.

<sup>2202</sup> *V. Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 239; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 16; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 76; *Schmauß* weist darauf hin, dass in diesem Fall der Vorsatz bei beiden Tätern bzw. sowohl beim Handelnden als auch beim Gewinn erzielenden Hintermann vorhanden sein muss, *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 129.

nisses mit dem Abnehmer erfolgt, kann für die Gewinnherausgabe § 278 BGB direkt eingreifen.<sup>2203</sup>

Entscheidend ist dann die Frage, inwieweit es bei gesamtschuldnerischer Haftung auf den beim jeweiligen Verletzer individuell erzielten Gewinn ankommt. Nach der Rechtsprechung kann in Fällen der Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung der eine Täter gerade nicht einwenden, sein persönlicher Gewinn sei geringer als der des anderen Täters.<sup>2204</sup> Für den gerade nicht schadensersatzrechtlich gestalteten § 10 UWG gilt jedenfalls, dass bei gemeinsamer Begehung gleichwohl jeder Beteiligte nur auf die Herausgabe des von ihm erzielten Gewinns haftet und in solchen Fällen gerade keine Gesamtschuldnerschaft besteht.<sup>2205</sup>

#### **b) Sonderfall: Haftung in der Verletzerkette**

Im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung war lange umstritten, wie und in welcher Höhe der Verletzergewinn in solchen Fällen abgeschöpft werden könne, in denen dieser gleichzeitig nicht nur bei mehreren Verletzern, sondern zugleich auch auf unterschiedlichen, aufeinanderfolgenden Handels- und Produktionsebenen anfällt.<sup>2206</sup> In Bezug auf alle gewerblichen Schutzgesetze ist eine Rechtsverletzung auf verschiedenen Wirtschaftsstufen denkbar, sei es parallel oder sukzessive. Auch in den Fällen des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes ist dies möglich.<sup>2207</sup> Da dem Rechteinhaber grundsätzlich in jedem Fall eines tatbestandlichen, also rechtswidrigen und zumindest fahrlässi-

---

<sup>2203</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 239 sowie Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 129 für § 10 UWG; Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 77; dies gilt aber für alle hier besprochenen Ansprüche.

<sup>2204</sup> OLG Köln GRUR-RR 2005, 247, 249 – *Loseblattwerk* m.w.N.: Der Herausgeber einer Loseblattsammlung konnte sich nicht darauf berufen, dass der ihm entstandene Gewinn geringer als der des Verlages sei; vgl. Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 70 m.w.N.

<sup>2205</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 16 a.E.; Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 14; Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 93.

<sup>2206</sup> Vgl. auch Runkel WRP 2005, 968, 974 f.; Tilmann GRUR 2003, 647, 649; ausführlich Zahn, Verletzergewinn, S. 148 ff.

<sup>2207</sup> Dazu Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.40.



gen, Verstoßes gegen jeden einzelnen Verletzer auf jeder Handelsstufe Schadensersatzansprüche – und unstreitig grundsätzlich auch das Wahlrecht der dreifachen Schadensberechnung<sup>2208</sup> – zustehen, stellt sich die Frage, wie im Falle der sukzessiven Rechtsverletzung eventuell nebeneinander bestehende Ansprüche im Verhältnis zueinander der Höhe oder dem Grunde nach begrenzt sind oder aufeinander angerechnet werden.<sup>2209</sup> Ein entscheidender Faktor ist hierbei auch, ob der Verletzte gegenüber den Verletzern auf den unterschiedlichen Wirtschaftsstufen jeweils die gleiche der drei Schadensberechnungsarten wählt; ob er etwa zuerst von einem Verletzer Schadensersatz nach der Lizenzanalogie und anschließend von einem anderen Verletzer dessen Gewinn herausverlangt. Hierauf finden sich in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlichste Antworten und Lösungsansätze, die zu ganz verschiedenen Ergebnissen führen.<sup>2210</sup> Inzwischen hat allerdings der BGH zu dieser Frage klärend – und ganz im Sinne des Präventionsgedankens – Stellung bezogen.<sup>2211</sup>

### **(1) Keine Verletzerkettenproblematik bei § 10 UWG**

Für die Untersuchung des Gewinnabschöpfungsanspruchs aus § 10 Abs. 1 UWG ist die immaterialgüterrechtliche Debatte um die Haftung auf den Verletzergewinn in der Verletzerkette kaum relevant. Da das Lauterkeitsrecht – mit Ausnahme von § 4 Nr. 9 UWG – wie das Kartellrecht keine ausschließlichen oder vergleichbaren Rechtspositionen schützt, knüpft die Rechtsverletzung auch nicht an die Nutzung und Bearbeitung eines mit dem Ausschließlichkeitsrecht verbundenen einzelnen Gegenstandes, Werkes oder Namens an. Nur in solchen Fällen ist aber eine echte „Kette“ von Verletzungen in einer Produktions- und

<sup>2208</sup> Vgl. BGH GRUR 2009, 856, 863 – *Tripp-Trapp-Stuhl*; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 148; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 9 Rn. 1.40.

<sup>2209</sup> In gewisser Weise verhält sich diese Problematik daher reziprok zur Frage der „*passing-on defense*“ bzw. Vorteilsausgleich im kartellrechtlichen Schadensrecht: Dort stehen umgekehrt einem einzelnen Anspruchsgegner (Kartelltäter) eine Reihe potentieller Anspruchsberechtigter (unmittelbare und mittelbare Abnehmer) mit eigenen Schadensforderungen gegenüber, wobei es sich dabei, wie *Alexander* formuliert, meistens zwar um „dasselbe Schadensphänomen“, auf jeder Absatzstufe aber um ein „spezifisches Schadensereignis“ handelt, *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 409 f.; vgl. zur *passing-on defense* auch oben Fn. 893 sowie unter Kap. III. E. 7. c).

<sup>2210</sup> Dazu einige Beispiele sogleich unten ab Kap. III. G. 2. b) (2); ausführlich *Zahn*, Verletzergewinn, S. 148 ff.

<sup>2211</sup> Dazu unten ab Kap. III. G. 2. b) (3).

Distributionsreihe typischerweise zu erwarten. Auch im Wettbewerbsrecht können selbstverständlich Tatbestände, etwa eine irreführende Werbung nach §§ 5, 3 UWG, sowohl durch den Hersteller, als auch durch den Händler eines Produktes erfüllt werden. Dann sind diese Verstöße allerdings gesondert voneinander zu betrachten; im Falle des Zusammenwirkens haften die Beteiligten andernfalls nach § 840 BGB gemeinsam. Entscheidend ist dabei für die Gewinn- und Vorteilsabschöpfungsansprüche auch das Element der Vorsatzabhängigkeit. Denn auch bei der Verletzerkette im Anwendungsbereich der dreifachen Schadensberechnung muss jeder Anspruchsgegner zunächst rechtswidrig und schuldhaft gehandelt haben. Da im Immaterialgüterrecht der Fahrlässigkeitsmaßstab sehr niedrig angesetzt ist,<sup>2212</sup> so dass sich schon jeder urheberrechtliche Unterlizenznehmer bezüglich einer nicht ausreichenden Lizenz in der Vorstufe fahrlässig verhält, soweit er sich nicht von der Lückenlosigkeit der Lizenzkette überzeugt hat,<sup>2213</sup> kommt es bei einmaligem Durchbrechen der Berechtigungskette leicht zu tatbestandlichem Handeln auf allen nachfolgenden Stufen. Anders verhält es sich im Anwendungsbereich des § 10 UWG. Denn wenn sich dort etwa der Hersteller eines Produkt bei dessen Inverkehrbringen vorsätzlich lauterkeitswidrig verhält, trifft den Händler nur dann auch die Haftung nach § 10 Abs. 1 UWG, wenn er selbst vorsätzlich gegen Lauterkeitsrecht verstoßen hat oder wenn er mindestens Teilnehmer – was wiederum Vorsatz voraussetzen würde – am Verstoß des Herstellers war.<sup>2214</sup>

#### **(2) Verletzerkette und Regelungszweck der Verletzergewinnherausgabe**

Die Diskussion der Verletzerkettenproblematik ist aber eng mit der Frage der Zweckrichtung der Verletzergewinnhaftung im Rahmen der dreifachen Scha-

---

<sup>2212</sup> Dazu vgl. oben Kap. III. D. 1. a).

<sup>2213</sup> Insofern ist, wie schon oben ausgeführt, Maßstab „die erforderliche, nicht die in der Praxis übliche Sorgfalt“, vgl. nur *Dreier* in *Dreier/Schulze*, *UrhG*, § 97 Rn. 57.

<sup>2214</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, *UWG*, § 10 Rn. 16 mit Bezug auf die Beispiele „Mogelpackung“ und „Produktfälschung“; wie *Köhler* ebenda richtig ergänzt, bleibt die Haftung des Händlers für Werbeangaben des Herstellers nach § 434 Abs. 1 S. 3 BGB unberührt, aber für die Haftung nach § 10 Abs. 1 UWG ohne Bedeutung für eine Prüfung der persönlichen Vorwerfbarkeit im Sinne des Vorsatzes; vgl. auch *Goldmann* in *Harte/Henning*, *UWG*, § 10 Rn. 49 f.

denberechnung verbunden. Die im Ergebnis teilweise stark voneinander abweichenden Lösungswege offenbaren daher neben unterschiedlichen dogmatischen Herleitungen und Schlussfolgerungen im Grunde vor allem die jeweiligen Auffassungen von Sinn und Ziel des Gewinnherausgabeanspruches, auch im Vergleich bzw. in Konkurrenz zur Schadensberechnung im Rahmen der Lizenzanalogie. Interessant ist dabei die insoweit (noch) klare Abgrenzung zum originären Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG. Denn es zeigt sich hier wieder, dass trotz zunehmender Betonung der sanktionierend- abschreckenden Elemente bei der Verletzergevinnaftung und der Lizenzgebühreffiktion im Immaterialgüterrecht durch Literatur<sup>2215</sup> und Praxis<sup>2216</sup> deren Einordnung als durch den Kompensationszweck begrenztes Instrumentarium im Grundsatz unangetastet bleibt.

Dementsprechend war bislang die Kernfrage der Diskussion um die Haftung in der Verletzerkette das (Noch-) Vorhandensein eines, wenn auch abstrakt-objektiv berechneten, Schadens beim Verletzten,<sup>2217</sup> weniger dagegen, ob mit Blick auf die Verletzer die Abschöpfung sämtlicher Unrechtsgewinne gelingt.<sup>2218</sup> So sollte der Schutzrechtsinhaber unter Berufung auf schadensrechtliche Grundsätze zum Beispiel nur solange und in der Höhe die im zustehende „Belohnung“ der Zahlung erhalten, bis der „Zuweisungsgehalt seines Schutzrechts ausgeschöpft“ sei.<sup>2219</sup> Dem ausschließlichen Recht, gegen Verletzer auf allen Markstufen vorzugehen, entspreche auch in wirtschaftlicher Hinsicht kein Anspruch darauf, an der Verwertung auf allen Stufen gleichermaßen zu partizipieren.<sup>2220</sup> Je nachdem, wann nun von einer Befriedigung des Schutzrechtsinhabers

---

<sup>2215</sup> Vgl. nur *Lehmann* BB 1988, 1680 f.; *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 269; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 97 Rn. 66.

<sup>2216</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*; BGH GRUR 2009, 856, 863 – *Tripp-Trapp-Stuhl*.

<sup>2217</sup> Die vielfältigen, teilweise nur in Nuancen voneinander abweichenden Stimmen aus Literatur und Rechtsprechung hierzu können allerdings im Folgenden nur ausschnitts- und übersichtsweise wiedergegeben werden. Eine ausführliche Darstellung mit zahlreichen weiteren Nachw. findet sich aber bei *Zahn*, Verletzergevinnaftung, S. 148 ff.

<sup>2218</sup> Darauf abstellend etwa *J. B. Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, UrhG, § 97 Rn. 76.

<sup>2219</sup> *Zahn*, Verletzergevinnaftung, S. 158 f.

<sup>2220</sup> *Kur* FS Kollé/Stauder 2005, S. 365, 384 f.; zust. *Arnold/Slopek* NJW 2009, 3694, 3695.

bers<sup>2221</sup> ausgegangen wurde, bzw. wann „derselbe“ Schaden in den verschiedenen Verletzerstufen angenommen und damit durch einmalige Ausgleichszahlungen als „erschöpft“ betrachtet<sup>2222</sup> oder die unberechtigte Nutzungshandlung durch Entgegennahme einer angemessenen Lizenzgebühr oder des Verletzergewinns einer Handelsstufe als „genehmigt“ fingiert<sup>2223</sup> wurde, sollte nach den Stimmen der Literatur nur ein Verletzer,<sup>2224</sup> oder sollten die Verletzer gesamtschuldnerisch<sup>2225</sup> – evtl. bis zum höchsten gemeinsamen Betrag<sup>2226</sup> – haften.

Diese im Großen und Ganzen sehr kompensationsorientierte Interpretation der Haftung in der Verletzerkette stand vor allem nach der *Gemeinkostenanteil-*Entscheidung in einem gewissen Widerspruch zu der im Bereich der dreifachen Schadensberechnung angesichts der besonderen Verletzlichkeit der Immaterialgüter eigentlich längst anerkannten, vom Ausgleichszweck losgelösten „Konzession an das Sanktions- und Präventionsbedürfnis“<sup>2227</sup> und zur ausdrücklichen Heranziehung der Regelungen zur angemäßen Eigengeschäftsführung für die dritte Schadensberechnungsart.<sup>2228</sup> Wenn auch die Folgerechtsprechung zunächst eine gesamtschuldnerische Haftung nach §§ 830, 840 BGB unproblematisch angenommen hat,<sup>2229</sup> wurde in der Literatur insbesondere darauf hingewie-

---

<sup>2221</sup> Vgl. *Tilman* GRUR 1987, 251, 261.

<sup>2222</sup> Vgl. dazu *Götz* GRUR 2001, 295, 298; *Zahn*, Verletzergewinn, S. 153, 169; OLG Hamburg GRUR 1999, 97 (LS); ablehnend schließlich BGH GRUR 2009, 856, 862 f. – *Tripp-Trapp-Stuhl*.

<sup>2223</sup> OLG Düsseldorf GRUR 1939, 365, 367 – *Spitztütenmaschine*; keine Genehmigung, aber eine abschließende Entschädigung nimmt an LG Düsseldorf, UrT. v. 25.7.1996, 4 O 217/95, S. 12 (n.v.); ablehnend BGH GRUR 2009, 856, 863 – *Tripp-Trapp-Stuhl* mit Verweis auf BGH GRUR 2002, 248 ff. – *SPIEGEL-CD-ROM* sowie *Götz* GRUR 2001, 295, 298.

<sup>2224</sup> So wohl OLG Düsseldorf GRUR 1939, 365, 367 – *Spitztütenmaschinen*.

<sup>2225</sup> BGH GRUR 1959, 370, 383 – *Gasparone* (bei „Identität der Verpflichtungen“); OLG Karlsruhe GRUR 1987, 892, 895 – *Rohrleitungsverteileranlage*; dazu *Wild* in Schrickler, UrhR, § 97 Rn. 40; *Runkel* WRP 2005, 968, 974; für § 9 UWG *Köhler* in Köhler/Bornkamm, § 9 UWG Rn. 1.40, der betont, dass das Wahlrecht grundsätzlich gegenüber jedem Verletzer bestehe; weitere Nachw. hierzu bei *Zahn*, Verletzergewinn, S. 155; krit. *Bergmann* GRUR 2010, 874, 878 m.w.N.

<sup>2226</sup> *Tilman* GRUR 1986, 691, 692; *Arnold/Slopek* NJW 2009, 3694, 3696; *Götz*, der ein Gesamtschuldverhältnis der Verletzer nur annimmt, soweit sich die jeweiligen Beträge der Höhe nach decken. Insoweit wirke die erste Zahlung als Erfüllung nach § 422 Abs. 1 BGB; andere Verletzer in der Kette könnten nur in Höhe des darüber hinausgehenden Schadens in Anspruch genommen werden, *Götz* GRUR 2001, 295, 298 f.; zum Ganzen ausführlich *Zahn*, Verletzergewinn, S. 157 ff sowie S. 172 ff; *Bergmann* GRUR 2010, 874, 879 m.w.N.

<sup>2227</sup> *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 270 m.w.N.; vgl. auch *J. B. Nordemann* in Fromm/Nordemann, UrhG, § 97 Rn. 75; BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>2228</sup> Dazu ausführlich *Tilman* GRUR 2003, 647, 649; *Runkel* WRP 2005, 968, 974, jew. m.w.N.

<sup>2229</sup> Vgl. OLG Köln GRUR-RR 2005, 247 – *Loseblattwerk*.

sen, dass bei Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag eine Gesamtschuld gemäß § 421 BGB ausscheide, da die erforderliche enge, an der Grenze zur inhaltlichen Gleichheit liegende besondere Verwandtschaft der geschuldeten Leistungen dann nicht gegeben sei, wenn bei der Beteiligung von Verletzern auf unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen unterschiedlich hohe Gewinne erwirtschaftet würden.<sup>2230</sup>

Ein Recht des Verletzten, auf *allen* Stufen der Verletzerkette den vom jeweiligen Verletzer erwirtschafteten Gewinn herauszuverlangen, findet sich schließlich in einem jüngeren Ansatz von *Zahn*. Danach sei – wiederum für den entstandenen Schaden im Sinne eines kompensatorischen Ausgleichs – als Maßstab nicht nur der Gewinn einer einzelnen Handelsstufe heranzuziehen.<sup>2231</sup> Vielmehr sei zur Erfassung des Gesamtschadens in Form des „Gesamtgewinnpotentials“ des jeweiligen Produktes eine Kumulierung aller Verletzergewinne vorzunehmen;<sup>2232</sup> eine Beschränkung der Fiktion der eigenen Verwertungsmöglichkeiten auf einzelne Wirtschaftsstufen sei darüber hinaus weder sinnvoll noch geboten.<sup>2233</sup> Neben diesen ökonomisch und dogmatisch begründeten Überlegungen stellt *Zahn* schließlich ausdrücklich auf einen der Herausgabe des Verletzergewinns immanenten Präventionsgedanken ab, der es nicht erlaube, den regelmäßig erhöhten<sup>2234</sup> Gewinn auf allen weiteren Handelsstufen bei den jeweiligen

---

<sup>2230</sup> *Runkel* WRP 2005, 968, 974 mit Verweis auf BGHZ 43, 227, 233; BGH GRUR 1959, 379, 383 – *Gasparone*.

<sup>2231</sup> *Zahn*, Verletzergewinn, S. 167, der insoweit allerdings unterscheidet zwischen den Berechnungsformen der Lizenzanalogie und der Herausgabe des Verletzergewinns. Nach *Zahn* stellt die angemessene Lizenzgebühr auf einer Handelsstufe in aller Regel bereits den richtigen Maßstab für den Gesamtschaden dar, da hierin bereits das Umsatz- und Gewinnpotential wirtschaftlich berücksichtigt wurde, vgl. *Zahn*, a.a.O., S. 159 ff.

<sup>2232</sup> *Zahn*, Verletzergewinn, S. 167, der dazu aus ökonomischer Sicht ausführt, dass sich aus der Differenz der Preisobergrenze beim Endabnehmer und einem „theoretischen Minimum“ auf der Kostenseite ein „theoretisches maximales Gewinnpotential“ des Produktes ergebe, das durch die Zwischenschaltung verschiedener Handelsstufen nicht vergrößert, sondern nur auf verschiedene Subjekte aufgeteilt werde, deren Gewinne dann wiederum das Gesamtgewinnpotential ergäben, *Zahn*, a.a.O., S. 165 f.; vgl. auch *Runkel* WRP 2005, 968, 974.

<sup>2233</sup> *Zahn*, Verletzergewinn, S. 169. Dabei sollen die jeweiligen Verletzer neben dem auf ihrer Wirtschaftsstufe ermittelten Schaden in Höhe ihres Verletzergewinns auch gesamtschuldnerisch nach § 840 BGB für die Gewinne der nachgelagerten Produktions- bzw. Handelsstufen haften; die interne Haftungsverteilung geschieht dann über den herkömmlichen Gesamtschuldnerausgleich, *Zahn*, a.a.O., S. 186 f.

<sup>2234</sup> Denn seine Ersparnis durch die nicht entrichtete Lizenz wird der Erstverletzer zumeist als Minderung des Weitergabepreises zumindest teilweise berücksichtigt, vgl. *Zahn*, Verletzergewinn, S. 170.

Verletzern zu belassen.<sup>2235</sup> Es ist symptomatisch, dass auch nach dieser Ansicht der Präventionsgedanke allein nicht ausreichen soll, um diesen Schluss zu führen, sondern hierfür vielmehr die Fiktion des Gesamtgewinnpotentials als Gesamtschaden gewählt wird. Bezeichnend ist allerdings auch, dass im Rahmen derselben Diskussion der Präventionsgedanke im Hinblick auf die Schadensberechnungsart der Lizenzanalogie kaum eine Rolle spielt.<sup>2236</sup> So steht auch nach dieser Auffassung dem Verletzten neben den Gewinnen der jeweiligen Wirtschaftsstufe eine Lizenzgebühr nur noch in Höhe der Differenz zwischen den bereits ausgekehrten Gewinnen und der Lizenzgebühr als Maßstab für den (verbleibenden) Gesamtschaden zu.<sup>2237</sup>

#### **(3) BGH-Entscheidung Tripp-Trapp-Stuhl**

Auch wenn die Rechtsprechung bekanntermaßen dabei geblieben ist, in der Herausgabe des Verletzergewinns eine Schadensberechnungsart zu sehen,<sup>2238</sup> hat der BGH mit seiner *Tripp-Trapp*-Entscheidung vom 14.5.2009<sup>2239</sup> eine gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Rechtsverletzer in der Verletzerkette nach § 830 Abs. 1 S. 2 BGB oder § 840 Abs. 1 BGB für den Regelfall ausgeschlossen. Eine gesamtschuldnerische Haftung bestehe vielmehr nur dann, wenn die Verletzer durch deliktisch zurechenbares Verhalten für denselben Schaden verantwortlich seien; es müsse also die „für eine Gesamtschuld erforderliche innere Verbundenheit der Schadensersatzforderungen des Geschädigten“ gegeben sein, die „die Täter zu einer Tilgungsgemeinschaft im Rahmen des Leistungsinteresses“

---

<sup>2235</sup> Zahn, Verletzergewinn, S. 170 f.

<sup>2236</sup> Die Idee, den gesamten Geldwertes des schutzrechtlichen Zuweisungsgehaltes durch die Lizenzanalogie zu erfassen, führt schließlich dazu, dass hiermit eine Bezifferung des Kompensationsinteresses annähernd objektiv möglich ist oder zumindest scheint, während der Verletzergewinn nie eine markt-objektive Größe darstellt, sondern stets individuell bei jedem Verletzer aufwendig ermittelt werden muss. Ähnlich verhält es sich mit der Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Medien. Es liegt daher die Überlegung nahe, dass es möglicherweise gerade diese kompensatorische „Unschärfe“ war, die der Rechtsprechung den Weg dafür geebnet hat, ein stärkeres Gewicht auf die Prävention zu legen und dabei dem Verletzer das Risiko einer Überkompensation aufzuerlegen; einen „Überschuss“ gegenüber der allgemein-zivilrechtlichen Kompensation auch bei der Lizenzanalogie sieht allerdings Kraßer GRUR Int 1980, 259, 270 m.w.N.

<sup>2237</sup> Vgl. Zahn, Verletzergewinn, S. 172.

<sup>2238</sup> S. oben Kap. II. B. 1. b) (5); vgl. auch Runkel WRP 2005, 968, 974

<sup>2239</sup> BGH GRUR 2009, 856 ff. – *Tripp-Trapp-Stuhl*

ses des Geschädigten“ zusammenfasse.<sup>2240</sup> Dies sei gerade nicht der Fall, wenn jeder Verletzer innerhalb der Verletzerkette durch das unbefugte Inverkehrbringen des Schutzgegenstandes bzw. Verletzungsgegenstandes erneut selbständig in das ausschließliche Verbreitungsrecht des Rechtsinhabers eingreife, und zwar auch nicht, wenn die Verletzungshandlungen auf allen Vertriebsstufen inhaltsgleich seien.<sup>2241</sup> Vielmehr verursache jeder Schädiger für sich einen eigenen, „getrennten“ Schaden.<sup>2242</sup> Zwar erhalte ein Rechtsinhaber, der auf verschiedenen Vertriebs- und Produktionsstufen die Herausgabe des Verletzergewinns verlange, dann im Ergebnis einen höheren Gewinn, als er selbst ohne die Rechtsverletzung hätte erzielen können.<sup>2243</sup> Dies sei aber vor dem Hintergrund des Regelungszwecks gerechtfertigt,<sup>2244</sup> der Erschöpfungsgrundsatz greife insoweit ebenfalls nicht.<sup>2245</sup>

Damit hat der BGH das Urteil der Vorinstanz OLG Hamburg aufgehoben, die noch davon ausging, dass bei inhaltsgleichen Verletzungshandlungen auf mehreren hintereinander geschalteten Vertriebsstufen der Rechtsinhaber den Verletzergewinn grundsätzlich nur einmal herausverlangen könne; eine Ausnahme gelte nur für „überschießende“ Verletzergewinnbeträge auf einer einzelnen Handelsstufe.<sup>2246</sup>

Der Senat beruft sich hier auf die von ihm schon in der *Gemeinkostenanteil-*Entscheidung betonten Grundsätze und Billigkeitserwägungen: Die Herausgabe des Verletzergewinns sei gerade kein Ausgleich des konkret entstandenen Schadens, sondern ziele in anderer Weise auf einen billigen Ausgleich des Vermögensnachteils; es sei somit unbillig, einem Verletzer einen Gewinn zu belassen,

---

<sup>2240</sup> BGH GRUR 2009, 856, 863 – *Tripp-Trapp-Stuhl*.

<sup>2241</sup> BGH GRUR 2009, 856, 863 – *Tripp-Trapp-Stuhl* mit Verweis auf *Tilmann* GRUR 2003, 647, 653 sowie w.N.

<sup>2242</sup> BGH GRUR 2009, 856, 863 – *Tripp-Trapp-Stuhl*.

<sup>2243</sup> BGH GRUR 2009, 856, 864 – *Tripp-Trapp-Stuhl*.

<sup>2244</sup> BGH GRUR 2009, 856, 864 – *Tripp-Trapp-Stuhl*.

<sup>2245</sup> BGH GRUR 2009, 856, 862 f. – *Tripp-Trapp-Stuhl*; zum Ganzen krit. *Bergmann* GRUR 2010, 874, 878 f.

<sup>2246</sup> OLG Hamburg ZUM-RD 2007, 13, 23 ff.; zust. *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 283.

der auf der Rechtsverletzung beruhe, da dieser keinen schützenswerten Anspruch auf Erzielung oder Einbehalt eines Gewinns aus einer schutzrechtsverletzenden Handlung habe.<sup>2247</sup> Zudem diene die Abschöpfung des Verletzergewinns zugleich der Sanktionierung des schädigenden Verhaltens und auf diese Weise der Prävention gegen eine Verletzung der besonders schutzbedürftigen Immaterialgüterrechte.<sup>2248</sup>

Eine „ungerechtfertigte Besserstellung“ des Verletzten ergibt sich nach der jüngsten Rechtsprechung nur noch in einer Konstellation: Nehmen die Abnehmer den Hersteller aus dem Grunde in Regress, dass der Rechtsinhaber sie bereits wegen des Weitervertriebs auf Schadensersatz in Anspruch genommen hat, dann sei der Verletzergewinn des Herstellers insoweit aufgezehrt, als er den Abnehmern wegen deren Inanspruchnahme durch den Verletzten Schadensersatz geleistet habe.<sup>2249</sup> Der Herausgabebetrag ist dann also von vorneherein um den an die Abnehmer gezahlten Schadensersatz zu mindern. Bei einer nachträglichen Inanspruchnahme durch die Abnehmer kann der Verletzer vom Rechtsinhaber die Herausgabe des überbezahlten Gewinnanteils wegen nachträglichen Wegfalls des rechtlichen Grundes nach § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB, nötigenfalls im Wege der Vollstreckungsgegenklage, verlangen.<sup>2250</sup> Ersatzzahlungen, die der Hersteller deshalb an seine Abnehmer geleistet hat, weil diese am Weitervertrieb der rechtsverletzenden Gegenstände gehindert wurden, sind dagegen vom Gewinn nicht abzuziehen. Dies leitet der BGH wiederum aus der Fiktion ab, dass der Rechtsinhaber ohne die Schutzrechtsverletzung denselben Gewinn erzielt

---

<sup>2247</sup> BGH GRUR 2009, 856, 864 – *Tripp-Trapp-Stuhl*.

<sup>2248</sup> BGH GRUR 2009, 856, 864 – *Tripp-Trapp-Stuhl* mit Verweis auf BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>2249</sup> BGH GRUR 2009, 856, 864 – *Tripp-Trapp-Stuhl*; Einzelheiten zum Haftungsausgleich innerhalb der Verletzerkette finden sich bei *Tilmann* GRUR 2003, 647, 653.

<sup>2250</sup> BGH GRUR 2009, 856, 864 – *Tripp-Trapp-Stuhl*; krit. *Arnold/Slopek* NJW 2009, 3694, 3695 f.



hätte; dieser wäre insoweit auch nicht durch Schadensersatzzahlungen an die Abnehmer geschmälert worden.<sup>2251</sup>

#### **(4) Bewertung**

Im Ergebnis ist damit festzustellen, dass der BGH in der Zeit nach der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung nicht nur bei Fragen des Kostenabzugs, sondern nun auch bei anderen Auslegungsfragen der dritten Schadensberechnungsmethode verstärkt auf Billigkeitserwägungen und Präventionsziele, genauer die Verhaltenssteuerung des potentiellen Verletzers, abstellt. Sowohl hinsichtlich der Verhaltenssteuerung als auch bei den Billigkeitserwägungen – wenn es etwa um den fehlenden Behaltensgrund für den Unrechtsgewinn geht – argumentiert er damit also im Wesentlichen über die Verletzer- und nicht mehr (nur) über die Perspektive des Verletzten und des betroffenen Schutzrechts. Diese Änderung des Blickwinkels kann als weiterer Schritt der Emanzipation der immaterialgüterrechtlichen Verletzergewinnhaftung von ihren schadensersatzrechtlichen Wurzeln gewertet werden; sie führt zumindest zu einer Verstärkung der Parallelen zur eigenständigen Gewinnabschöpfung nach dem lauterkeitsrechtlichen Modell. Ein echter Bruch mit der schadensersatzrechtlichen Perspektive wird damit allerdings nicht vollzogen, schließlich rechtfertigt die Rechtsprechung den umfanglichen Herausgabeanspruch gegenüber potentiell allen Stufen der Verletzerkette in schlüssiger Weise auch damit, dass sie nun jeden Eingriff als solchen bereits als „Schaden“ im Sinne des Schadensersatzrechts und damit als eigenen Anspruchsgrund anerkennt.<sup>2252</sup>

### **3. Zurechnungsfragen**

Anders als die Verletzerkettenproblematik sind die Fragen der Zurechnung von Zuwiderhandlungen etwa in einem Unternehmen auch und gerade für den Rege-

<sup>2251</sup> BGH GRUR 2009, 856, 864 – *Tripp-Trapp-Stuhl* m.w.N.; zust. J. B. Nordemann in Fromm/Nordemann, UrhG, § 97 Rn. 84.

<sup>2252</sup> BGH GRUR 2009, 856, 863 – *Tripp-Trapp-Stuhl* m.w.N.; BGH NJW 2009, 3509, 3510 f. – *CAD-Software*; vgl. auch v. *Ungern-Sternberg* GRUR 2010, 386, 393; in diesem Sinne bereits *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 329; zum Ganzen näher oben Kap. III. C. 2.

lungsbereich des § 10 UWG unmittelbar relevant. Ausweislich seines insoweit eindeutigen Wortlautes und der Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 2 UWG ist die dortige Regelung, die Verstöße gegen § 3 UWG, die in einem Unternehmen von einem Mitarbeiter oder Beauftragten begangen werden, dem Inhaber des Unternehmens ohne Exkulpationsmöglichkeit zurechnet, auf § 10 UWG gerade nicht anwendbar.<sup>2253</sup> Es werden daher im Folgenden die Zurechnungsmöglichkeiten über die Vorschriften der §§ 31 und 831 BGB direkt oder analog<sup>2254</sup> dargestellt, auf die der Gesetzgeber für den lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch ausdrücklich verweist.<sup>2255</sup>

#### a) Organhaftung nach § 31 BGB

§ 31 BGB regelt als Organhaftung die Zurechnung eines von durch Rechtsverletzungen des verfassungsmäßig berufenen Vertreters entstandenen Schadens. Die Vorschrift gilt für alle juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts; auf Offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften, GbR, Vor-GmbH und nicht rechtsfähige Vereine ist sie analog anzuwenden.<sup>2256</sup> Sie eröffnet als echte Zurechnungsvorschrift keine Exkulpationsmöglichkeit. Der Begriff des verfassungsmäßigen Vertreters ist nach der Rechtsprechung weit auszulegen.<sup>2257</sup> Nach der von der Rechtsprechung entwickelten Lehre vom Organisationsmangel hat die juristische Person außerdem alle wichtigen Aufgabengebiete einem verfassungsmäßigen Vertreter zuzuweisen, der die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat; andernfalls muss sie sich bei einer

---

<sup>2253</sup> So die ganz herrschende Ansicht, vgl. dazu nur Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 22; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 8 Rn. 2.36; a.A. Alexander, der sich wegen der „vielfältigen dogmatischen Verwerfungen“, die mit der entsprechenden Anwendung des § 831 BGB verbunden seien, für eine analoge Anwendung des § 8 Abs. 2 UWG ausspricht, mit der zugleich insbesondere hinsichtlich des Schutzes der Kollektivinteressen wieder ein „funktioneller Gleichklang zwischen Abwehr- und Abschöpfungsansprüchen“ hergestellt werde, Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 667.

<sup>2254</sup> Die analoge Anwendbarkeit auf § 10 UWG rechtfertigt Köhler mit der „Nähe des Gewinnherausgabeanspruchs zum Schadensersatzanspruch“, Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 16.

<sup>2255</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 22: ausdrücklicher Verweis auf §§ 31 und 831 BGB für alle nicht-negatorischen Ansprüche.

<sup>2256</sup> Palandt/Ellenberger § 31 Rn. 3 m. zahlr. Nachw. aus der Rspr.

<sup>2257</sup> Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 125 mit Verweis auf BGHZ 49, 19, 21; die Organhaftung in diesem Sinne greift grundsätzlich bei sämtlichen juristischen Personen, Vor-GmbHs, Kommandit- und Offenen Handelsgesellschaften, bei der GbR und bei nicht rechtsfähigen Vereinen

Rechtsverletzung so behandeln lassen, als hätte der verfassungsmäßige Vertreter selbst diese begangen.<sup>2258</sup> Es reicht daher auch die faktische Übertragung eines wichtigen Aufgabenbereichs an einen Funktionsträger oder Bediensteten zu einer Haftung der juristischen Person für dessen Rechtsverletzung aus.

Während die Gewinnherausgabe im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung und § 33 Abs. 3 S. 3 GWB als formal dem Schadensersatz zugehörige Anspruchsgrundlagen grundsätzlich eine direkte Anwendung des § 31 BGB eröffnen, ist die Vorschrift auf den Gewinnabschöpfungsanspruch des § 10 UWG nach wohl herrschender Meinung zumindest analog – und für die oben genannten Personengesellschaften dann zweifach analog – anzuwenden.<sup>2259</sup> Es ergeben sich hierbei gegenüber der Anwendung im Schadensersatzrecht auch keinerlei Besonderheiten; insbesondere ist nach richtiger Ansicht auch die Lehre vom Organisationsmangel anwendbar,<sup>2260</sup> so dass vorsätzliches wettbewerbswidriges Verhalten eines Funktionsträgers nach § 31 BGB analog ohne Entlastungsbeweis zu einer Haftung des Unternehmens selbst aus § 10 UWG führt.<sup>2261</sup>

### **b) Haftung des Geschäftsherrn nach § 831 BGB**

Nach § 831 BGB haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den sein Verrichtungsgehilfe in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Verrichtungsgehilfe ist dabei, wem von einem anderen, in dessen Einflussbereich er allgemein oder im konkreten Fall und zu dem er in einer gewissen

<sup>2258</sup> Palandt/*Ellenberger* § 31 Rn. 7 m.w.N.

<sup>2259</sup> Schon die Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 22 verweist für „§ 9 f.“ UWG, damit auch für die Gewinnabschöpfung, ausdrücklich auf die Zurechnung nach §§ 31 und 831 BGB; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 240 ff.; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 52 f. mit Verweis auf ein entsprechendes *obiter dictum* in BVerfGE 20, 323, 336; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 6, 16; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 125; a.A., allerdings wenig überzeugend, *Mönch* ZIP 2004, 2032, 2034.

<sup>2260</sup> Nach wohl h.M., vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 240; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 126; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 72; a.A. bzw. zumindest einschränkend *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 53, der eine Zurechenbarkeit nur bei solchen Funktionsträgern sieht, die über das „Ob“ und „Wie“ einer Wettbewerbshandlung entscheiden.

<sup>2261</sup> Ausführlich hierzu v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 238 ff.; vgl. auch *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 112; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 73 f.

Weisungsabhängigkeit steht, eine Tätigkeit übertragen worden ist.<sup>2262</sup> Im Gegensatz zu § 31 BGB ist § 831 BGB keine echte Zurechnungsnorm, da der Geschäftsherr im Grunde für eigenes Verschulden, nämlich für den mit dem Schadensfall vermuteten Verstoß gegen Verkehrssicherungspflichten, haftet.<sup>2263</sup>

§ 831 BGB ist für alle Formen des Schadensersatzes, damit auch für die Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung sowie für § 33 Abs. 3 S. 3 GWB unproblematisch heranzuziehen. Auch auf die Gewinn- und Vorteilsabschöpfungsansprüche in § 10 UWG und § 34a GWB ist die Vorschrift nach herrschender Meinung zumindest analog grundsätzlich anwendbar.<sup>2264</sup> Im Einzelnen besteht hierzu allerdings noch einiger Auslegungsbedarf.

#### **(1) Verschulden beim Geschäftsherrn**

Strittig ist vor allem, welcher Grad des Verschuldens im Verletzungsfall bei dem Geschäftsherrn vorliegen muss, damit über § 831 BGB eine Haftungserstreckung auch für Fälle der vorsatzabhängigen Gewinn- und Vorteilsabschöpfungsansprüche möglich ist, wenn doch der Regelung eigentlich eine Haftung aus einem Auswahlverschulden des Geschäftsherrn für den nur widerrechtlich handelnden Verrichtungsgehilfen zugrunde liegt. Dabei vertritt *Schmauß* die Auffassung, dass für eine Gewinnabschöpfung zwar beim Verrichtungsgehilfen stets Vorsatz gegeben sein müsse, beim Geschäftsherrn aber gerade nicht.<sup>2265</sup> Allerdings führt *Schmauß* als Argument hierfür vor allem an, es drohe andernfalls ein „Konterkarieren“ oder zumindest unverhältnismäßiges Erschweren der Anwendung von § 10 UWG.<sup>2266</sup> Da dieser keine „sanktionierende“ Wir-

---

<sup>2262</sup> BGHZ 45, 31, 313; Palandt/*Sprau* § 831 Rn 5 f. m.w.N.

<sup>2263</sup> Palandt/*Sprau* § 831 Rn 1; *Wagner* in MüKo-BGB Bd. 5, § 831 Rn 11.

<sup>2264</sup> Vgl. auch hier Begr. RegE UWG, a.a.O., S. 22; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 241; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 126; a.A. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 654.

<sup>2265</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 128.

<sup>2266</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 128.

kung habe, sei die Forderung nach vorsätzlichem Handeln auch des Geschäftsherrn unberechtigt.<sup>2267</sup>

Tatsächlich kommt es zu diesem „doppelten Vorsatzerfordernis“<sup>2268</sup> dann nicht, wenn man – wie sogleich nachfolgend erläutert – umgekehrt den Vorsatz des Geschäftsherrn für die Anwendung des § 10 UWG ausreichen lässt. Aber auch systematisch kann über § 831 BGB die vorsätzliche Handlung des Gehilfen dem Geschäftsherrn nicht ohne weiteres zugerechnet werden, da § 831 BGB gerade an das Verschulden des Geschäftsherrn und nicht an das des Verrichtungsgehilfen anknüpft.<sup>2269</sup> *Von Braunmühl* kommt daher etwa zu dem Schluss, dass der Geschäftsherr nur haftbar gemacht werden könne, wenn der in § 10 Abs. 1 UWG vorausgesetzte Vorsatz sowohl beim Verrichtungsgehilfen als auch bei ihm selbst gegeben sei.<sup>2270</sup> *Goldmann* fordert ebenfalls ein Vorliegen des Vorsatzmerkmals beim Geschäftsherrn; er verweist zur Begründung auf den Sanktionscharakter (wohl von ihm im Sinne von Strafcharakter verstanden) der Vorschrift und den Grundsatz „*nulla poena sine dolo*“.<sup>2271</sup> Insoweit differenzieren aber weder *Schmauß* noch *Goldmann* hinreichend zwischen Sanktions- und Strafcharakter; die Tatsache, dass der Gewinnabschöpfungsanspruch sanktionierende Wirkungen haben mag, spricht auf keiner Ebene per se für ein Vorsatzerfordernis.<sup>2272</sup>

*Köhler* wiederum schließt ein Einstehenmüssen des Unternehmers für das vorsätzliche Verhalten seines Mitarbeiters und eine analoge Anwendung des § 8 Abs. 2 UWG ebenfalls aus,<sup>2273</sup> handele es sich beim (vorsätzlich handelnden)

<sup>2267</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 127.

<sup>2268</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 128 sowie bereits v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 244.

<sup>2269</sup> V. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 243 f. m.w.N.; *Looschelders*, SchuldR BT, Rn. 1320; *Krause* in Soergel/Spickhoff, BGB, § 831 Rn 1.

<sup>2270</sup> V. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 244.

<sup>2271</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 51.

<sup>2272</sup> Zur Normwirkung des § 10 UWG vergleiche insoweit unten Kap. IV. E., zur Frage der Erforderlichkeit des Vorsatzerfordernisses Kap. V. A. 2. b) (5) und A. 2. d).

<sup>2273</sup> *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 8 Rn. 2.36, § 10 Rn. 6.

Täter und dem Gewinnempfänger um verschiedene Personen, hafte nach dem Zweck der Vorschrift der Unternehmer als Geschäftsherr nur, wenn er entweder Teilnehmer nach § 830 Abs. 2 BGB war oder die vorsätzliche Zuwiderhandlung zumindest kannte.<sup>2274</sup> Nichts anderes gelte trotz der Regelung des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB zwischen Hersteller und Händler.<sup>2275</sup>

#### **(2) Verschulden beim Verrichtungsgehilfen**

Grundsätzlich wirkt die Zurechnungsnorm des § 831 BGB unabhängig von einem Verschulden des Verrichtungsgehilfen,<sup>2276</sup> da sie an die Sorgfaltspflichtverletzung des Geschäftsherrn bei der Auswahl des Verrichtungsgehilfen und damit an dessen eigenes Fehlverhalten anknüpft. Es handelt sich damit um keine allgemeine Einstandspflicht des Geschäftsherrn für von seinen Mitarbeitern im Dienst schuldhaft verursachte Schäden,<sup>2277</sup> sondern um die Haftung für eigenes Verschulden des Geschäftsherrn. Der Verrichtungsgehilfe muss nach herrschender Rechtsprechung allerdings in Fällen, in denen ein Haftungstatbestand besondere subjektive Anforderungen voraussetzt, diese in seiner Person erfüllen, damit eine mittelbare Absenkung der tatbestandlichen Voraussetzungen vermieden wird.<sup>2278</sup>

Nun läge der Schluss nahe, dass im Falle der vorsatzabhängigen Abschöpfungsansprüche aus § 10 Abs. 1 UWG und § 34a Abs. 1 GWB zumindest der Verrichtungsgehilfe selbst die Rechtsverletzung vorsätzlich begangen haben müsste,<sup>2279</sup> während bei den von einfachem Verschulden abhängigen Gewinnherausgabeansprüchen aus dem Schadensrecht dagegen kein Verschulden des Verrichtungsgehilfen erforderlich sei, da hier schließlich keine gesteigerten subjektiven Anforderungen bestehen. Tatsächlich aber knüpft § 10 Abs. 1

---

<sup>2274</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 16; Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 116.

<sup>2275</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 16.

<sup>2276</sup> Vgl. Looschelders, SchuldR BT, Rn. 1324 m.w.N.; Krause in Soergel/Spickhoff, BGB, § 831 Rn 1, 35.

<sup>2277</sup> Vgl. nur Krause in Soergel/Spickhoff, BGB, § 831 Rn 1.

<sup>2278</sup> Looschelders, SchuldR BT, Rn. 1324; Palandt/Sprau § 831 Rn. 8, jew. m.w.N.

<sup>2279</sup> So etwa Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 127; krit. Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 113.

UWG zunächst an die verschuldensunabhängige Zuwiderhandlung nach § 3 UWG an.<sup>2280</sup> Ein Verschulden beim Verrichtungsgehilfen ist daher gerade nicht vorauszusetzen, zumal, wie *Sieme* feststellt, weder Wortlaut noch Zweck der Gewinnabschöpfung eine durchgehende Vorsatzform vom Geschäftsherrn bis zum Verrichtungsgehilfen erfordern.<sup>2281</sup> Ein doppeltes Vorsatzerfordernis kann mit dem Verweis des Gesetzgebers auf § 831 BGB auch nicht bezweckt worden sein. Hat also der Geschäftsherr, der die Organisationsherrschaft und Weisungsbefugnisse innehat, sich vorsätzlich eines schuldlos oder auch fahrlässig handelnden Verrichtungsgehilfen bedient, so trifft ihn die Haftung nach § 10 UWG.<sup>2282</sup>

---

<sup>2280</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 76.

<sup>2281</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 76; ebenso i.E. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 113.

<sup>2282</sup> Ebenso *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 76; ähnlich auch *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 113.

### **H. Verfahren**

Auch die Rahmenbedingungen der Rechtsdurchsetzung in der Praxis sind zur Beurteilung von Erforderlichkeit, Wirkungsweise und Effektivität eines Anspruchs von Bedeutung. Daher werden nun abschließend die insbesondere zur Durchsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs verfügbaren Klagearten und einige prozessuale Besonderheiten des § 10 UWG dargestellt.

#### **1. Klagearten**

Gewinn- und Vorteilsabschöpfung nach § 10 UWG, § 34a GWB werden wie die Schadensersatzklage im Immaterialgüterrecht oder die Geldentschädigung als Zahlungsansprüche im Wege der Leistungsklage geltend gemacht. Es kann auch eine Feststellungsklage statthaft sein,<sup>2283</sup> wobei zu beachten ist, dass die Gewinnabschöpfung der Regelverjährung des § 11 Abs. 4 UWG und nicht der verkürzten Verjährung unterliegt.<sup>2284</sup> Das Feststellungsinteresse kann sich auch aus der Unsicherheit ergeben, ob überhaupt ein Gewinn erwirtschaftet wurde.<sup>2285</sup> Die Feststellungsklage kann mit einer Auskunftsklage verknüpft werden.<sup>2286</sup>

Da der klagende Verband regelmäßig nicht von vorneherein in der Lage sein wird, den abzuschöpfenden Betrag zu beziffern, kann der Kläger vor allem die Stufenklage nach § 254 ZPO wählen und damit zunächst auf Auskunft klagen.<sup>2287</sup> Wird der herauszugebende Betrag voraussichtlich der richterlichen Schätzung unterliegen, kann der Kläger schließlich abweichend von § 253 Abs. 2 ZPO einen unbezifferten Klageantrag stellen, wenn er dem Gericht genügend Anhaltspunkte für die Schätzung gibt.<sup>2288</sup> Stellt er dagegen einen bezifferten An-

---

<sup>2283</sup> Näher *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 172 ff.

<sup>2284</sup> Zur Verjährung s. sogleich unten.

<sup>2285</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 111; *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 156; für § 34a GWB vgl. *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 12.

<sup>2286</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 112.

<sup>2287</sup> Vgl. insoweit etwa OLG Stuttgart GRUR 2007, 435 – *Veralteter Matratzentest*.

<sup>2288</sup> *V. Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 280; *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 155; *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 109 mit einem Vorschlag für einen solchen Klageantrag in Anlehnung an den



trag, der letztendlich (maximal 20 %) über dem durch das richterliche Ermessen festgesetzten liegt, so kann er insoweit über § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO dennoch von der Prozesskostenpflicht befreit werden.<sup>2289</sup> Wie *Goldmann* richtig ausführt, wäre es ein „schwer zu erklärender Widerspruch“, wenn die Verbände auch unter Hinweis auf § 287 ZPO ermutigt würden, verstärkt und unter Hinnahme schon des übrigen Prozessrisikos die Gewinnabschöpfung zugunsten des Bundeshaushalt zu betreiben, wenn ihnen andererseits die Erleichterung des § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO versagt würde.<sup>2290</sup>

## 2. Verjährung und prozessuale Besonderheiten bei § 10 UWG

Der Gewinnabschöpfungsanspruch unterliegt nicht wie die lauterkeitsrechtlichen Ansprüche nach §§ 8, 9 und 12 Abs. 1 UWG der kurzen sechsmonatigen Verjährungsfrist des § 11 Abs. 1 UWG, auch wenn dies im Regierungsentwurf noch so vorgesehen war.<sup>2291</sup> Nach aktueller Fassung verjährt er vielmehr nach § 11 Abs. 4 UWG als „anderer Anspruch“ ohne Rücksicht auf Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen und der Person des Schuldners in drei Jahren von der Entstehung an.<sup>2292</sup> Die ursprüngliche Fassung war insbesondere vom Bundesrat aus Effektivitätsgründen kritisiert worden: Wegen der Schwierigkeiten bei der Ermittlung der für die Geltendmachung des Anspruchs notwendigen Tatsachen seien sechs Monate zu kurz angesetzt; auch sei das Vorgehen aus § 10 Abs. 1 UWG „nur dann sinnvoll, wenn der gesamte Verletzungstatbestand bekannt und abgeschlossen“ sei.<sup>2293</sup>

---

Antrag aus BGH GRUR 1982, 489 – *Korrekturflüssigkeit*; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 139 m.w.N.

<sup>2289</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 282; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 106 f.; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 139 f.

<sup>2290</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 107.

<sup>2291</sup> BT-Drucks. 15/1487, S. 8; dazu v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 338.

<sup>2292</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 338; zur Lesart, nach der sich die Verjährung für § 10 UWG nach den Regeln der §§ 194 ff. BGB richten soll, vgl. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 711 m.w.N., der sich i.E. ebenfalls für eine Ableitung aus § 11 Abs. 4 UWG ausspricht.

<sup>2293</sup> Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/1487, S. 35; vgl. hierzu auch die Gegenäußerung der Bundesregierung a.a.O., S. 44; ähnlich v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 338; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 178; ausführlich zur Frage der Verjährung bei § 10 UWG: *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 174.

Für die Gewinnabschöpfung gilt der wettbewerbsrechtliche Gerichtstand nach § 13 Abs. 1 S. 1 UWG; zu beachten ist die Sonderregelungen zur örtlichen Zuständigkeit bei Klagen der aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG berechtigten Verbände gem. § 14 Abs. 2 S. 2 UWG.<sup>2294</sup> Nach § 10 Abs. 4 S. 1 UWG wie auch bei der Vorteilsabschöpfung nach § 34a Abs. 4 S. 1 GWB ist außerdem der Anspruchsberechtigte, sobald er eine Gewinn- oder Vorteilsabschöpfung gerichtlich oder außergerichtlich<sup>2295</sup> geltend macht, zur Auskunft hierüber an das Bundesamt für Justiz (§ 10 Abs. 5 UWG) bzw. das Bundeskartellamt (§ 34a Abs. 4 S. 1 GWB) verpflichtet. Auch der Auskunftsanspruch der zuständigen Stelle des Bundes nach § 10 Abs. 4 S. 1 UWG soll der Verjährung nach § 11 Abs. 4 UWG unterliegen.<sup>2296</sup>

Durch die Auskunftspflicht sollen Mehrfachverfolgungen vermieden werden; im Übrigen sind aus dem abgeführten Gewinn die Ersatzansprüche wegen erforderlicher Aufwendungen der Anspruchssteller, nötigenfalls zu gleichen Teilen nach § 430 BGB analog,<sup>2297</sup> zu befriedigen.<sup>2298</sup> Neben den Aufwendungen, die der Anspruchsgegner nach § 91 ZPO ohnehin hätte erstatten müssen und die dennoch uneinbringlich sind, gehören hierzu auch weitere Kosten wie Prozesskosten bei Teilunterliegen und erforderliche, d.h. nicht rechtsmissbräuchlich getätigte vorprozessuale Aufwendungen.<sup>2299</sup>

Will der Schuldner der Gewinnabschöpfung, der aufgrund derselben Zuwiderhandlung nachträglich noch Zahlungen an Dritte leistet, nach § 10 Abs. 2 UWG

---

<sup>2294</sup> Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 166 m.w.N.

<sup>2295</sup> Vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 22.

<sup>2296</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 22 a.E.

<sup>2297</sup> Wenn mehrere Gläubiger den Anspruch geltend gemacht, ihre Aufwendungen vom Schuldner aber nicht ersetzt bekommen haben und zugleich aber der abgeschöpfte Gewinn nicht zur Befriedigung aller Aufwendungsersatzansprüche ausreicht, s. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 24.

<sup>2298</sup> Dazu näher Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 23; Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 129; ausführlich Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 128 ff sowie Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 148 ff.

<sup>2299</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 23; a.A. Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 129, der durch die Regelung gerade jedes Prozessrisiko beim Verband verbleiben sieht, soweit nicht eine großzügige Handhabung des § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO greife.

eine nachträgliche Rückerstattung des Gewinns geltend machen, steht ihm hierfür gegebenenfalls auch der Weg der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO offen.<sup>2300</sup>

---

<sup>2300</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 13.

### I. *Ergebnis Kapitel III*

Einem anderslautenden Sprichwort entgegen lassen sich Äpfel und Birnen sehr wohl miteinander vergleichen; die eigentlich interessante Frage ist dabei doch, welche Schlussfolgerungen sich aus den Eigenschaften des einen Vergleichsgegenstandes seriöserweise für die des anderen tatsächlich treffen und welche Erkenntnisse sich insgesamt aus einem solchen Vergleich gewinnen lassen. Entsprechendes gilt für die Gegenüberstellung von Individualansprüchen auf die Herausgabe eines an ein immaterielles Schutzrecht geknüpften Verletzergewinns oder einer am Verletzergewinn orientierten Geldentschädigung einerseits mit Verbandsansprüchen auf die Abschöpfung von Gewinnen aus Wettbewerbsverstößen andererseits. Voraussetzung für eine seriöse Ableitung von Auslegungssätzen des einen Instituts für ein anderes ist dabei zunächst eine Vergleichbarkeit wesentlicher Normparameter wie Wortlaut, Systematik und der Gewichtung der Normzwecke im Sinne des *telos* oder auch der Normfunktionalität<sup>2301</sup> zumindest hinsichtlich der betreffenden Tatbestandsmerkmale. Dann können allerdings immer noch rechtspraktische, insbesondere effizienzbezogene Aspekte und die Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens dazu führen, dass sich eine solche Übertragung im Einzelnen als problematisch darstellt oder sogar verbietet.

Tatsächlich ergibt sich zwischen den hier behandelten Haftungsinstituten eine große Ähnlichkeit zunächst auf der Wertungsebene.<sup>2302</sup> Allen genannten Instituten gemein ist neben der Berücksichtigung des Gewinns bei der Ermittlung des Sanktionsumfangs die Betonung der Prävention als Normzweck, die zum Teil neben anderen Zwecken und zum Teil schon auf der Ebene des Tatbestands oder erst auf der Rechtsfolgenebene zum Tragen kommt. Hierbei bestehen allerdings graduell bereits deutliche Unterschiede zwischen den einzelnen Ansprüchen.

---

<sup>2301</sup> Vgl. noch einmal *Zweigert/Kötz*, Einführung Rechtsvergleichung, S. 33.

<sup>2302</sup> Eine Ähnlichkeit der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung mit der von ihm so bezeichneten „Gestionshypothese“ sieht am ehesten auf der Wertungsebene auch *Leicht*, Gewinnabschöpfung, S. 290.

Während die Herausgabe des Verletzergewinns trotz zunehmender Berücksichtigung von verhaltenssteuernden Gesichtspunkten zunächst der Kompensation dienen soll, beabsichtigte der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 10 UWG unmittelbar die Schließung bestehender Rechtsdurchsetzungslücken zur Bekämpfung eines bisher bestehenden Präventionsdefizits. Die Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen wiederum ist aufgrund ihrer insoweit mit der Gewinnabschöpfung kaum vergleichbaren tatbestandlichen und verfahrensmäßigen Eigenschaften zur Auslegung des § 10 UWG zwar kaum von praktischem Nutzen; die ihr zugrundeliegenden Wertungen und Gewichtungen von Verschulden, Schwere der Rechtsverletzung, von Präventions- und Vergeltungsbedürfnis bleiben jedoch für entsprechende Abwägungen bei § 10 UWG interessant. Lässt man aus den vorgenannten Gründen den Geldentschädigungsanspruch und ebenso die Vorteilsabschöpfung im GWB als bisher praktisch irrelevante Norm beiseite, stehen sich beim Strukturvergleich in erster Linie die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG und die Herausgabe des Verletzergewinns nach der dreifachen Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht gegenüber. Hier lassen sich aus der Tatbestands- und Rechtsfolgenanalyse in einigen Punkten Erkenntnisse aus dem Anwendungsbereich der einen, etablierten Anspruchsgrundlage für die Auslegung der jüngeren heranziehen.

Dieser Erkenntnisgewinn zur Tatbestandsauslegung ist im Ergebnis tatsächlich hoch und gibt hinsichtlich der Praktikabilität des § 10 UWG Hoffnung, er darf alles in allem aber auch nicht überschätzt und vor allem nicht für alle Fragen unkritisch als selbstverständlich angenommen werden. Dies zeigt sich insbesondere bei der Berechnung des Gewinns und dem Umgang mit mitwirkenden Verursachungsanteilen: Der Gesetzgeber hat die Grundsätze der Gewinnberechnung für § 10 UWG aus der aktuellen Rechtsprechung zur Gewinnberechnung bei der

dreifachen Schadensberechnung entliehen. Diese Grundsätze sind hierfür aufgrund ihrer Flexibilität und ihrer präventiven Gewichtung auch geeignet.

Dennoch stellen sich im Zusammenhang mit § 10 UWG gerade im Hinblick auf einige spezifische Fallgruppen Probleme, die mit einem Verweis auf die jahrelange Rechtspraxis im Immaterialgüterrecht nicht ohne weiteres beiseite gewischt werden können. Dies gilt vor allem unter der Annahme, dass im Lauterkeitsrecht typischerweise häufiger solche Konstellationen auftreten werden, in denen sich die Rechtsverletzung für den Erfolg des gesamten Werbe- und Absatzvorgangs als eher untergeordnetes, jedenfalls höchstens mitursächliches Element darstellt.

Die dann erforderliche schätzungsweise Zurechnung von Verursachungsanteilen bei solch multikausalen Produktions- und Absatzerfolgen ist zwar grundsätzlich ein gemeinsames Problem bei Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechtsverletzungen; es steht jedoch zu erwarten, dass diese im Lauterkeitsrecht noch wesentlich stärker und häufiger zutage treten werden. Hinsichtlich des Kostenabzugs sind insoweit materiell keine größeren Probleme zu erwarten; gerade aber bezüglich der Reichweite des Auskunftsanspruchs sowie der Beweislastverteilung beziehungsweise der konservativen Handhabung bei der Schätzung des Verursachungsanteils in der immaterialgüterrechtlichen Praxis ist fraglich, ob bei einer Übertragung derselben auf die Fälle der Gewinnabschöpfung dem gegenüber der dritten Schadensberechnung deutlich stärker betonten Präventionsaspekt – der hier auch nicht in Konkurrenz zu einem Kompensationsziel steht – hinreichend Rechnung getragen würde.

Letztlich zeigt die Tatbestandanalyse der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung vor allem, dass vor deren Durchsetzung erhebliche Hürden sowohl innerhalb der Tatbestandsvoraussetzungen als auch anschließend bei der Gewinnbe-

rechnung genommen werden müssen. Unter Effektivitäts- und Praktikabilitäts Gesichtspunkten hat der Anspruch auf Herausgabe des Gewinns wegen Schutzrechtsverletzungen im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung einige entscheidende Faktoren voraus: Er ist zum einen weitgehend losgelöst vom Schadenseinschlag beim Inhaber des verletzten Rechts; in diesem Sinne sollte allerdings wie gezeigt – trotz des Tatbestandsteils „zu Lasten“ – auch die Regelung des § 10 UWG gelesen werden. Zum anderen greift die dritte Schadensberechnungsmethode bereits bei fahrlässigen Rechtsverletzungen, während die Gewinnabschöpfung im Lauterkeitsrecht Vorsatz voraussetzt. Drittens bietet erstere dem Anspruchsberechtigten auch einen wirtschaftlichen Handlungsanreiz, da diesem als Verletztem der abgeschöpfte Gewinn in vollem Umfang zugestanden wird. Schließlich ist der immaterialgüterrechtliche Gewinnherausgabeanspruch, ebenfalls anders als die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung, grundsätzlich auch nicht nachrangig gegenüber anderen Zahlungsverpflichtungen des Verletzers.

Auch und gerade nach der Tatbestandsuntersuchung ergeben sich daher sowohl bei einzelner Betrachtung des § 10 UWG als auch im Vergleich mit anderen Rechtsinstituten erhebliche Zweifel an dessen Effektivität, aber auch – man denke insbesondere an die Problematik der Zuordnung und Gewichtung von Verursachungsanteilen – an seiner grundsätzlichen Geeignetheit zur Entfaltung einer echten präventiven Wirkung im Sinne einer möglichst lückenlosen lauterkeitsrechtlichen Rechtsdurchsetzung. Da die Effektivität von Rechtsschutz und die Geeignetheit zur Abschreckung von Rechtsverletzern stets auch in ein Verhältnis zu den berechtigten Interessen des Rechtsverletzers und zu übergeordneten Prinzipien – etwa angesichts mancher Sorge vor einer zunehmenden „Pönalisierung“ des deutschen Zivilrechts – gesetzt werden müssen, sollen nun in den beiden letzten Abschnitten der Arbeit die Funktionalität und Normwirkung des § 10 UWG untersucht und einige Verbesserungsansätze unter Wirk-

samkeits-, Effektivitäts- und Effizienz<sup>2303</sup> - sowie unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten beleuchtet werden.

---

<sup>2303</sup> Zur Terminologie vgl. insoweit oben Kap. I. C.



## Kapitel IV. Wirksamkeit und Verhältnismäßigkeit des § 10 UWG

Auf der Tatbestandsseite des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs werden dem rechtswissenschaftlichen Diskurs in absehbarer Zeit noch einige Fragen erhalten bleiben. Bei der Argumentation, wie die einzelnen Tatbestandsmerkmale auszulegen sind, findet dabei eine größtenteils nicht-formalisierte und letztendlich wohl auch nie vollständig objektivierbare Abwägung und Gewichtung von Normzwecken und schützenswerten Interessen der Parteien statt. Dabei spielen – wenn auch oft nicht ausdrücklich als solche bezeichnet – auch Erwägungen wie das Verhältnis von Normwirkung zu Normziel bzw. Normzweck,<sup>2304</sup> also die Wirksamkeit<sup>2305</sup> oder Effektivität, sowie die Effizienz der Regelung<sup>2306</sup> eine Rolle.

Neben den Einzelfragen der Tatbestandsauslegung bleiben in diesem Zusammenhang einige übergeordnete Fragen zu dem mit großem gesetzgeberischem Aufwand eingeführten § 10 UWG zu beantworten: Ist der Anspruch dem Grunde nach und in seiner derzeitigen Ausgestaltung überhaupt geeignet, das ihm gesetzte Normziel zu erfüllen? Ist dabei umgekehrt eine unangemessene Belastung der Normadressaten zu befürchten? Und – soweit die Geeignetheit der Regelung bereits nach dem vorangehenden Untersuchungsabschnitt aufgrund erheblicher Praktikabilitätsbedenken nur eingeschränkt angenommen werden kann –: Muss es zu dieser eingeschränkten Funktionalität tatsächlich zwangsläufig kommen aufgrund einer andernfalls besonders schwerwiegenden, womöglich pönalen Wirkungsweise der Gewinnabschöpfung? Wenn nein, wo gibt es unter Anreiz- und Effizienz Gesichtspunkten Verbesserungsmöglichkeiten hinsichtlich des Präventionsziels, und wo finden diese ihre Grenzen, etwa bezüglich der schutzwürdigen Interessen der potentiellen Anspruchsgegner?

---

<sup>2304</sup> Vgl. zur Begriffsbestimmung und zu Zweck und Wirkungsweise insb. unerlaubter Handlungen *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 122 ff.

<sup>2305</sup> Die Wirksamkeit der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG untersucht etwa *Fehlemann*, *Abschöpfungsansprüche*, S. 167 ff.

<sup>2306</sup> Zur Abgrenzung des Begriffs der Effizienz von dem der Effektivität vgl. oben Kap. I. C.

## Kapitel IV. Wirksamkeit und Verhältnismäßigkeit des § 10 UWG

In den beiden letzten Abschnitten der Untersuchung wird der Versuch unternommen, hierauf zumindest näherungsweise Antworten zu finden. Dabei orientiert sich die Untersuchung in diesem Kapitel am Aufbau einer Prüfung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip als wesentliches Wertungsprinzip unserer Rechtsordnung, ergänzt durch juristisch-ökonomische Ansätze zur effektiven Verhaltenssteuerung.<sup>2307</sup> Ausgangspunkt ist der lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch in seiner heutigen tatbestandlichen Ausgestaltung. Im folgenden Kapitel wird dann untersucht, ob und inwieweit es möglich wäre, mit Hilfe einer Neujustierung entscheidender Stellschrauben, namentlich des Verschuldensmaßstabes, der Modalitäten der Unlauterkeitsgewinnermittlung, des Zusammenhangs zwischen Abnehmerbeeinträchtigung und Unlauterkeitsgewinn und der Frage des Aktivlegitimierten bzw. des Anspruchsbegünstigten als maßgebliche Parameter der Praktikabilität des § 10 UWG eine effizientere Ausgestaltung desselben *de lege ferenda* in den Grenzen des Verhältnismäßigen und unter Berücksichtigung von Effizienzaspekten aus der ökonomischen Analyse zu erzielen. Die rechtsgüterabwägende Angemessenheitsprüfung und die Wertungen der juristisch-ökonomischen Perspektive werden sich dabei ergänzen und für die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung zu weitgehend kongruenten Ergebnissen führen. Vor der Untersuchung der Verhältnismäßigkeit und Effizienz des § 10 UWG *de lege lata* soll daher zunächst dargelegt werden, inwieweit das Verhältnismäßigkeitsprinzip und ökonomische Ansätze zur effizienten Verhaltenssteuerung als Maßstäbe für einen zivilrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch überhaupt herangezogen werden können.

---

<sup>2307</sup> Zur Methodik und zu den engen Grenzen der ökonomischen Effizienzüberprüfung im Rahmen dieser Untersuchung s. Kap. I. E sowie unten ab Kap. IV. 3. b.; zur Eignung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch zur Bewertung privatrechtlicher Rechtsfolgen s. zunächst ab Kap. IV. A. 1.

## ***A. Verhältnismäßigkeit und Effektivität als Maßgaben für die privatrechtliche Gewinnabschöpfung***

Bei der Gestaltung von auf Prävention zielenden Haftungsnormen darf der Gesetzgeber sich nicht nur an einer möglichst hohen Durchschlagskraft der Rechtsfolge ausrichten; vielmehr muss er zur Einhaltung des Rechtsstaatsprinzips, aber auch aus Gründen wirksamer und ökonomisch effizienter<sup>2308</sup> Verhaltenssteuerung und im Sinne einer möglichst breiten Normakzeptanz dafür Sorge tragen, dass die Regelungen nicht zu unangemessenen Belastungen für den Anspruchsgegner führen. Dieser Abwägungsvorgang lässt sich über die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung nachvollziehen. Ein solcher Ansatz ist für privatrechtliche Ansprüche wie die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung oder die dritte Schadensberechnungsmethode zwar nicht sehr geläufig, vielmehr ist eine Überprüfung privatrechtlicher Normen und Jurisdiktion anhand des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips tatsächlich eher unüblich.<sup>2309</sup> Gleichwohl wird für die Bewertung auch privatrechtlicher Haftungsinstitute argumentativ immer wieder auf Kriterien der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit zurückgegriffen,<sup>2310</sup> zumal auf europäischer Regelungsebene die Maßstäbe der Wirksamkeit, Verhältnismäßigkeit und Abschreckung ganz selbstverständlich auch für privatrechtliche Sanktionen angelegt werden.<sup>2311</sup> Im Übrigen liegt das Erfordernis einer Verhältnismäßigkeitprüfung insbesondere bei der Gewinnabschöpfung, mit deren Einführung sich der Gesetzgeber der klageberechtigten Verbände und Einrichtungen gewissermaßen „zur Geltendmachung

---

<sup>2308</sup> Denn die erforderlichen Vorsorgekosten des potentiellen Zuwiderhandelnden sollten nicht außer Verhältnis zu den Verletzungskosten geraten, hierzu näher unten Kap. IV. A. 3. b).

<sup>2309</sup> Vgl. aber etwa die Untersuchung von *Bartelt*, Beschränkung des Schadensersatzumfangs durch das Übermaßverbot, aus dem Jahre 2004; *Bleckmann* JuS 1994, 177, 179 f.; zur Bedeutung der Verhältnismäßigkeit als Wertungsprinzip im Lauterkeitsrecht vgl. *Köhler* GRUR 1996, 82 ff.

<sup>2310</sup> Zu § 10 Abs. 1 UWG vgl. etwa Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; *Köhler* GRUR 2003, 265 f. (insb. zur Frage des Verschuldensmaßstabes): die legislatorische Schwierigkeit bestehe darin, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren; zur Diskussion bei der Schadensersatzberechnung im Immaterialgüterrecht insbesondere hinsichtlich des Verschuldensmaßstabes *Haedicke* GRUR 2005, 529, 534 f.; *Peukert/Kur* GRUR Int 2006, 292, 294; *Dörre/Maaßen* GRUR-RR 2008, 217, 218; v. *Ungern-Sternberg* FS Loewenheim 2009, S. 351, 364 sowie näher unten Kap. V. A. 2. a).

<sup>2311</sup> Vgl. bereits oben Kap. I. A. 1; Art. 3 Abs. 2 der *Enforcement-Richtlinie* zum Geistigen Eigentum (oben Fn. 10), ABl. Nr. L 195, S. 16, 20 sowie Art. 13 S. 2 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005 (oben Fn. 11), ABl. Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22, 31 sowie unten Kap. IV. B. 3.

einer Sanktion bedienen“ soll,<sup>2312</sup> der also zumindest nachgesagt wird, dass sie staatliche Aufgaben übernehme,<sup>2313</sup> fast auf der Hand.

### 1. Notwendiges Korrektiv des Durchsetzungsanliegens

Zur Klärung der Frage, ob die Ausgestaltung der Gewinnabschöpfung *de lege lata* oder eine alternative Formulierung *de lege ferenda* ihren Tatbestandsvoraussetzungen und Auskehrungsmodalitäten nach eine effektive, zugleich angemessene und keine der streitenden Parteien im Übermaß mit Risiken belastende oder bedenklicher Missbrauchsgefahr aussetzende Reaktion auf die konkrete Verletzungshandlung ermöglicht, sind ihre jeweiligen Strukturmerkmale in den Abwägungsvorgang einzubeziehen und zueinander ins Verhältnis zu setzen. In der Diskussion um die Auswirkungen zivilrechtlicher Haftungsvorschriften fehlt es insoweit oftmals an allgemeingültigen, terminologisch eindeutigen und objektiven Beurteilungsmaßstäben; so hat schon im Jahre 1974 *Steindorff* in seiner Untersuchung der Möglichkeiten für eine verbesserte – auch zivilrechtliche – Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht festgestellt: „Für das Verhältnis der Effektivität einerseits zu weiteren rechtlichen Gesichtspunkten andererseits bestehen keine klar vorgezeichneten Beurteilungsmaßstäbe.“<sup>2314</sup> Die Relevanz einer irgend gearteten Angemessenheitsprüfung für unmittelbar präventiv ausgerichtete Rechtsfolgen liegt auf der Hand, bedarf es doch eines Korrektivs für die zunächst einseitige Ausrichtung auf die Abschreckungswirkung gegenüber dem potentiellen Rechtsverletzer, das etwa bei der reinen Kompensation zumindest der Verletzungsfolgen an materiellen Gütern schon allein aufgrund der Begrenzung auf den Schadensausgleich nicht in selbem Maße erforderlich ist.<sup>2315</sup> Entsprechend spielen Verhältnismäßigkeitserwägungen für zivilrechtliche Rechts-

---

<sup>2312</sup> In diesem Sinne *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16.

<sup>2313</sup> Zur Vereinbarkeit des § 10 UWG mit dem Prinzip des Staatsvorbehalts und des staatlichen Strafmonopols vgl. zusammenfassend unten Kap. IV. E. 2. a) sowie ausführlich v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 138 ff., 142 ff. mit zahlr. Nachw.

<sup>2314</sup> *Steindorff* ZHR 138 (1974), 504, 505.

<sup>2315</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 3096, 3104 m.w.N. (zur Vollstreckbarkeit von *punitive damages*): Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit trage im Zivilrecht unter anderem der Kompensationsgedanke Rechnung.

folgen bisher vor allem im Bereich des unmittelbar auf Prävention zielenden negatorischen Rechtsschutzes eine Rolle.<sup>2316</sup>

Möglicherweise lässt sich vor allem mit der Unsicherheit, die sich aus dem insoweit fehlenden Prüfungsmaßstab eines gerechten Interessenausgleichs ergibt, die Vehemenz erklären, mit der in der Diskussion um neue Formen zivilrechtlicher Rechtsfolgen auf die Ursprünge und hergebrachte Dogmatik des deutschen Haftungsrechts verwiesen wird: Immerhin sind sie im Zivilrechtssystem regelmäßig die einzigen Garanten, die nach Bewährung in jahrzehntelanger Übung und Erfahrung dem Ausufern rechtspolitischer Tendenzen in die eine oder andere Richtung eine wirksame Begrenzung setzen können. Dieses Festhalten am Hergebrachten ist als Gewähr gegen rechtspolitisches Übermaß allerdings nur bedingt geeignet, birgt es doch vor allem die Gefahr, eine angemessene Reaktion auf sich verändernde ökonomische, gesellschaftliche und gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen zu verhindern oder zumindest erheblich zu verzögern. Insoweit ist zumindest neben der Prüfung ihrer dogmatischen Systemvereinbarkeit auch eine kritische Beleuchtung der Angemessenheit von zivilrechtlichen Haftungsnormen sinnvoll; dies gilt umso mehr, wenn wie im Fall des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG eine systematische Zuordnung zu herkömmlichen Haftungsarten scheitern muss.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird im Zusammenhang gerade mit wirtschaftsrechtlichen Sanktionen vor allem zum Schutz der Unternehmer ins Feld geführt.<sup>2317</sup> Dabei sollte allerdings stets berücksichtigt werden, dass auch das Lauterkeitsrecht einen sozialstaatlichen Auftrag<sup>2318</sup> hat und es diese Aufgabe nur

---

<sup>2316</sup> Vgl. Köhler GRUR 1996, 82 ff.; Dreier, Kompensation und Prävention, S. 459 f. m.w.N.

<sup>2317</sup> Vgl. Vollmer DB 1979, 2213, 2214.

<sup>2318</sup> Zur entsprechenden „sozialrechtlichen Auffassung“ des Wettbewerbsrechts insbesondere seit Hefermehl und ihren Konsequenzen für den Schutz von Gemeinwohlinteressen im UWG vgl. eingehend und m.w.N. Fezer in Fezer, UWG, § 1 Rn. 74 ff., § 3 Rn. 151.

erfüllen kann, wenn der Unternehmensschutz nicht überspannt wird.<sup>2319</sup> Angesichts der gültigen und sinnvollen rechtspolitischen Entscheidung, im UWG den Verbraucherschutz auch für einen effektiveren Wettbewerbsschutz zu stärken, sollte daher letztendlich nicht die Furcht vor einer Zuvielbelastung der Unternehmer dazu führen, dass grundsätzlich der Handlungsfreiheit des potentiell Zuwiderhandelnden Vorrang vor einer besseren Effektivität der Rechtsdurchsetzung und Wettbewerbskontrolle eingeräumt wird.<sup>2320</sup> Umgekehrt darf eine Nachbesserung des Gewinnabschöpfungsanspruchs *de lege ferenda* sich jedoch auch nicht ausschließlich an Effektivitätsgesichtspunkten aus Sicht der Rechtsdurchsetzung ausrichten.

## 2. Verhältnismäßigkeit und zivilrechtliches Übermaßverbot

Die Prüfung der Wirkungsweise, der Möglichkeiten und Grenzen<sup>2321</sup> eines Gewinnabschöpfungsanspruchs über die Systematik des Verhältnismäßigkeitsprinzips bietet sich daher an.<sup>2322</sup> Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist dabei wesentlich mehr als eine Anleihe aus fremdem Rechtsgebiet zur Konstruktion einer eigenen zivilrechtlichen Angemessenheitsprüfung. Der Staat wird im Rechtsverhältnis zwischen Anspruchsinhaber und Verletzer zwar nicht obrigkeitlich tätig, gibt aber ein Instrument an die Hand, das je nach seiner Ausgestaltung den Anspruchsgegner als Bürger empfindlich treffen kann.<sup>2323</sup> Als eine der zentralen rechtsstaatlichen Maximen im deutschen Verfassungsrecht,<sup>2324</sup> aber auch als

---

<sup>2319</sup> Dazu näher bereits *Vollmer* DB 1979, 2213, 2214.

<sup>2320</sup> Vgl. *Vollmer* DB 1979, 2213, 2214; hierauf verweist auch *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 84.

<sup>2321</sup> Zur Begrenzung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Rahmen ihrer Anwendung und Auslegung vgl. auch *Köhler* GRUR 1996, 82 ff.

<sup>2322</sup> Zum letztendlichen Ziel einer möglichst effektiven Geltung aller betroffenen Schutzgegenstände und Interessen im Sinne einer Art „praktischer Konkordanz“ vgl. oben Kap. I. E.

<sup>2323</sup> Zur Bindung des Zivilrechtsgebers an die Grundrechte und das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzips ausführlich und mit w.N. *Bartelt*, Beschränkung des Schadensersatzumfangs durch das Übermaßverbot, S. 165.

<sup>2324</sup> Über die genaue Herleitung des vom BVerfG (schon BVerfGE 3, 383, 399: „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und Mittel“; st. Rspr. seit BVerfGE 7, 377, 405, 407 f.; vgl. auch *Sachs* in *Sachs*, GG, Art. 20 Rn. 145 f. m.w.N.) als verfassungsrechtliches Prinzip herausgebildeten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird nach wie vor diskutiert; am häufigsten wird wohl eine Ableitung über das Rechtsstaatsprinzip vertreten, vgl. jew. m.w.N. *Sachs* in *Sachs*, GG, Art. 20 Rn. 146; *Schulze-Fielitz* in *Dreier*, GG, Bd. II, Art. 20 Rn. 179; *Bleckmann* JuS 1994, 177 ff.

## A. Verhältnismäßigkeit und Effektivität als Maßgaben

grundlegendes Prinzip des Gemeinschaftsrechts,<sup>2325</sup> ist dabei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (oder im engeren Sinne des Übermaßverbots<sup>2326</sup>) maßgebend nicht nur für das öffentliche und Strafrecht, sondern auch für das Zivilrecht; insoweit gilt er nicht im Rechtsverhältnis der Parteien als gleichgeordnete Rechtsträger, sondern mittelbar durch die Bindung von Rechtsprechung und Gesetzgebung als staatlicher Gewalt.<sup>2327</sup>

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt darüber hinaus nach dem Gebot der verfassungskonformen Auslegung als ein entscheidendes Wertungsprinzip auch für die Auslegung und Bewertung von privatrechtlichen Normen<sup>2328</sup> und wird entsprechend auch häufig argumentativ angeführt, wenn es um Wertungsdiskussionen gerade bei zivilrechtlichen Rechtsfolgen geht.<sup>2329</sup> In seinem Urteil zur Vollstreckbarkeit US-amerikanischer *punitive damages* etwa hat der BGH festgestellt, dass im Zivilrecht vor allem der Kompensationsgedanke dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung trage; so sei es regelmäßig allein der Ausgleich der durch den rechtswidrigen Eingriff gestörten Vermögensverhältnisse der unmittelbar Beteiligten das angemessene Ziel des über den Eingriff geführten Zivilprozesses.<sup>2330</sup> Auch die Frage der Verhältnismäßigkeit oder Angemessenheit der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung wird vielfach angesprochen: Die Gesetzesmaterialien begründen die Beschränkung der Anwendbarkeit von § 10 Abs. 1 UWG auf vorsätzliche Zuwiderhandlungen damit, dass „unangemessene“ Belastungen für die Wirtschaft zu vermeiden seien; im Übrigen sei mit Blick auf dessen „Sanktionscharakter“ eine Aktivlegitimation von Mitbe-

---

<sup>2325</sup> Zur Geltung im Gemeinschaftsrecht vgl. bereits EuGH Urt. v. 29.11.1956, Rs. 8/55 – *Fédéchar*, Slg. 1955-1956, 297, 311: „allgemein anerkannter Rechtssatz“; EuGH, Urt. v. 13.11.1990, Rs. C-331/88 – *Fedesa u.a.*, Slg. 1990, I – 4023, 4063; vgl. auch *Bleckmann* JuS 1994, 177; *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 92 m.w.N.

<sup>2326</sup> Nachw. bei *Schulze-Fielitz* in Dreier, GG, Bd. II, Art. 20 R. Nr. 179 Fn. 799.

<sup>2327</sup> Ausführlich *Bartelt*, Beschränkung des Schadensersatzumfangs durch das Übermaßverbot, S. 163 ff m.w.N.

<sup>2328</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1992, 3096, 3102, 3104; *Köhler* GRUR 1996, 82.

<sup>2329</sup> Für Beispiele gesetzlicher Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Zivilrecht s. *Köhler* GRUR 1996, 82 m.w.N.

<sup>2330</sup> BGH NJW 1992, 3096, 3104 m.w.N.; gegen eine Vergleichbarkeit von § 10 UWG mit dem Institut der *punitive damages* insoweit bereits v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 145 f.; vgl. noch unten Kap. IV. E. 2. c).

werben „nicht angemessen“.<sup>2331</sup> Mit Hinweis auf entsprechende Erwägungen des BGH zum Kompensationsprinzip als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Zivilrecht rügt *Wimmer-Leonhardt* die Gewinnabschöpfung als unverhältnismäßig;<sup>2332</sup> einen Verhältnismäßigkeitsverstoß auch wegen Verstoßes gegen den Grundsatz des *ne bis in idem* durch § 10 UWG sieht dagegen *Mönch*.<sup>2333</sup>

### 3. Verhältnismäßigkeit und ökonomische Perspektive

Neben einer verfassungsrechtlichen Herleitung als übergeordnetes Rechtsprinzip lässt sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung aber auch als eine Ableitung aus dem ökonomischen Prinzip im Recht verstehen und damit als Schlüsselbegriff juristisch-ökonomischer Zusammenhänge.<sup>2334</sup> Nach der ökonomischen Betrachtung ist Gerechtigkeit eine Funktion ökonomischer Effizienz bzw. Allokationseffizienz, die im besten Fall über den Markt hergestellt wird.<sup>2335</sup> Zumindest aber kann – gerade bei der Verwirklichung von Umverteilungszielen im Zivilrecht – eine ungenügende theoretische und empirische Analyse dazu führen, dass die entsprechenden Instrumentarien in der Anwendung dann zu ungewollten oder gar dem Gewünschten gegensätzlichen Effekten führen<sup>2336</sup> oder es an Wirksamkeit fehlen lassen. Auch der Gesetzgeber bedient sich im Übrigen einer wirtschaftlichen Sichtweise und ökonomischer Steuerungsmechanismen, wenn er Verstöße möglichst unrentabel machen möchte, um die Einhaltung und Beachtung der aufgestellten Verbote und Gebote im Regelungsbereich zu sichern; dies geschieht, wie *Alexander* feststellt, ganz im Sinne der Schaffung wirksamer Sanktionsmechanismen und stellt nicht etwa eine Herabwürdigung des Rechts zur „bloßen betriebswirtschaftlichen Kalkulationsgröße“ dar.<sup>2337</sup> Daher soll nun zum

---

<sup>2331</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; für eine Beschränkung des Tatbestandes in § 10 Abs. 1 UWG auf grob fahrlässige und vorsätzliche Verstöße im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch *Köhler* GRUR 2003, 265 f.

<sup>2332</sup> *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 17 f. mit Bezug auf BGH NJW 1992, 3096, 3102; dazu ausführlich v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 144 f.

<sup>2333</sup> *Mönch* ZIP 2004, 2032, 2038.

<sup>2334</sup> S. *Bizer*, Ökonomik der Verhältnismäßigkeitsprüfung, S. 2.

<sup>2335</sup> *Roschmann*, Ökonomisches Handlungsmodell, S. 111 ff. m.w.N.

<sup>2336</sup> *Adams*, Ökonomische Theorie, S. 16.

<sup>2337</sup> *Alexander* JZ 2006, 890, 894.



Abschluss dieser methodischen Vorüberlegungen aufgezeigt werden, in welchen Punkten und in welchen Grenzen Aspekte der ökonomischen Analyse und Verhältnismäßigkeitsabwägung für die folgenden Untersuchungsschritte ineinandergreifen können.<sup>2338</sup>

### a) Prävention und Anreizsysteme

Versteht man Recht als Regelung der Verantwortlichkeiten unter den Rechtssubjekten in der Weise, dass der gemeinsame Nutzen aller maximiert werde,<sup>2339</sup> so lässt sich auch die Präventionsfunktion von Haftungsnormen so beschreiben, dass allen Parteien Anreize zu richtigem Verhalten vermittelt werden sollen.<sup>2340</sup>

Die ökonomische Theorie ermöglicht damit eine Sicht auf die Rechtsordnung als ein Anreizsystem, in dem die Rechtssubjekte über autoritative rechtliche Anweisungen dadurch gelenkt werden, dass mit bestimmten Handlungen monetäre oder nichtmonetäre Nutzen und Kosten verbunden werden.<sup>2341</sup> Für das Deliktsrecht lässt sich das Verhalten des potentiellen Verletzers über die Anforderungen an dessen Sorgfalt steuern: Für den wirtschaftlich denkenden potentiellen Verletzer ist die Nicht-Verletzung eines Rechtsgutes nämlich solange ökonomisch effizienter<sup>2342</sup> als dessen Verletzung, wie die Kosten der Schadensverhütung geringer sind als diejenigen des Ausgleichs des Schadens bzw. die Summe der Vermeidungskosten und der doch eingetretenen Schäden ein Minimum erreicht.<sup>2343</sup>

Dieser These liegt die Annahme der modernen Handlungstheorien bzw. *Rational-Choice*-Theorien zugrunde, nach der das Individuum sein Handeln immer danach ausrichtet, seinen eigenen Nutzen zu mehren bzw. zu maximieren und es

---

<sup>2338</sup> Zum Spannungsverhältnis des komparativen Kriteriums „Effizienz“ aus der Ökonomie zu absoluten Begriffen wie „Wahrheit“ oder „Richtigkeit“ bei der Bewertung von Rechtsnormen s. aber die Nachw. etwa bei *Kahlert*, Datensicherheit, S. 111 ff.

<sup>2339</sup> Nachw. zum *Common Law* bei *Adams*, Ökonomische Theorie, S. 13 Fn. 5.

<sup>2340</sup> *Adams*, Ökonomische Theorie, S. 214.

<sup>2341</sup> Vgl. *Adams*, Ökonomische Theorie, S. 15.

<sup>2342</sup> Also in Abhängigkeit zum Aufwand günstiger. vgl. oben Kap. I. C.

<sup>2343</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 19.

hierfür aus den bestehenden Handlungsalternativen rational wählt.<sup>2344</sup> Während die Geeignetheit moderner, insbesondere utilitaristisch geprägter<sup>2345</sup> ökonomischer Theorien zur Erklärung oder Prognose von Handlungsmotiven und Folgerungen der Rechtssubjekte für einzelne Rechtsbereiche oder einzelne Gruppen von Normadressaten inzwischen wieder deutlich – und oft zu Recht – zur Debatte steht,<sup>2346</sup> lässt sich kaum ein besseres Beispiel des vor allem in wirtschaftlicher Hinsicht abwägenden *homo oeconomicus* denken als der Unternehmer, der sich für oder gegen den Einsatz eines Wettbewerbsinstruments entscheiden muss und hierzu Kosten und Nutzen hinsichtlich einer möglichen Rechtsverletzung und deren Folgen abwägt.<sup>2347</sup> Der Zuwiderhandelnde erzwingt durch die unlautere Wettbewerbshandlung im Zweifel einen Nutzentransfer aus dem Anreiz heraus, dass der Gewinn, von dem er erwarten kann, dass er ihm verbleibt, sich als höher darstellt als zu befürchtende Ersatzzahlungen oder andere aufgrund der Zuwiderhandlung zu leistende Zahlungen. Da in einem Großteil der Fälle von Zuwiderhandlungen mit negativen Auswirkungen im Bagatellbereich auf eine Vielzahl von Abnehmern ein Sanktions- bzw. Kompensationsdefizit bestehen wird, kommt es insoweit zu einer „statistischen Unterkompensation“ oder einem „defizitäre[n] *enforcement*“;<sup>2348</sup> dabei soll jede (auch faktische) schadensrechtliche Unterkompensation zu einer gestörten Anreizsituation und dadurch tenden-

---

<sup>2344</sup> Vgl. Roschmann, Ökonomisches Handlungsmodell, S. 38 f. m.w.N.

<sup>2345</sup> Zum „Nutzen“ als Schlüsselbegriff der *Rational-Choice*-Theorien vgl. Zusammenfassung und Nachw. bei Roschmann, Ökonomisches Handlungsmodell, S. 39 f.

<sup>2346</sup> Zur unter Juristen verbreiteten Sorge vor der Zugrundelegung eines zu schematischen Menschenbildes angesichts einer verbreitet als „irrational“ wahrgenommenen Natur des Menschen vgl. Adams, Ökonomische Theorie, S. 27; auch Dreier weist darauf hin, dass die ökonomische Analyse als nur *ein* Element der Richtigkeitskontrolle von Rechtsnormen anzusehen ist, Dreier, Kompensation und Prävention, S. 415 Fn. 4, S. 505; zur Frage der Umsetzbarkeit ökonomischer Befunde in das Recht schließlich auch Köndgen RabelsZ 56 (1992), 696, 736.

<sup>2347</sup> Ähnlich stellt Dreier fest, dass sich das Verhalten eines Normadressaten umso eher objektivieren lasse, je geneigter dieser sich zeige, rationales Verhalten an den Tag zu legen, wovon insbesondere im Fall einer vornehmlich auf Gewinnerzielung orientierten wirtschaftlichen Tätigkeit auszugehen sei, Dreier, Kompensation und Prävention, S. 130, und dass das ökonomische Modell zur Berücksichtigung bei der Gestaltung von Recht umso geeigneter sei, je mehr es allein um die Regelung an wirtschaftlichen Optimierungskriterien ausgerichteten Verhaltens gehe, Dreier a.a.O. S. 415 Fn. 4 m.w.N.; vgl. im Übrigen Alexander JZ 2006, 890, 894, der neben dem Unternehmer im allgemeinen Wettbewerb auch die Medien bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen als empfänglich für eine Steuerung über die Rentabilität des Verstoßes hält. Vernachlässigt werden insoweit bewusst die denkbaren Fälle, in denen Unternehmer aus nicht-wirtschaftlichen, etwa rein ethischen Beweggründen rechtstreuhandeln oder in denen der Unternehmer zwar eine Rechtsverletzung begeht, es ihm hierbei auf eine Gewinnerzielung allerdings gar nicht ankommt, der Gewinn vielmehr eher zufällige Nebenfolge der Verletzung ist, vgl. Köndgen RabelsZ 64 (2000), 661, 681.

<sup>2348</sup> Vgl. Köndgen RabelsZ 56 (1992), 696, 731.

ziell zu einem suboptimalen Vermeidungsaufwand seitens des potentiellen Rechtsverletzers führen.<sup>2349</sup>

## b) Vorsorgekosten und Verletzungskosten

Nach ökonomischen Grundsätzen findet die Effektivitätsmaximierung hinsichtlich der Prävention ihre Grenze dort, wo in der Gesamtbetrachtung zwischen Schadensvermeidungsaufwand und Schadenskosten ein Missverhältnis zu entstehen droht;<sup>2350</sup> dieses würde im Ergebnis zu Lasten der (gesamt-) ökonomischen Effizienz der betreffenden Regelung gehen, weil zumindest die Gefahr besteht, dass der Normadressat einen Vermeidungsaufwand betreibt, der durch den Erwartungswert des Schadens nicht mehr gerechtfertigt ist<sup>2351</sup> und hierdurch auch gewünschte Innovationen langfristig verhindert werden können. Diese deliktsrechtliche Perspektive geht allerdings von einem unmittelbaren Nutzen-transfer zwischen einem Rechtsverletzer und dem Inhaber des verletzten (Individual-) Rechts aus.<sup>2352</sup> Im Fall von Lauterkeitsrechtsverletzungen sind zwar in den meisten Fällen auch individuelle Rechtspositionen betroffen, der Verlust der verletzten Individualrechte – von Mitbewerbern und Abnehmern – lässt sich allerdings kaum beziffern,<sup>2353</sup> hierin liegt schließlich der Grund für die nur geringe praktische Bedeutung, die der lauterkeitsrechtliche Schadensersatzanspruch – von der Ausnahme des ergänzenden Leistungsschutzes abgesehen – bis heute hat.<sup>2354</sup> Auch der Grad der Schwächung des Marktes und seiner Allokationsfunktion<sup>2355</sup> lässt sich schwerlich berechnen. Vor allem dürfte es unmöglich sein, die Vielzahl an unter den Gewinnabschöpfungsanspruch subsumierbaren Fall-

<sup>2349</sup> Vgl. *Köndgen* RabelsZ 56 (1992), 696, 722.

<sup>2350</sup> Vgl. dazu eingehend *Ott/Schäfer* ZIP 1986, 613, 618 ff.

<sup>2351</sup> *Ott/Schäfer* ZIP 1986, 613, 619; *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 681 m.w.N.

<sup>2352</sup> Vgl. *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 681.

<sup>2353</sup> Vgl. etwa *Kemper*, Beweisprobleme im Wettbewerbsrecht, S. 139 f.

<sup>2354</sup> Dazu bereits *Teplitzky* GRUR 1987, 215 ff.

<sup>2355</sup> *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 682.

gruppen insbesondere hinsichtlich ihrer Allokationseffekte ökonomisch einheitlich zu erfassen.<sup>2356</sup>

Will man die Gewinnabschöpfung über ein „Gebot der Verteilungsgerechtigkeit“<sup>2357</sup> hinaus aber zu echter Verhaltenssteuerung effektiv und effizient einsetzen, müssen für eine ökonomische Abwägung des Präventionsniveaus an die Stelle der Schadenskosten schlicht die Verletzungskosten treten, also die Kosten, die der Zuwiderhandelnde bei einer Rechtsverletzung zu gewärtigen hat: Der „Erwartungswert der Sanktion“ muss höher sein als die „(Opportunitäts-) Kosten des rechtmäßigen Alternativverhaltens“ oder schlicht die „Auslassung (...) der Gewinnchance“.<sup>2358</sup> Und wie im Immaterialgüterrecht im Sinne des Innovationsschutzes eine Überbetonung des Güterschutzes<sup>2359</sup> oder gar eine „Überabschreckung“ („*overdeterrence*“)<sup>2360</sup> zu vermeiden ist, dürfen auch im Bereich des Lauterkeitsrechts die Vorsorgekosten für den Marktteilnehmer nicht so in die Höhe getrieben werden, dass Innovation, Kreativität und Freiheit im Wettbewerb unangemessen beeinträchtigt würden.<sup>2361</sup>

### c) Grenzen der ökonomischen Betrachtung

In Fortgang dieser Untersuchung wird nicht nur die Gewinnabschöpfung *de lege lata* nach Wirksamkeits- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten bewertet, es werden im Anschluss auch Änderungsvorschläge hinsichtlich einer Gewinnabschöpfung *de lege ferenda* in eine Mittel/Zweck-Relation gesetzt. Sowohl die Untersuchung der Auswirkungen gesetzten Rechts als auch die der optimalen

---

<sup>2356</sup> Es sei aber hingewiesen auf die instruktive Kurzanalyse zu mikro- und makroökonomischen Faktoren bei der Entstehung von Streuschädigungen und zu deren negativen wirtschaftlichen Auswirkungen auf sämtliche Marktbeteiligte und den Markt als solchen bei *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 21 ff.

<sup>2357</sup> *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 681.

<sup>2358</sup> *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 684.

<sup>2359</sup> Mit der Folge einer „Unternutzung“, *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 503 f. m.w.N.

<sup>2360</sup> Dazu *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 681, 691 m.w.N.; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 282; *Haedicke* GRUR 2005, 529, 535.

<sup>2361</sup> Zu den Konsequenzen der Berücksichtigung der Vorsorgeaufwandes beim Zuwiderhandelnden insbesondere für die Bestimmung des der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung angemessenen Verschuldensmaßstabes vgl. unten ab Kap. V. A. 2. b).

Beschaffenheit einer Rechtsstruktur sind dabei von der Systematik der ökonomischen Analyse des Rechts grundsätzlich umfasst.<sup>2362</sup> Die rechtlich-ökonomische Analyse als solche beschränkt sich allerdings bei weitem nicht auf die hier behandelte Frage der Verhaltenssteuerung bei (potentiellen) Delinquenten und insbesondere nicht auf die Herstellung einer günstigen Mittel/Zweck-Relation auf der Mikroebene. Vielmehr geht es ihr im weiteren Sinne um die Frage des Gesamtnutzens einer Konstellation in Hinblick auf die Allokation knapper Ressourcen; dabei ist das Ziel der Analyse die Erreichung von Effizienz und nicht – wie im Rahmen dieser Untersuchung – eine Frage optimaler „Wirtschaftlichkeit“ in Bezug auf ein vorgegebenes (Norm-) Ziel.<sup>2363</sup> Unter Umständen kann die ökonomische Analyse zu dem Ergebnis führen, dass bestimmte Rechtsverletzungen („effiziente“ Delikte, etwa wenn der gesamtökonomische oder der Vorteil des Täters den verursachten Nachteil deutlich übersteigt) im Rahmen einer optimalen Bekämpfungsstrategie als Teil der optimalen Ressourcenallokation im besten Fall nicht im Sinne der Abschreckung geahndet werden sollen und etwa eine vollständige Rechtsdurchsetzung als nicht effizient angesehen wird.<sup>2364</sup> So wird zum Beispiel für das US-amerikanische Kartellrecht immer wieder einmal bezweifelt, ob die durch die großen Schadensersatzprozesse verursachten Belastungen und Sozialkosten in einem angemessenen Verhältnis zu ihrem Erfolg stehen.<sup>2365</sup>

Im Recht des Güterschutzes stellt sich Prävention unter dem Gesichtspunkt einer optimalen Allokation knapper Ressourcen betrachtet (nur) dann als sinnvoll dar, wenn die Summe des zur Vermeidung von Schäden betriebenen Aufwandes und der dennoch wahrscheinlich eintretenden Schäden ein Minimum erreicht.<sup>2366</sup>

---

<sup>2362</sup> Vgl. nur *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 10.

<sup>2363</sup> Zu dieser Abgrenzung des wohlfahrtsökonomischen Effizienzbegriffs vom reinen Wirtschaftlichkeitsmaßstab vgl. nur *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 56 f. m.w.N.

<sup>2364</sup> Vgl. hierzu instruktiv und mit zahlreichen Nachw. auf die zugrundeliegenden Theorien insbesondere *Beckers* und *Stiglitz* die Zusammenfassung bei *Hempel*, Privater Rechtsschutz, S. 257 f.

<sup>2365</sup> Vgl. etwa schon *Steindorff* ZHR 138 (1974), 504, 514, 519 ff.

<sup>2366</sup> Vgl. *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 129 f.; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 502.

Diese Grundsätze müssen für das Lauterkeitsrecht zunächst ebenso gelten, ihre Anwendung ist aber durch die oft problematische Bezifferbarkeit der sozialen und wirtschaftlichen Schäden erschwert. Es lassen sich wegen der Nicht-Bindung des lauterkeitsrechtlichen Sonderdeliktsrechts an eigentumsähnliche Individualrechte und der Vielzahl an denkbaren Fallgruppen die (sozialen) Kosten eines Lauterkeitsverstößes ebenso wenig monetär-konkret bestimmen wie der soziale und wirtschaftliche Nutzen etwa der Rechtsdurchsetzung des Verbraucherschutzes; der Zugang zur Prüfung der Allokationseffizienz ist damit erschwert.<sup>2367</sup> Dies gilt insbesondere für solche Fallgruppen, in denen der rechtswidrige Vorteil ohne unmittelbare Ausbeutung eines fremden Vermögensrechts erzielt wird.<sup>2368</sup> Die übergeordneten Fragen der optimalen Rechtsdurchsetzung im Sinne der Wohlfahrtsökonomik<sup>2369</sup> müssen in der vorliegenden Untersuchung bereits deshalb unbeantwortet bleiben, da es im Lauterkeitsrecht – anders als für das Kartellrecht als einer der Grundanwendungsbereiche der ökonomischen Analyse<sup>2370</sup> – soweit ersichtlich auch an einem entsprechenden theoretischen Fundament im Sinne der ökonomischen Analyse fehlt. Eine echte ökonomische Effizienzanalyse würde in diesem Zusammenhang insbesondere eine ökonomische Standortbestimmung des Verbraucherschutzes im heutigen UWG erfordern, die für unterschiedliche Fallgruppen und Unlauterkeitstatbestände unterschiedlich ausfallen kann.<sup>2371</sup>

---

<sup>2367</sup> Es sei hier jedoch nochmals verwiesen auf die Kurzanalyse zu mikro- und makroökonomischen Faktoren bei der Entstehung von Streuschädigungen bei *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 21 ff.

<sup>2368</sup> Hierzu und für Nachw. zum Begriff der „*socially illicit gains*“ nach *Polinsky* und *Shavell* vgl. *Köndgen* *RabelsZ* 64 (2000), 661, 682.

<sup>2369</sup> Zum wohlfahrtsökonomischen Effizienzziel vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 41 ff. m.w.N.

<sup>2370</sup> Vgl. *Hempel*, Privater Rechtsschutz, S. 257 m.w.N.

<sup>2371</sup> Soweit ersichtlich sind hier vertiefte Untersuchungen insbesondere unter dem Aspekt der Informationsökonomie vorgenommen worden, vgl. etwa zur Informationsökonomie im Wettbewerbs- und Kennzeichenrecht bereits *Van den Bergh/Lehmann* *GRUR Int* 1992, 558 ff.; *Menke* *GRUR* 1993, 718 ff.; *Drexler*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung, S. 193 ff. m.w.N.; vgl. ausführlich zu einem verhaltensökonomischen Ansatz *Leistner* *ZGE/IPJ* 1 (2009), 3, 5 ff.

Da sich diese Untersuchung also nicht als eine umfassende ökonomische Analyse lauterkeitsrechtlicher Gewinnabschöpfung versteht,<sup>2372</sup> sondern in erster Linie die mikroökonomische Ebene der optimalen Verhaltenssteuerung potentieller Rechtsverletzer im Blick hat, werden die ökonomischen Gesichtspunkte nur im letztgenannten, engen Zusammenhang herangezogen: Als „erste wichtige Säule“<sup>2373</sup> der ökonomischen Analyse des Rechts kann das ökonomische Verhaltensmodell Aufschlüsse zur wirksamen Verhaltenssteuerung und zu gewissen Grenzen der Verhaltenssteuerung durch ökonomische Effizienzaspekte geben; eine weitere Bewertung dieser Ergebnisse anhand der Maßstäbe der Wohlfahrtsökonomik findet im Rahmen dieser Untersuchung aus den genannten Gründen nicht statt. Und selbst hinsichtlich der Verhaltenssteuerung kann, wie unten noch gezeigt werden wird, der ökonomische Ansatz für einzelne Aspekte der weiteren Untersuchung nur eingeschränkt nutzbar gemacht werden. Wo es nämlich um Fragen der Verhaltenssteuerung bzw. Anreizsetzung beim Aktivlegitimierten, also bei den anspruchsdurchsetzenden Verbänden geht, führen die Erkenntnisse über die Normrezeption des *homo oeconomicus* nicht allzu weit.<sup>2374</sup>

### 4. Zusammenfassung und weiterer Gang der Untersuchung

Eine lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung sollte effektiv sein und zugleich weder für den Aktivlegitimierten noch – vor allem – für den Anspruchsgegner zu unangemessenen Belastungen führen. Die Norm wird daher im Folgenden sowohl *de lege lata* als auch hinsichtlich noch zu besprechender Änderungsvorschläge *de lege ferenda* auf ihre Wirksamkeit, aber auch auf ihre Verhältnismäßigkeit hin untersucht werden. Die im vorangegangenen Abschnitt vorgenommene genaue Bestimmung der wesentlichen Anspruchparameter sowie der Gewichtung der Normzwecke der Gewinnabschöpfung bildet dabei die erforderliche Grundlage für die Bewertung ihrer tatsächlichen Normwirkung – insbeson-

---

<sup>2372</sup> Vgl. allerdings zur Notwendigkeit einer vertieften ökonomischen Effizienzüberprüfung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung noch unten Kap. V. B. 3.

<sup>2373</sup> Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 28.

<sup>2374</sup> Dazu vgl. unten Kap. V. A. 5. a).

dere hinsichtlich des Vorwurfs der „Pönalität“, aber auch der mangelnden Effektivität – und damit letztlich für eine Geeignetheits- und Angemessenheitsprüfung des heutigen Tatbestandes des § 10 UWG.

In Anlehnung an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird daher zunächst in drei Schritten untersucht werden, ob die mit den Ansprüchen verbundene Beeinträchtigung der Anspruchsgegner im Hinblick auf das vom Gesetzgeber verfolgte – und, wie unmittelbar im Anschluss zunächst dargelegt wird: legitime – Normziel geeignet, erforderlich und auch unter Berücksichtigung anderer relevanten Interessen und Wertungen verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Bei der sich anschließenden Überprüfung denkbarer Änderungsansätze werden sich sowohl Eingriffsintensität als auch Effektivität des Anspruchs etwa je nachdem verschieben, ob der Anspruch schon durch Fahrlässigkeit oder erst durch Vorsatz des Verletzers ausgelöst wird, oder ob der abzuschöpfende Gewinn einem strengen Kausalzusammenhang mit der unlauteren Handlung unterliegt oder nicht. Hierbei werden – gleichsam zur Feinjustierung der wesentlichen tatbestandlichen Stellschrauben – die problematischen Tatbestandselemente stets in ihren Wechselbeziehungen untereinander zu betrachten sein. Im Rahmen der weiteren Abwägung ist auch der Unterschied zu beachten, der sich daraus ergibt, ob der Schutzzweck des Verletzungstatbestandes sich wie bei der dritten Schadensberechnung auf ein Immaterialgut oder eine reine Verhaltensanordnung zum Schutz abstrakter Rechtsgüter bezieht und ob er etwa ein besonders stark ausgeprägtes Durchsetzungsdefizit kompensieren soll. Auf eine echte verfassungsrechtliche Überprüfung der Gewinnabschöpfung *de lege lata* und *de lege ferenda* unter Herausarbeitung einzelner Grundrechtspositionen wird in dieser Arbeit allerdings verzichtet. Denn je nach Fallgestaltung können ganz unterschiedliche Grundrechte, man denke nur an Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 GG, auf Seiten der beeinträchtigten Abnehmer, der Aktivlegitimierten und des Zuwiderhandelnden in ganz unterschiedlicher Schwere betroffen sein; dies lässt



sich abstrakt-generell nicht vorwegnehmen<sup>2375</sup> und würde vielmehr einen ganz neuen Untersuchungsgegenstand eröffnen.

Die rechtsökonomische Perspektive verspricht im weiteren Verlauf der Untersuchung einiges an zusätzlichem Erkenntnisgewinn gerade in der Frage nach der Wirksamkeit, aber auch nach der Angemessenheit einer lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsregelung beizutragen; denn ihrem Effizienzbegriff ist ein Übermaßverbot in gewisser Weise immanent. Letztendlich kann es nicht nur einseitig darauf ankommen, dass bei zukünftigen Regelungsanstrengungen die aus ökonomischer Sicht erforderlichen Anpassungen vorgenommen werden, sondern es ist auch sinnvoll, die ökonomischen Postulate wo möglich „in anerkannte juristisch-dogmatische Denkfiguren zurückzuübersetzen“.<sup>2376</sup> Dies kann im vorliegenden Fall wiederum durch die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips – als des „ökonomischsten“ aller juristischen Grundsätze<sup>2377</sup> – geschehen.

---

<sup>2375</sup> Zu einem entsprechenden Schluss kommt auch *Bartelt* bei seiner Überprüfung der Schadensersatzpflicht nach § 249 Abs. 1 BGB anhand des Übermaßverbots, *Bartelt*, Beschränkung des Schadensersatzumfangs durch das Übermaßverbot, S. 193.

<sup>2376</sup> *Köndgen* *RabelsZ* 56 (1992), 696, 736 f. m.w.N.

<sup>2377</sup> Vgl. *Kleinewefers* FS Schürmann 1987, S. 83, 92: Verhältnismäßigkeit als der „ökonomischste aller juristischen Begriffe“ und als „potentielles Scharnier“ zwischen Rechts- und Wirtschaftswissenschaft.

**B. Legitimer Normzweck und weitere relevante Interessen**

Vor der Untersuchung der Wirksamkeit und Angemessenheit der Gewinnabschöpfung sollen zunächst noch einmal der legitime Normzweck als Ausgangspunkt jeder Abwägung sowie anschließend die wesentlichen daneben zu berücksichtigenden Schutzgüter und schützenswerten Interessen zusammenfassend dargestellt werden.

**1. Prävention als führender Normzweck**

Der Gewinnabschöpfungsanspruch soll der Prävention dienen, indem er (potentielle) Rechtsverletzer von solchen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften der §§ 3, 7 UWG abhält, die ihm zuvor mangels effektiver und angemessener rechtlicher Reaktion als lukrativ erscheinen konnten.<sup>2378</sup> Anders als etwa die Herausgabe des Verletzergewinns<sup>2379</sup> ist § 10 UWG damit schon unmittelbar auf Negativprävention ausgerichtet und dient nicht in erster Linie der Kompensation<sup>2380</sup> – womöglich bedient er allerdings auch einen gewissen Kompensationszweck insoweit, als man mit *Dreier* der Kompensation über den Ausgleich der dem Verletzten verletzungsbedingt entstandenen Vermögensnachteile hinaus auch die Rückgängigmachung verletzungsbedingter Vermögensvorteile auf Seiten des Verletzers, „mit anderen Worten die Korrektur der Verletzungsfolgen schlechthin“ zurechnen kann.<sup>2381</sup> Der Anspruch soll jedenfalls dort wirken, wo der Markt und herkömmliche Rechtsdurchsetzungsinstrumentarien als Korrektiv von Unlauterkeit versagen. Zur Schließung der dann entstehenden Durchsetzungslücke zielt § 10 UWG auf „wirksame Abschreckung“.<sup>2382</sup>

---

<sup>2378</sup> Vgl. ausführlich oben ab Kap. III. A. 4. c).

<sup>2379</sup> Beachte allerdings die Ansicht von *Lehmann* GRUR Int 2004, 762, 765: „Schadensersatzansprüche als Sanktion gegen die Verletzung des geistigen und gewerblichen Eigentums dienen gleichermaßen der Kompensation und der Prävention, ohne dass dabei von einem Haupt- und Nebenzweck ausgegangen werden sollte.“ Folglich seien Schadensersatzansprüche in einer „Rechtsfortentwicklung unseres zivilrechtlichen Sanktionssystems“ schon dann zu eröffnen, wenn sie sich primär aus Präventionsüberlegungen ergäben.

<sup>2380</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24: „Der Anspruch dient demnach weniger dem Interessenausgleich sondern vielmehr einer wirksamen Abschreckung.“

<sup>2381</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 16.

<sup>2382</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; zust. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 72.

Diesen Präventionszweck verfolgt der Gesetzgeber hier in Form einer privatrechtlich ausgestalteten Sanktion, die allein auf die Abschöpfung des Unlauterkeitsgewinns gerichtet ist. Die Abschöpfung ist also nicht Selbstzweck,<sup>2383</sup> sondern dient positiv-präventiv der Normbestätigung und vermögensordnenden Zielen und negativ-präventiv der Abschreckung, neutral formuliert der Verhaltenssteuerung: Unlauterer Wettbewerb, der Verbraucher übervorteilt, soll sich nicht (mehr) lohnen.<sup>2384</sup>

## 2. Legitimität und Reichweite des Präventionsziels

Wo strukturell bedingte Sanktionsdefizite bestehen, ist deren Verringerung nur durch eine Stärkung des Präventionsgedankens möglich.<sup>2385</sup> Tatsächlich dürfte heute, insbesondere unter Berücksichtigung der oben vergleichsweise dargestellten Rechtsfolgen bei der Verletzung von Urheberrechten, gewerblichen Schutzrechten und Persönlichkeitsrechten, das Bestehen und die Legitimität general- und spezialpräventiver, auch negativpräventiver Elemente im deutschen Zivilrecht kaum noch in Zweifel zu ziehen sein.<sup>2386</sup>

### a) Bestehende präventionsausgerichtete Ansprüche

Zunächst ist es wirtschaftlich betrachtet grundsätzlich sinnvoller, schädigende Verhaltensfolgen bereits im Vorfeld zu verhindern, als deren Folgen auszugleichen, die grundsätzlich in der Vernichtung (wirtschaftlicher) Werte bestehen.<sup>2387</sup> Während allerdings der herkömmliche Schadensersatzanspruch seine Präventionswirkung quasi als Nebenprodukt entfaltet, bedarf für die wohl überwiegende Meinung in der Literatur eine über eine solche mittelbare Wirkung hinausge-

---

<sup>2383</sup> Vgl. aber *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 109.

<sup>2384</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 13.

<sup>2385</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 287; zust. *Lehmann* GRUR Int 2004, 762, 765; ähnlich i.E. *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 685.

<sup>2386</sup> Vgl. hierzu bereits die allgemeinen Nachw. oben unter Fn. 54 sowie – jeweils m.w.N. – zur Diskussion um § 10 UWG nur *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 73 ff.; ausführlich v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 116 ff.; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 163; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 63.

<sup>2387</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 415.

hende Ausrichtung eines zivilrechtlichen und nicht rein negatorischen Anspruchs an vor allem präventiven Gesichtspunkten nach wie vor einer gesonderten Rechtfertigung.<sup>2388</sup>

Für den Bereich der körperlichen Güter etwa kann das zur Erfüllung des Ausgleichszwecks erforderliche Vermögensopfer gemessen am Wert des verletzten Guts regelmäßig als groß genug angesehen werden, um auch die präventiven Nebenzwecke der Schadensersatzpflicht hinreichend zu sichern,

während gerade im Bereich der Immaterialgüterrechte schon seit langem eine Störung dieses „Gleichklangs“ diagnostiziert wurde.<sup>2389</sup> Der Berücksichtigung der Prävention soll es nach *Dreier* auch hier immer dann und in genau dem Maß bedürfen, in dem die Integrität des potentiell verletzten Rechts bzw. die Beeinträchtigung des geschützten Gutes höher bewertet wird als die Handlungsfreiheit Dritter, die diese Integrität möglicherweise verletzen, und soweit überhaupt die Möglichkeit besteht, durch Androhung der präventiven Maßnahme auf das Verhalten potentieller Verletzer einzuwirken.<sup>2390</sup> Für die Immaterialgüterrechte hat die Rechtsprechung inzwischen die notwendigen „evolutiven Fenster und Türen“ der Schadensersatzweiterentwicklung in gewisser Weise geöffnet.<sup>2391</sup> Damit ist heute gerade für die unter Umständen überkompensatorisch wirkende dreifache Schadensberechnung die Legitimität präventiver Elemente aufgrund einer besonderen Schutzwürdigkeit und Verletzbarkeit der in Rede stehenden Rechtsgüter größtenteils Konsens.<sup>2392</sup> Auch die persönlichkeitsrechtliche Recht-

---

<sup>2388</sup> Außer der folgenden Kurzzusammenfassung soll die Frage der grundsätzlichen Legitimität (auch) präventiver und womöglich gar strafender Zwecke im System des deutschen Zivilrechts in dieser Untersuchung nicht mehr erörtert werden. Vgl. hierzu nur *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 135 ff., 145 ff.; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 116 ff.; zum Immaterialgüterrecht und Persönlichkeitsrechtsschutz *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 346 ff., 413 ff., jew. m.w.N.

<sup>2389</sup> *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 269 m.w.N.

<sup>2390</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 347.

<sup>2391</sup> So *Lehmann* GRUR Int 2004, 762, 765, der hierdurch nicht nur „bereits jetzt und heute frische Luft in die reichlich verstaubten Räume der Schadensersatz-Kompensationsdogmatik eindringen“ sieht, sondern auch die Zeit für einen normativen Schadensbegriff moderner Prägung neben dem natürlichen Schadensbegriff für reif hält, der den Spezifika des Schutzes des geistigen und gewerblichen Eigentums angemessen sei.

<sup>2392</sup> S. dazu vor allem BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*; zur Rechtfertigung auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 505 ff.; krit. allerdings insoweit etwa *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 282 ff.

sprechung zur Geldentschädigung seit der *Caroline-von-Monaco*- Entscheidung, die GEMA-Pauschale und die Regelung des § 611a Abs. 2 BGB werden als Argumente einer zunehmenden Betonung präventiver Gesichtspunkte im Zivilrecht immer wieder angeführt;<sup>2393</sup> neuerdings wird hierfür insbesondere im Schadensersatzrecht auch die allerdings nicht unumstrittene und tatsächlich sehr problematische Regelung des § 33 Abs. 3 S. 3 GWB genannt.<sup>2394</sup>

## b) Präventionsbedürfnis im Lauterkeitsrecht

Das Bedürfnis nach einem präventiven Instrument gegen Fälle von Streuschäden im Lauterkeitsrecht ergibt sich konkret aus dem Ausfall derjenigen Präventivwirkung, die von einer umfassenden individualrechtlichen Rechtsdurchsetzung ausgehen würde. Die Gewinnabschöpfung „simuliert“ im Übrigen „die Auslesefunktion des Wettbewerbs“, indem sie Zuwiderhandlungen „unrentabel“ macht, wo der Markt dies nicht tut – wettbewerbswidrige Praktiken werden also „schlicht verteuert“.<sup>2395</sup>

Das Ziel einer Regulierung von Kompensationsausfällen durch § 10 Abs. 1 UWG ist wie bereits erläutert kein Selbstzweck. Vielmehr entfällt mit dem Risiko einer Inanspruchnahme durch geschädigte Abnehmer oder Wettbewerber für den Rechtsverletzer auch die von einer solchen zumindest faktisch ausgehende präventive Wirkung.<sup>2396</sup> Die Notwendigkeit eines zusätzlichen Präventionsinstruments kann dabei kaum bestritten werden, da die lauterkeitsrechtlichen Strafvorschriften<sup>2397</sup> sowie der negatorische Rechtsschutz<sup>2398</sup> zwar präventiv

---

<sup>2393</sup> Vgl. nur ausführlich v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 124; *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 106 f.; krit. zur Anwendung der dritten Schadensberechnungsmethode aus Präventionszwecken bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen *Wagner* GRUR 2000, 717, 719.

<sup>2394</sup> *Bechtold/Buntscheck* NJW 2005, 2966, 2969; dem folgend *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 100; vgl. zu § 33 Abs. 3 S. 3 GWB bereits oben Kap. II. B. 2.

<sup>2395</sup> *Alexander* JZ 2006, 890, 894.

<sup>2396</sup> Zum Ganzen sei noch einmal verwiesen auf oben Kap. III. A. 4. c) (1).

<sup>2397</sup> Dazu *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 82 ff.; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 107 f.; zur vergleichbaren Situation im Immaterialgüterrecht und Persönlichkeitsrechtsschutz *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 523 ff.

ausgerichtet sind, in der wettbewerbsrechtlichen Praxis aber nur begrenzt präventiv wirken.<sup>2399</sup> Hinzu kommt, dass im Lauterkeitsrecht mit seinen vornehmlich verhaltensbezogenen Regelungen bereits vor der UWG-Reform ein generelles Zurücktreten der kompensatorischen (dies gilt insbesondere mit Hinblick auf die vergleichsweise geringe Relevanz des Schadensersatzanspruchs aus § 9 S. 1 UWG) gegenüber präventiven Zwecken dienenden Rechtsfolgen festzustellen war.<sup>2400</sup> Insofern besteht durchaus eine gewisse Vergleichbarkeit der lauterkeitsrechtlichen Situation mit den Wertungen des Gesetzgebers und der richterlichen Rechtsfortbildung im Falle von Immaterialgutsverletzungen, wo durch eine Betonung der Prävention einer Art „Kompensationsausfall“ entgegen gewirkt werden soll. Die im vorangegangenen Abschnitt vergleichsweise untersuchten Rechtsfiguren sind damit bei aller unterschiedlicher Ausgestaltung abstrakt auf dieselben Ausgangsparameter zurückführen, nämlich auf ein sich aus den Besonderheiten der Materie ergebendes Kompensationsdefizit, in dessen Folge die starke Betonung des Präventionsgedankens sowie im Ergebnis die Inkaufnahme einer Überkompensation zu Lasten des Rechtsverletzers. Das stete Spannungsfeld von Kompensationsausfall, Präventionsbedarf und zumindest potentieller Überkompensation ist sozusagen die gemeinsame Basis der Gewinnherausgabeansprüche.

### **c) Keine engeren Grenzen legitimer Prävention bei reinen Verhaltensanordnungen**

Der Abschreckungs- und Abschöpfungszweck des § 10 UWG soll zunächst nur so weit gehen, als nicht bereits andere Instrumentarien eine entsprechende Präventivwirkung hinsichtlich desselben Lauterkeitsverstoßes entfalten. Dies ergibt sich neben dem Wortlaut der Gesetzesbegründung vor allem aus der Anrech-

---

<sup>2398</sup> Vgl. dazu *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 51 ff.; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 4; *Schricker* GRUR 1979, 1, 2 f.; zur Prävention durch negatorischen Rechtsschutz ausführlich *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 20 f.

<sup>2399</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2400</sup> Vgl. etwa *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 488; *Teplitzky* GRUR 1987, 215 ff.; krit. hierzu *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 179.

nungsregelung des § 10 Abs. 2 UWG.<sup>2401</sup> Es ist allerdings zu fragen, ob das Präventionsziel der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung – abgesehen von den im Anschluss zu behandelnden Fragen eines angemessenen Interessenausgleichs und der Angemessenheit hinsichtlich der verhaltenssteuernden Wirkung – nicht noch weiteren, besonderen Einschränkungen unterliegen muss.

Dies könnte sich aus der relativen Natur des lauterkeitsrechtlichen Schutzes ergeben. Der Satz, dass sich unlauterer Wettbewerb nicht lohnen soll, könnte im Sinne eines echten Präventionsbedürfnisses nach einer ökonomischen Betrachtungsweise womöglich nur dort gelten, wo durch die Zuwiderhandlung ein Nutzentransfer zu Lasten anderer Marktbeteiligter zu erwarten ist,<sup>2402</sup> wie auch bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten der Präventionsbedarf nur insoweit angenommen wird, als die Integrität des potentiell verletzten Rechts bzw. die Beeinträchtigung des geschützten Gutes höher bewertet wird als die Handlungsfreiheit Dritter, die diese Integrität möglicherweise verletzen.<sup>2403</sup> Nun lässt sich ein wie immer gearteter Nutzentransfer im Falle der Verletzung von Verhaltensnormen oft nicht konkret feststellen und bemessen. Womöglich rechtfertigt die Gesetzesbegründung und ihr folgend *Köhler* den Präventionszweck des § 10 UWG aus diesem Grund mit der Ahndung gerade von „besonders gefährlichen“, vorsätzlichen unlauteren Handlungen „mit Breitenwirkung, die tendenziell eine größere Anzahl von Abnehmern betreffen können“.<sup>2404</sup> In solchen Fällen ist nämlich schon auf den ersten Blick von einem ungewollten Nutzentransfer einigermaßen sicher auszugehen. Nach anderer Ansicht rechtfertigt sich die Prävention aber schon aus dem Geltungsanspruch der Rechtsordnung, wenn wettbewerbsimmanente Mechanismen lauterkeitswidriges Verhalten „belohnen“.<sup>2405</sup>

---

<sup>2401</sup> Dazu oben Kap. III. E. 8. b); vergleiche zur Nachrangigkeit unmittelbar verhaltenssteuernd ausgerichteter Rechtsfolgen gegenüber bestehenden, bereits hinreichenden Rechtsschutz vermittelnden Rechtsfolgen bereits *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 352.

<sup>2402</sup> Ähnlich für die Prävention bei vorsätzlichem Vertragsbruch *Köndgen* *RabelsZ* 56 (1992), 696, 730.

<sup>2403</sup> *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 347.

<sup>2404</sup> Vgl. *Begr. RegE UWG*, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, *UWG*, § 10 Rn. 3.

<sup>2405</sup> *Alexander* *JZ* 2006, 890, 894.

Tatsächlich kommt gerade im Lauterkeitsrecht dem überindividuellen Verkehrsschutz eine besondere Bedeutung zu; letzterer erfordert über die *ex-post*-Korrektur der Folgen einer bereits eingetretenen, individuellen Rechtsverletzung hinaus immer auch die „*ex-ante*-Berücksichtigung und die einem überindividuellen Ordnungsinteresse verpflichtete Steuerung des Verhaltens (potentieller) (Nicht-) Verletzer“.<sup>2406</sup> Wo der Gesetzgeber eine Verhaltensanordnung getroffen hat, muss er diese auch mit entsprechenden Durchsetzungsinstrumentarien versehen. Verlässt er sich hierzu allein auf herkömmliche Kompensationsansprüche, so führt dies dort zu ernsthaften Durchsetzungsdefiziten, wo der Verletzer die Gefahr eines möglichen Kompensationsbegehrens in Kauf nimmt, da sein Nutzen sowohl den konkret entstandenen Schaden des Verletzten als auch einen potentiellen mit legalen Mitteln erwirtschafteten Gewinn übersteigt; zumal in den Fällen, in denen er gute Aussichten hat, mit seiner Verletzungshandlung unentdeckt zu bleiben.<sup>2407</sup> Wo die Kompensationsansprüche etwa mangels ausschließlicher Zuweisungen im Bereich reiner Verhaltensanordnungen geradezu typischerweise versagen, kann es dann auf eine Begrenzung der Präventionswirkung auf besonders „krasse“ Verstöße oder solche Verstöße, bei denen ein wirtschaftlich messbarer Schaden entstanden bzw. ein unmittelbarer Nutzentransfer zu beobachten ist, nicht ankommen. Soweit sich ein Zuwiderhandelnder durch die Unlauterkeitstat bereichert, indem er mit Wirkung für mehrere Abnehmer gegen objektive Verhaltensanforderungen verstößt, die auch zu deren Schutz aufgestellt wurden, ist ein Präventionsbedürfnis gegeben.<sup>2408</sup>

### 3. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Nach *Schaub* ist die Verbindung eines privatrechtlichen Anspruchs wie § 10 UWG mit einem – nach ihrer Ansicht – „pönalen“ Element weder europarecht-

---

<sup>2406</sup> *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 407 im Zusammenhang der Frage nach der Bereicherungshaftung nach Wettbewerbsverstößen.

<sup>2407</sup> Vgl. für das Immaterialgüterrecht *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 707.

<sup>2408</sup> Die Frage des jeweiligen Nutzentransfers wäre insoweit tauglicher Gegenstand für eine vertiefte ökonomische Analyse der verschiedenen lauterkeitsrechtlichen Verletzungstatbestände, für die in dieser Arbeit allerdings kein Raum ist, vgl. bereits oben Kap. IV. A. 3. c).



lich geboten noch systemkonform, und daher vor allem über eine strenge Auslegung des subjektiven Tatbestandes einzugrenzen.<sup>2409</sup> Davon abgesehen, dass die Gewinnabschöpfung *de lege lata* – wie noch abschließend gezeigt werden wird<sup>2410</sup> – tatsächlich frei von pönalen Elementen ist, kann zu Diskussionen über dogmatische Grundlagen und rechtspolitische Gewichtungen gerade das Gemeinschaftsrecht wenig beitragen: Es fehlt nach wie vor an einer Feinabstimmung innerhalb der Gemeinschaft über Ziele der Sanktionspolitik,<sup>2411</sup> und gerade für Detailfragen des nationalen Rechts sind die abstrakt gehaltenen Formulierungen gemeinschaftsrechtlicher Regelungen wenig weiterführend.<sup>2412</sup> So sind etwa die Formulierungen in Art. 13 der *Enforcement*-Richtlinie zum Schadensersatz kaum hilfreich zur Beantwortung der Frage, ob die deutsche Rechtsfigur der Verletzergewinnherausgabe als Fiktion eines entgangenen Gewinns anzusehen ist oder ob doch das Ausgleichsprinzip auch dann gewahrt sein soll, wenn der tatsächliche Schaden um die Differenz zur Höhe des Unrechtsgewinns überschritten wird.<sup>2413</sup> Diese soll, wie *Dreier* richtig anmerkt, dort schließlich auch nicht mit der „Strenge deutscher Dogmatik“ geklärt werden.<sup>2414</sup>

§ 10 UWG geht nicht auf die Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben zurück, entsprach aber bereits dem Geist der damals nur im Entwurf vorhandenen Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005,<sup>2415</sup> die zum Zwecke eines reibungslosen Funktionierens des gemeinsamen Marktes und zur Errichtung eines hohen Verbraucherschutzniveaus erlassen wurde.<sup>2416</sup> Nach Art. 13 der Richtlinie ist die Schaffung der geeigneten Sanktio-

<sup>2409</sup> *Schaub* GRUR 2005, 918, 924.

<sup>2410</sup> Dass § 10 UWG keine strafenden Zwecke verfolgt, wurde bereits oben unter Kap. III. A. 4. gezeigt; dass ihm auch keine Pönalität im Sinne einer „Strafwirkung“ oder eines „Strafcharakters“ innewohnt, wird unten bei der Besprechung der Normwirkung innerhalb der Angemessenheitsprüfung dargelegt, vgl. Kap. IV. E. 1.

<sup>2411</sup> So bereits *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 708; eingehend zur Situation für den Bereich des Geistigen Eigentums *Kur* IIC Bd. 35 (2004), 821, 827 ff.

<sup>2412</sup> Vgl. auch *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 709.

<sup>2413</sup> Vgl. dazu *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 709.

<sup>2414</sup> *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 709.

<sup>2415</sup> Vgl. Art. 1 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005 (oben Fn. 11), ABl. Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22, 26.

<sup>2416</sup> Vgl. dazu v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 101 ff.

nen und die Gewährleistung ihrer Durchsetzung im Verletzungsfall Sache der Mitgliedsstaaten. Auch diese Sanktionen müssen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein.<sup>2417</sup> Ein pönales Instrument ist damit tatsächlich nicht erforderlich – ein abschreckender, also präventiver Zweck wird mit § 10 UWG allerdings verfolgt, wenn auch seine tatsächliche Abschreckungswirkung im Ergebnis fraglich ist. Damit steht § 10 UWG aber zumindest von seiner Zweckrichtung her im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben, wobei ihm eine „gemeinschaftsweite Vorbildwirkung“, wie sie von *Braunmühl*<sup>2418</sup> prognostiziert, angesichts seiner eher geringen Effektivität in der Praxis allerdings wohl zunächst nicht zukommen wird.

#### 4. Sonstige abwägungsrelevante Schutzzwecke und Interessen

Die Grenzen der gebotene Stärkung präventiver Elemente im Lauterkeitsrecht liegen zum einen schon aus ökonomischen Gründen dort, wo im Sinne der Verhaltenssteuerung eine Überabschreckung nicht mehr effizient wäre; dieser Punkt wird weiter unten beleuchtet.<sup>2419</sup> Das Gewicht der Präventionsausrichtung muss zum anderen auch ein vernünftiges Verhältnis zwischen den Schutzzwecken der sanktionierten Verletzungstatbestände und anderen schützenswerten Interessen, insbesondere der Rechtspositionen des Normadressaten widerspiegeln. Daher werden im Folgenden die wesentlichen, insbesondere für die spätere Angemessenheitsabwägung relevanten Aspekte zusammengefasst.

##### a) Verbraucherschutz

Bei der Suche nach den maßgeblichen Parametern für die gerechte Interessenabwägung im Rahmen des § 10 UWG fallen noch einmal die elementaren Un-

---

<sup>2417</sup> Art. 13 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005 (oben Fn. 11), ABl. Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22, 31; zum Effektivitätsgrundsatz im Gemeinschaftsrecht vgl. die Nachw. oben Kap. I. A. 1. sowie bei *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 88 ff.; zu Fragen der Abschreckung im Zusammenhang mit der *Enforcement*-Richtlinie und der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken s. auch *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 106 ff.

<sup>2418</sup> V. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 104.

<sup>2419</sup> Vgl. ab Kap. V. A. 2. b) (2).

terschiede zur Gewinnherausgabe im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung ins Auge. Letztere dient der Kompensation und damit dem Schutz des besonders schutzbedürftigen Inhabers eines immateriellen Ausschließlichkeitsrechts.<sup>2420</sup> Die Situation des Verbrauchers im Wettbewerbsgeschehen, insbesondere aus der Perspektive des Lauterkeitsrechts, ist hiermit zunächst nicht zu vergleichen. Die Verbraucher sind zwar als Schutzobjekt in § 1 UWG aufgenommen; darüber hinaus ist jedoch gerade § 10 UWG innerhalb des Lauterkeitsrechts noch am ehesten als spezifisch verbraucherschützende Regelung anzusehen.<sup>2421</sup> Wie das UWG insgesamt gibt auch die Gewinnabschöpfung dem Verbraucher nicht nur kein ausschließliches, sondern nicht einmal ein konkret-individuelles Sonderrecht an die Hand. Dennoch – oder gerade deshalb – sollte bei der Interessenabwägung und der Lasten- und Risikoverteilung in Zusammenhang mit § 10 UWG von einer besonderen, zumindest gesteigerten Schutzbedürftigkeit der Verbraucher auch bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts ausgegangen werden. Immerhin stellt der einzelne Verbraucher am Markt das schwächste Glied dar, und für unlauter agierende Unternehmer, die es auf einen Unlauterkeitsgewinn etwa durch Verstöße mit Streuwirkung anlegen, finden sich regelmäßig hinreichend viele Möglichkeiten, zu seinen Lasten lukrative Geschäfte zu machen.<sup>2422</sup>

## b) Schutz des Zuwiderhandelnden

Der Verbraucherschutz steht auch deshalb – gleichsam als Gedächtnisstütze – an erster Stelle dieser Aufzählung, weil er in der Diskussion um Auslegung und Umgestaltung der Gewinnabschöpfung zumindest in ausdrücklicher Weise kaum noch eine Rolle zu spielen scheint. Nachdem der Anspruch einmal – und vor dem Hintergrund des Verbraucherschutzes – eingeführt ist, geht es nun vor

---

<sup>2420</sup> Aus jüngerer Zeit vgl. BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*.

<sup>2421</sup> Vgl. hierzu und zu den angedachten, letztlich aber nicht umgesetzten Alternativen die Übersicht bei Köhler GRUR 2003, 265 ff. m.w.N.

<sup>2422</sup> Zu mikro- und makroökonomischen Faktoren bei der Entstehung von Streuschädigungen und deren Auswirkungen auf die Marktteilnehmer instruktiv *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 21 ff.

allem um die Gewichtung von (vom Verbraucherschutz zugunsten eines neutraleren Rechtsdurchsetzungsgedankens zumeist gelöster) Effektivität einerseits und den Belangen der Wirtschaft andererseits.<sup>2423</sup> Die bereits früh von kritischen Literaturstimmen geäußerte Befürchtungen unzumutbarer Belastungen für die Wirtschaft<sup>2424</sup> oder einer „offenkundigen Bedrohung von Werbeaktivitäten“,<sup>2425</sup> wird sich angesichts der geringen Durchschlagskraft der heute gültigen Regelung womöglich relativiert haben. Dennoch ist selbstverständlich mit der Einführung des § 10 UWG ein Schritt in eine Richtung getan, in der die weitere Entwicklung offen ist. Gerade wer hierzu Optimierungserwägungen anstellt, darf bei aller gebotenen Stärkung des Verbraucherschutzes und der Rechtsdurchsetzung den Normadressaten nicht aus den Augen verlieren.

*Sieme* begegnet dem mit Verweis auf die Formulierung in der Präambel zum Entwurf der GWB-Novelle, nach der schließlich „gesetzeskonform handelnde Unternehmen (...) nicht mit Mehrbelastungen zu rechnen“ hätten.<sup>2426</sup> Den Unternehmen würden durch die Regelungen der Gewinn- und Vorteilsabschöpfung keine zusätzlichen materiellen Pflichten auferlegt.<sup>2427</sup> Dem ist zwar dem Grunde nach zuzustimmen. Bezüglich unlauter erworbenen Gewinn(teil)e ist der Zuwiderhandelnde nicht schutzwürdig, dies gilt für § 10 UWG<sup>2428</sup> wie für die Gewinnherausgabe als dritte Schadensberechnungsart.<sup>2429</sup> Es sei hier nochmals verwiesen auf den vom Bundversfassungsgericht konstatierten „alle Rechtsgebiete übergreifenden Grundsatz, wonach eine mit der Rechtsordnung nicht über-

---

<sup>2423</sup> Vgl. etwa *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 83 f. oder bereits die Gesetzesbegründung, in der die Sorge vor unangemessenen Belastungen für die Wirtschaft zum Ausdruck kommt, Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2424</sup> *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 17.

<sup>2425</sup> *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42 f.

<sup>2426</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 245 mit Bezug auf RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 2.

<sup>2427</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 245.

<sup>2428</sup> Vgl. *Micklitz* BB 2003 Heft 21 „Die erste Seite“, zust. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 111.

<sup>2429</sup> Keinen schützenswerten Anspruch auf Erzielung oder Einbehalt des Gewinns aus einer Rechtsverletzung, etwa BGH GRUR 2009, 856, 864 – *Tripp-Trapp-Stuhl*.

einstimmende Vermögenslage auszugleichen“ sei.<sup>2430</sup> Dennoch darf nicht vergessen werden, dass auch eine verbesserte Rechtsdurchsetzung Rückwirkungen auf die Qualität und Quantität der Vorsorgemaßnahmen hat und über die Präventionswirkung bzw. Verhaltenssteuerung die Vorsorgekosten der Wirtschaft in die Höhe treiben kann.<sup>2431</sup> Genauso ist zu beachten, dass auch der unlauter handelnde Unternehmer hinsichtlich solcher Vermögensbestandteile, die er lauter erwirtschaftet hat, von der Rechtsordnung grundsätzlich geschützt werden soll.<sup>2432</sup> Ob und inwieweit diese Grenze im Sinne der Prävention oder Effektivität überschritten werden soll und darf beziehungsweise ob dem Unternehmer im Zweifelsfall das Risiko eines Übergreifens der Gewinnabschöpfung auf lauter erwirtschaftete Erlösteile zugemutet werden sollte, muss im Rahmen einer Abwägung unter Gesichtspunkten von Angemessenheit und ökonomisch sinnvoller Verhaltenssteuerung bestimmt werden.

### c) Innovation, Wettbewerbsfreiheit und Lauterkeit des Wettbewerbs

Ein freier und gewinnbringender Wettbewerb ist als solcher rechtspolitisch gewollt und in der freien Marktwirtschaft unverzichtbar.<sup>2433</sup> Durch die Handlungsfreiheit im Wettbewerb wird der dynamische Wettbewerbsprozess erst ermöglicht, der den einzelnen Anbieter zu einer stetigen Verbesserung seiner Leistung zwingt und dem Nachfrager, insbesondere auch dem Verbraucher, die Auswahl zwischen alternativen Angeboten verschafft.<sup>2434</sup> Der Unternehmer soll deshalb im Ergebnis nicht über die Maßen belastet, er soll vor allem nicht in seinen Wettbewerbshandlungen, insbesondere auch seinen Werbeaktivitäten gehemmt werden. Auch der Wettbewerbsbereich unterfällt daneben dem Innovationschutz. Wirtschaftliches Wachstum soll auch durch innovative Wettbewerbsstrategien gefördert werden. Wie im Urheberrecht ein Spannungsfeld zwischen dem

---

<sup>2430</sup> BVerfG NJW 2004, 2073, 2075 mit Verweis auf *Güntert*, Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion, S. 11 ff. m.w.N.

<sup>2431</sup> S. soeben Kap. IV. A. 3. b).

<sup>2432</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 122.

<sup>2433</sup> Vgl. nur *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. Rn. 1.17 ff. m.w.N.

<sup>2434</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl. Rn. 1.17.

Schutz der Ausschließlichkeitspositionen des Werkschaffenden und der Gemeinfreiheit, dem Zugang anderer schöpferisch Tätiger zu bereits vorhandenen Inhalten besteht, so stehen im Lauterkeitsrecht Wettbewerbsfreiheit, Chancen auf Wachstum und die Möglichkeit des „Ausprobierens“ absatzfördernder Effekte in abzuwägendem Verhältnis zum Markt- und Verbraucherschutz gegenüber unlauterem Verhalten.

Das Immaterialgüterrecht seinerseits ist dem Innovationsschutz in besonders hohem Maße verpflichtet. Wer dort im normalen Geschäftsverkehr regelmäßig mit fremden Schutzrechten in Berührung kommt, soll nicht zu wirtschaftlich ineffizienten Vorsorgemaßnahmen veranlasst werden und damit mittel- und langfristige neues schöpferisches Schaffen reduzieren.<sup>2435</sup> Auch wenn im Lauterkeitsrecht Innovationen weniger hinsichtlich der Entwicklung und Produktion, sondern eher solche der Absatzförderung in Rede stehen, soll dort aber grundsätzlich in entsprechender Weise der dynamische Charakter<sup>2436</sup> des Wettbewerbs als „Entdeckungsverfahren“<sup>2437</sup> gewahrt werden; dem entspricht der Wille des Gesetzgebers, auch grenzwertiges Verhalten bzw. das Agieren im Grenzbereich des wettbewerbsrechtlich Zulässigen zu schützen.<sup>2438</sup> Dies wird vor allem für solche Fälle kritisiert, in denen ein Verstoß auf einer bewussten Risikoentscheidung des Rechtsverletzers beruht.<sup>2439</sup> Innovationsschutz und Freiheit des Wettbewerbs finden ihre Grenzen jedenfalls spätestens dort, wo Rechte Dritter durch unfaires oder missbräuchliches Verhalten im Wettbewerb verletzt werden.<sup>2440</sup> Daher soll grundsätzlich zunächst der Betroffene entscheiden, was er für verfolgenswert

---

<sup>2435</sup> Vgl. Dreier GRUR Int 2004, 706, 708.

<sup>2436</sup> Zum Wettbewerb als Prozess ständiger Veränderung Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 131 f. m. zahlr. Nachw.

<sup>2437</sup> Oppermann/Müller GRUR 2005, 280, 284 mit Verweis auf v. Hayek, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, S. 1 ff.

<sup>2438</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; zust. Engels/Salomon WRP 2004, 32, 42; Oppermann/Müller GRUR 2005, 280, 285.

<sup>2439</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 171 f.; Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 109; Melullis in Gloy/Loschelder/Erdmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 81 Rn. 8; Sieme, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 249,

<sup>2440</sup> Oppermann/Müller GRUR 2005, 280, 284.

erachtet und was nicht.<sup>2441</sup> Im Bereich der Bagatell- und Streuschäden greift dieses Regulativ nicht; hier ist ein Verbraucherschützender Anspruch, wie ihn § 10 UWG bereithält, gleichsam das Korrektiv gegen ein grundsätzlich innovationsfreundlich ausgerichtetes lauterkeitsrechtliches Wertesystem. Dann muss aber neu abgesteckt werden, ob dieser nachrangige Schutz bereits unter den gleichen oder erst unter strengeren Voraussetzungen greift als die Reaktionsmöglichkeiten der unmittelbar Betroffenen. Provokativ formuliert: Wie schwer darf der Innovations- und Freiheitsschutz gegenüber dem Verbraucherschutz dort wiegen, wo sich Innovation im Wettbewerb in Angeboten erschöpft, die durch tendenziell manipulative oder aggressive Werbe- und Vertriebsmaßnahmen die Grenzbereiche des Verbraucherfreundlichen, Marktverträglichen und Fairen ausloten?<sup>2442</sup>

## 5. Zusammenfassung

Zur besseren Prävention von andernfalls lukrativen Lauterkeitsverstößen mit Streuwirkung setzt der Gesetzgeber mit § 10 UWG einen zivilrechtlichen Verbandsanspruch ein. Er reagiert damit auf ein offensichtliches Rechtsdurchsetzungsdefizit und echtes Regelungsbedürfnis, das nicht etwa dadurch beschränkt wäre, dass das Lauterkeitsrecht als rein verhaltensbezogenes Sonderdeliktsrecht grundsätzlich nur relativen Schutz gewährt. Gerade angesichts der inzwischen zahlreichen Beispiele präventiv ausgerichteter zivilrechtlicher Rechtsinstitute ist die Wahl dieses Mittels – der Verfolgung präventiver Zwecke über einen zivilrechtlichen Anspruch – auch als legitim anzusehen.

Ziel einer verbesserten Prävention im Lauterkeitsrecht ist neben dem ordnungspolitischen Aspekt einer gesteigerten Rechtsgeltung die Stärkung des Verbraucherschutzes, auch wenn der einzelne Verbraucher hiervon nur mittelbar profitieren kann. Zugleich muss als Grenze der Prävention aber stets die Schutzwür-

---

<sup>2441</sup> *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 284.

<sup>2442</sup> Auch in dieser rechtspolitischen Frage verspräche eine umfassende ökonomische Analyse gerade des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht, die im Rahmen dieser Untersuchung allerdings nicht vorgenommen werden kann, vgl. unten Kap. V. B. 3, einige Aufschlüsse.

#### Kapitel IV. Wirksamkeit und Verhältnismäßigkeit des § 10 UWG

digkeit des im Wettbewerb handelnden Unternehmers als Normadressaten ebenso beachtet werden wie weitere abstrakte schützenswerte Interessen, insbesondere die Innovations- und Wettbewerbsfreiheit. Ob die Regelung des § 10 UWG eine in diesem Sinne effektive und zugleich angemessene Regelung darstellt, wird im Folgenden untersucht.



### C. *Eingeschränkte Geeignetheit des § 10 UWG zur Umsetzung des Präventionsziels*

Um den klagebefugten Verbänden und Einrichtungen nicht „Steine statt Brot“ zu geben, muss es das Bemühen der Rechtspraxis, insbesondere der Gerichte, sein, dem Gewinnabschöpfungsanspruch ein sachgerechtes Anwendungsgebiet zu erschließen.<sup>2443</sup> Entsprechende Bemühungen zu einer an den Normzweck und Praktikabilitätsabwägungen angepassten Auslegung sind etwa beim Vorsatzerfordernis zu verzeichnen, insgesamt bleibt aber ein heterogenes Bild.

#### 1. **Geeignetheit eines Abschöpfungsanspruchs**

Dem Grunde nach ist eine Abschöpfung von zu Unrecht erlangtem Vermögen durch vom Staat unabhängige Verbände eine konzeptionell sinnvolle Ergänzung zum herkömmlichen Anspruchssystem im Lauterkeitsrecht.<sup>2444</sup> Für die Erreichung des Präventionsziels einer Rechtsfolge kommt es nämlich vor allem darauf an, dass aus Sicht des Rechtsverletzers die Zuwiderhandlung keine ihm verbleibenden Vorteile verspricht.<sup>2445</sup> Die Gewinnabschöpfung kann allerdings nur dort präventive Wirkung entfalten, wo das Streben nach wirtschaftlichem Gewinn den Handlungsanreiz für Rechtsverstöße bildet. Die dafür erforderliche Annahme, dass der Zuwiderhandelnde im Sinne eines *homo oeconomicus* Kosten und Nutzen auch eines Rechtsverstoßes abwägt, kann für das Wirtschaftsrecht, zumindest für die hier behandelten Fälle von Lauterkeitsrechtsverstößen, unterstellt werden.<sup>2446</sup> Will man hier eine Verhaltenssteuerung bewirken, ist der

---

<sup>2443</sup> So *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 5.

<sup>2444</sup> So auch *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 79; sowohl für UWG als auch für das GWB *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 245 m.w.N.; soweit *Sieme* allerdings drauf abstellt, dies verhindere vor allem die Investition der erlangten Unrechtsvorteile in weitere rechtswidrige Handlungen, ist dies eher ein für das Strafrecht relevanter Aspekt, der im Lauterkeitsrecht gegenüber dem der Verhaltenssteuerung potentieller Rechtsverletzer wesentlich weniger Gewicht hat.

<sup>2445</sup> Ähnlich für das Schadensersatzrecht *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 132.

<sup>2446</sup> Ähnlich *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 44 m.w.N. insbesondere zur allgemein-strafrechtlichen Literatur; vgl. auch *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 53; für die Prävention durch Deliktsrecht allgemein *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 133.

Blick auf das Vermögen des Rechtsverletzers<sup>2447</sup> zur richten und darauf, ob diesem durch die rechtliche Reaktion im Verletzungsfall noch ein Vorteil verbleibt, sich also die Rechtsverletzung trotz der zu erwartenden Sanktion lohnt.<sup>2448</sup> Letzteres kann durch das übrige Rechtsfolgensystem im UWG, insbesondere im Bereich der Bagatellschäden, aber auch sonst angesichts des erschwerten Nachweises eines konkreten Schadens nach § 9 UWG und der lediglich in die Zukunft wirkenden Unterlassungsansprüche nicht ausgeschlossen werden.

Sieht man in der Gewinnerzielung den primären Antrieb wirtschaftlichen Handelns,<sup>2449</sup> so kann ein Entzug des durch Unlauterkeit erwirtschafteten Gewinns eine geeignete Maßnahme zur Verhaltenssteuerung sein;<sup>2450</sup> entsprechend bezeichnet *Köndgen* die Gewinnabschöpfung neben dem Schadensersatz als „zentrales Sanktionsinstrument im Dienste optimaler Abschreckung unrechtmäßigen Verhaltens“.<sup>2451</sup> Der entsprechende Anreiz wird für den potentiellen Lauterkeitsrechtsverletzer als – wie hier unterstellt wird – *homo oeconomicus* dann bestehen, wenn sein Vermögen im Verletzungsfall nicht größer ist als das im Fall rechtstreuen Verhaltens. *Dreier* hat dies für das Schadensrecht auf die Formel gebracht, dass für einen Präventionszweck das Vermögen des Verletzers im Fall der Rechtsverletzung ( $V_V$ ) geringer sein müsse als sein Vermögen im Fall der Nichtverletzung ( $V_{nV}$ ), also ( $V_V < V_{nV}$ ). Betrachte man den Gewinn im Nichtverletzungsfall ( $G_{nV}$ ) gegenüber dem Gewinn im Verletzungsfall ( $G_V$ ) sowie einen Schadensersatz und die Kosten der Rechtsverfolgung sowie sonstige verletzungsspezifische Kosten ( $SE, K_{RV}, K_{sonst}$ ), die der Verletzer aufgrund des Verstoßes zu zahlen hat und die das Anfangsvermögen ( $V_A$ ) des Zuwiderhandelnden vermindern können, dann trete Prävention immer dann ein, wenn die Kosten

---

<sup>2447</sup> Zum insoweit erforderlichen Vergleich der Vermögenslagen mit und ohne Rechtsverletzung *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 133 Fn. 10.

<sup>2448</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 404; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 44.

<sup>2449</sup> So zu Recht *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 53.

<sup>2450</sup> Ebenso *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 44.

<sup>2451</sup> *Köndgen* *RabelsZ* 64 (2000), 661, 693.

der Rechtsverletzung insgesamt größer seien als die Differenz zwischen dem Gewinn im Verletzungsfall und demjenigen im Nichtverletzungsfall, also  $SE + K_{RV} + K_{sonst} > G_V - G_{nV}$ .<sup>2452</sup> Setzt man an die Stelle des Schadensersatzes sämtliche finanziell wirkenden Rechtsfolgen einer lauterkeitsrechtlichen Zuwiderhandlung, so muss danach der abzuführende Betrag zuzüglich der verletzungsbedingt anfallenden Kosten größer sein als die Differenz zwischen dem aus dem Verstoß resultierenden Gewinn und dem zu erwartenden Gewinn im Falle einer rechtmäßigen Tätigkeit. Verlässt man sich im Lauterkeitsrecht und dort insbesondere im Fall von Bagatell- und Streuschäden auf die Präventionswirkung von Schadensersatz- oder Gewährleistungsverpflichtungen, fällt diese Wirkung aus. Einer Unrechtsgewinnabschöpfung hingegen ist eine präventive Wirkung nach der Formel von *Dreier* immanent, da sie dem Zuwiderhandelnden im Idealfall gar keinen Unrechtsgewinn belässt, letztendlich also stets der Gewinn aus dem Verstoß  $G_V = 0$  ist und somit  $G_V - G_{nV}$  niemals größer sein kann als  $SE + K_{RV} + K_{sonst}$ . Um auch solche Verstöße zu erfassen, die bei den Abnehmern nur marginale Beeinträchtigungen hervorrufen, beim Zuwiderhandelnden aber dennoch einen erheblichen Gewinn verursachen, ist daher die überindividuelle Rechtsdurchsetzung im Sinne einer Gewinnabschöpfung ein grundsätzlich geeignetes Präventionsinstrument.<sup>2453</sup>

## 2. Beschränkter Zielbeitrag

Eine „wirksame“ Abschreckung, wie sie laut Gesetzesbegründung<sup>2454</sup> mit § 10 UWG erreicht werden soll, kann bisher allerdings kaum verzeichnet werden.<sup>2455</sup> Die wenigsten Abschöpfungsverfahren nach § 10 UWG haben bisher einen Abschöpfungserfolg gezeitigt; manche scheiterten auf der Auskunftsstufe an der

<sup>2452</sup> Zum Ganzen näher *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 134.

<sup>2453</sup> Ebenso i.E. *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 79 f.

<sup>2454</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2455</sup> Vgl. die Informationsbroschüre „Recht durchsetzen – Verbraucher stärken“ des vzbv, Stand Januar 2011, S. 17.

## Kapitel IV. Wirksamkeit und Verhältnismäßigkeit des § 10 UWG

---

Annahme des Vorsatzerfordernisses,<sup>2456</sup> etliche nach – zum Teil eidesstattlichen – Versicherungen des Anspruchsgegners, mit der Rechtsverletzung einen Gewinn gar nicht erzielt zu haben.<sup>2457</sup> Nach Angaben des zuständigen Bundesamtes für Justiz<sup>2458</sup> konnten seit der Einführung der Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG im Juli 2004 bis zum April 2011 in nur vier Verfahren Gewinne abgeschöpft werden. Dabei handelt es sich außerdem um eher geringe Beträge, auch im Vergleich mit den Auszahlungssummen bei der Verletzergevinnhaftung selbst im Kennzeichenrecht.<sup>2459</sup> Im ersten Fall wurde per Versäumnisurteil ein Betrag von 1.805,78 € zugesprochen, in drei weiteren Verfahren wurden im Vergleichswege einmal 2.000,- €, einmal 25.000,- € sowie einmal 18.500,- € abgeschöpft.<sup>2460</sup> Die Praktikabilitäts- und Wirksamkeitsbedenken aus verschiedenen Stellungnahmen zu § 10 UWG<sup>2461</sup> sind also nach den ersten fast sieben Jahren seines Bestehens nicht ausgeräumt. Tatsächlich zeigt die vorangegangene Untersuchung der Tatbestandselemente des § 10 UWG wie auch der Vergleich insbesondere mit der dritten Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht, dass bei der Gewinnabschöpfung einige gewichtige spezifische Durchsetzungshemmnisse quasi vorprogrammiert sind, auf die im einzelnen sogleich unten eingegangen wird. Sie ergeben über kurz oder lang zwangsläufig ein Präventionsdefizit.

Eine gewisse präventive Wirkung mag zu Anfang allein das Bestehen der Regelung erzielen; insofern ist sie grundsätzlich geeignet, einen Zielbeitrag zum Normzweck der Prävention und der Neutralisierung von Unrechtsgewinnen zu

---

<sup>2456</sup> S. oben ab Kap. III. D. 5.

<sup>2457</sup> Dazu m.w.N. *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 167 f.

<sup>2458</sup> Auf Anfrage d. Verf., Stand 12.4.2011.

<sup>2459</sup> Im oben angesprochenen Fall „*Noblesse*“ etwa stritten die Parteien um Schätzungsbeträge zwischen etwa 1,4 Millionen und 40 Millionen DM für eine unzulässige Markenbenutzung über einen Zeitraum von 16 Jahren, vgl. BGH GRUR 2006, 419 – *Noblesse*.

<sup>2460</sup> Angaben des Bundesamtes für Justiz auf Anfrage d. Verf., Stand 12.4.2011 sowie Pressemitteilung des vzbv vom 16.1.2009, <https://www.vzbv.de/go/presse/1109/index.html> [zuletzt aufgerufen am 19.4.2011].

<sup>2461</sup> S. etwa die Stellungnahme des Bundesrates zum RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 34; ausführlich v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 152 ff.; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 85; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 223.

leisten. Bewährt sich aber der Einsatz dieses Instruments in der Rechtspraxis nicht, wird der Gewinnabschöpfungsanspruch jedenfalls allein über seine Rechtsfolgenandrohung schon bald keine Präventionswirkung mehr entfalten können. Denn neben der inhaltlichen Ausgestaltung einer rechtlichen Sanktion hängt ihre verhaltenssteuernde Wirkung maßgeblich vom Sanktionsrisiko, also der Wahrscheinlichkeit des Sanktionseintritts, ab.<sup>2462</sup> Auch *Neuberger* wirft in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob ein „scharfes Schwert“ auch dann eine Verhaltensänderung erwirken könnte, wenn es selten benutzt werde;<sup>2463</sup> auch er kommt zu dem Ergebnis, dies hänge einerseits von der Schärfe des Schwertes und andererseits von der Wahrscheinlichkeit ab, mit der es zum Einsatz kommt.<sup>2464</sup> Auch nach seiner Ansicht stellt sich das Instrument der Gewinnabschöpfung bei näherer Betrachtung allerdings schon als nicht sonderlich „scharf“ dar, da insbesondere bei der Bemessung der Anspruchshöhe – anders als etwa bei den US-amerikanischen *punitive damages* – weder präventive noch pönale Aspekte einfließen.<sup>2465</sup> Daneben sei auch hinsichtlich der Anwendungswahrscheinlichkeit aufgrund der strengen Voraussetzungen wenig „unmittelbare“ praktische Bedeutung, daher auch wenig „mittelbare“ Wirkung zu erwarten.<sup>2466</sup> Dem ist zuzustimmen. Will man „mit der Abschreckung Ernst machen“, so muss die entsprechende Sanktion dem Verletzer vielmehr einen Nachteil von einer gewissen Wahrscheinlichkeit androhen, der die aus der Rechtsverletzung zu erwartenden Vorteile erheblich überwiegt.<sup>2467</sup>

---

<sup>2462</sup> Ebenso *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 44 m.w.N.; ähnlich stellt *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 143, auf einen gesteigerten Präventionsbedarf ab, je geringer das Entdeckungsrisiko für den Verletzer ist.

<sup>2463</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 137.

<sup>2464</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 137.

<sup>2465</sup> Für eine Verschärfung der Gewinnabschöpfung insbesondere auf der Rechtsfolge daher *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 138 f.

<sup>2466</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 138; ähnlich *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 223.

<sup>2467</sup> In diesem Sinne zur Rechtsdurchsetzung im Immaterialgüterrecht *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 708.

### 3. Gründe für die eingeschränkte Geeignetheit

Die tatsächlichen Gründe für die vergleichsweise geringe bisherige Durchschlagkraft des § 10 UWG sind sicher komplexer Art; zum Teil mögen dabei auch externe Faktoren eine gewisse Rolle spielen. Ein ganz erheblicher Anteil der Anwendungsprobleme in der Praxis dürfte aber in der tatbestandlichen Struktur des Gewinnabschöpfungsanspruchs angelegt sein: Aufgrund des lauterkeitsrechtlichen Systems vorwiegend zivilrechtlicher Rechtsdurchsetzung, möglicherweise aber auch im Trend einer allgemeinen Liberalisierung und „Entkriminalisierung“<sup>2468</sup> im Wirtschaftsrecht, hat sich der Gesetzgeber zur Lösung des Durchsetzungsdefizits im UWG gegen eine straf- oder ordnungsrechtliche Lösung und für einen zivilrechtlichen Anspruch entschieden. Dabei wurden jedoch aus Sorge vor einem Sanktionsüberschuss<sup>2469</sup> und einer übermäßigen Haftung des Zuwiderhandelnden an fast allen „Rädchen“ im Räderwerk dieses unmittelbar präventiv gedachten Anspruchs Bremsfaktoren eingebaut. Diese mögen zum Teil sinnvoll sein, um den Gewinnabschöpfungsanspruch nicht aus dem heutigen Wertesystem der zivilrechtlichen Rechtsfolgen herausfallen zu lassen; in der Summe bewirken sie allerdings eher ein unverhältnismäßig großes Hemmnis bei der Rechtsdurchsetzung.<sup>2470</sup> Der Anspruch weist wegen der „Komplexität“ seiner Voraussetzungen, der „schweren prozessualen Handhabbarkeit“ und der mangelnden Durchsetzungsanreize gegenüber den Prozessrisiken im Ergebnis ein Übermaß an „strukturellen Nachteilen“ auf.<sup>2471</sup> Drei maßgebliche „Sollbruchstellen“ in der Konzeption des Gewinnabschöpfungstatbestandes sollen im Folgenden herausgehoben werden:

---

<sup>2468</sup> Dreier GRUR Int 2004, 706, 708 im Zusammenhang mit dem Sanktionssystem im Immaterialgüterrecht und im Bereich von Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Medien.

<sup>2469</sup> Zu dieser im Wettbewerbsrecht oft überbetonten Sorge vgl. krit. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 74 f. m.w.N.

<sup>2470</sup> Ähnlich *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 157: bei der Kumulation mehrerer Tatbestandsprobleme werde eine effektive Schließung der Schutzlücke erschwert; vgl. auch *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 83 f. sowie S. 151, der in seiner rechtsvergleichenden Untersuchung auch für US-amerikanische Abschöpfungsansprüche darlegt, dass eine zu große Zahl an Tatbestandsvoraussetzungen, vielfach erlassen aufgrund von „übermäßigen“ Bedenken vor einer Belastung der Wirtschaft, der Effektivität des Abschöpfungs Instruments schadet.

<sup>2471</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 223.

**a) Vorsatzerfordernis**

Mit dem Vorsatzerfordernis stellt der Gesetzgeber für den Aktivlegitimierten fraglos eine hohe Hürde zur Durchsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs auf.<sup>2472</sup> Dies gilt vor allem angesichts der Nachweisschwierigkeiten, die sich bei einem rein subjektiven Tatbestandsmerkmal mit gesteigerter Vorwerfbarkeit zwangsläufig ergeben müssen. Zwar sind Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit kein spezifisches Problem des Gewinnabschöpfungsanspruchs, ist die Rechtspraxis vielmehr im Umgang hiermit geübt,<sup>2473</sup> es bleibt jedoch das Grundproblem, dass dem insoweit beweisbelasteten Anspruchsteller im Zivilrechtsstreit, anders als den Verfolgungsbehörden etwa im Strafprozess, weder Amtsermittlungsgrundsatz noch staatsanwaltschaftliche Ermittlungsbefugnisse zustehen und ihm zum Nachweis des Vorsatzes kaum mehr Mittel zu Gebote stehen, als aus seiner Perspektive auf den objektiven Verlauf und indizielle Umstände der objektiven Zuwiderhandlung zu verweisen. Dieser Schluss vom äußeren Ablauf der Zuwiderhandlung auf Kenntnis und Willen des Zuwiderhandelnden ist oftmals schwer zu führen und nicht verallgemeinerbar; oft muss erst der richtige Ansatzpunkt für die Feststellung vorsätzlichen Handelns gefunden werden.<sup>2474</sup> Im Ergebnis schränkt daher das Vorsatzerfordernis die Zahl der Anwendungsfälle und damit die Effektivität der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG ein.<sup>2475</sup>

---

<sup>2472</sup> Vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 2; Beuchler WRP 2006, 1288, 12982 f.; van Raay VuR 2007, 47 ff.; zu § 34a GWB Bornkamm in Langen/Bunte, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 9; Gärtner, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 183; Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 136; vgl. auch die Pressemitteilung des vzbv vom 16.1.2009, <https://www.vzbv.de/go/presse/1109/index.html> [zuletzt aufgerufen am 19.4.2011]; a.A. wohl nur Bauer, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 112. Zu Voraussetzungen und Auslegung s. ausführlich oben ab Kap. III. D. 3.

<sup>2473</sup> Hierauf stellt Bauer, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 113, ab.

<sup>2474</sup> Vgl. (zur Entscheidung OLG Stuttgart GRUR 2007, 435) van Raay VuR 2007, 47, 51; zust. Fehlemann, Abschöpfungsansprüche, S. 170.

<sup>2475</sup> Ebenso Schmauß, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 156; Fehlemann, Abschöpfungsansprüche, S. 170; Klees CR 2008, 192, 194; zu den Voraussetzungen effektiver Prävention von Vorsatztaten aus dem Blickwinkel der ökonomischen Perspektive vgl. unten Kap. V. A. 2. b) (6).

**b) Ermittlung des abzuschöpfenden Gewinns**

Als Hemmnisse für die Präventionswirkung von § 10 UWG im Rahmen der Gewinnberechnung werden zum einen die „zahlreichen Abzugsmöglichkeiten“ bei der Nettogewinnberechnung gesehen;<sup>2476</sup> der Hauptgrund insbesondere für die in der bisherigen Praxis bereits von Anfang an vorsichtig kalkulierten Anspruchsbezzifferungen dürften aber die Schwierigkeiten bei Bestimmung und Nachweis des gerade auf der Zuwiderhandlung beruhenden kausalen Gewinn(anteil)s sein.<sup>2477</sup> Die Wirkung einzelner Wettbewerbshandlungen lässt sich schließlich schwer belegen, der Anspruchsteller ist hier vor allem auf das Ermessen der richterlichen Schätzung angewiesen. Die in der Summe bisher bereits als „lächerlich gering“ bezeichneten Abschöpfungsbeträge vermögen echten „Schrecken“ tatsächlich kaum zu verbreiten.<sup>2478</sup> Auch *Goldmann* sieht das durch den Gesetzgeber vorgesehene Normziel, die Schaffung einer wirkungsvollen wettbewerbsrechtlichen Sanktion, durch zu hohe Anforderungen schon an die materielle Reichweite des Zurechnungszusammenhangs und den Nachweis der Kausalität in Gefahr.<sup>2479</sup> In einigen Fällen hat darüber hinaus der Anspruchsgegner offenbar mit dem Einwand Erfolg gehabt, dass ein Gewinn als solcher gar nicht erzielt worden sei.<sup>2480</sup> Angesichts der bisherigen Verteilung der Beweislast wirkt sich dies negativ auf die Bereitschaft der aktivlegitimierten Verbände und Einrichtungen aus, Abschöpfungsklagen überhaupt zu erheben.<sup>2481</sup> Angesichts der Nachweisprobleme werden durch das bestehende Kausalitätserfordernis *de lege lata* die Chancen auf eine weitgehend vollständige Abschöpfung der Unrechtsgewinne deutlich eingeschränkt, was sich im Ergeb-

---

<sup>2476</sup> *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 175.

<sup>2477</sup> Ebenso *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 157; vgl. auch hierzu die Pressemitteilung des vzbv vom 16.1.2009, <https://www.vzbv.de/go/presse/1109/index.html> [zuletzt aufgerufen am 19.4.2011].

<sup>2478</sup> Vgl. *Klees* CR 2008, 192, 194.

<sup>2479</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 88.

<sup>2480</sup> S. dazu die Nachw. bei *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 167 f.

<sup>2481</sup> Vgl. *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 172; hierzu näher sogleich unten.



nis unmittelbar schmälern auf die Präventionswirkung des Anspruchs auswirken muss.<sup>2482</sup>

Im Übrigen hat, *last but not least*, die vorgehende Untersuchung zur Tatbestandsauslegung gezeigt, dass auch das Merkmal „zu Lasten“ im Zusammenhang mit der Bestimmung des Unlauterkeitserfolgs bei der Rechtsanwendung zu erheblichen Unsicherheiten und je nach Auslegung auch zu Einschränkungen in der Durchsetzbarkeit des Anspruchs führen kann.<sup>2483</sup>

### c) Risiken und mangelnde wirtschaftliche Durchsetzungsanreize auf Seiten der Verbände

Die klagenden Verbände tragen im Falle des Unterliegens nach § 91 ZPO das volle wirtschaftliche Risiko.<sup>2484</sup> Der Aufwendungsersatzanspruch nach § 10 Abs. 4 S. 2 UWG gilt nur insoweit, als der Anspruchsgegner seiner grundsätzlich bestehenden Kostenerstattungspflicht nicht nachkommt.<sup>2485</sup> Da auch und gerade die Verbände und Einrichtungen gezwungen sind, möglichst wirtschaftlich mit ihren begrenzten Ressourcen umzugehen,<sup>2486</sup> werden sich wenige Verbände das Klagerisiko der Gewinnabschöpfung dauerhaft leisten können,<sup>2487</sup> dies gilt durch die Koppelung an den Streitwert im Übrigen gerade bei massiven Wettbewerbsverstößen, bei denen es um einen potentiell hohen Unrechtserfolg geht.<sup>2488</sup> Zumindest hemmt das drohende Prozessrisiko schon heute die Klagebereitschaft

<sup>2482</sup> Ähnlich *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 171.

<sup>2483</sup> Vgl. die Zusammenfassung unter Kap. III. F. 6.

<sup>2484</sup> Dazu v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 154 f., 277; *Micklitz/Stadler* in Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht, S. 31; *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 173; *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 562; *Oppermann/Müller* GRUR 205, 280, 284.

<sup>2485</sup> Vgl. *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 23; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 259 f.; *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 175.

<sup>2486</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 277; *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 174; *Micklitz/Stadler* in Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht, S. 1270 verweisen darauf, dass im Zuge der Finanzknappheit bereits eine Länder-Verbraucherzentrale (nämlich Mecklenburg-Vorpommern) Insolvenz angemeldet hat.

<sup>2487</sup> V. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 154 f.; *Micklitz/Stadler* in Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht, S. 31; *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 562.

<sup>2488</sup> Vgl. *Micklitz/Stadler* in Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht, S. 1343.

der anspruchsbefugten Einrichtungen.<sup>2489</sup> Auch in Bezug auf die Höhe der einzuklagenden Gewinne gehen die Verbände sehr vorsichtig vor.<sup>2490</sup>

Problematisch ist dabei insbesondere, dass diesem Risiko keine entsprechende Ertragsmöglichkeit als Anreiz gegenübersteht.<sup>2491</sup> Der als Gegenargument bemühte Vergleich mit der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen, die die Verbände ebenfalls altruistisch und ohne das Erfordernis wirtschaftlicher Anreize betrieben,<sup>2492</sup> ist nur bedingt schlüssig. Denn das Prozessrisiko ist bei Unterlassungsansprüchen zum einen schon aufgrund der geringeren Streitwerte,<sup>2493</sup> vor allem aber dadurch vermindert, dass der Unterlassungsanspruch etwa nach § 8 UWG nur einen objektiven Verstoß gegen §§ 3 oder 7 UWG mit (allerdings regelmäßig indizierter) Wiederholungsgefahr voraussetzt.<sup>2494</sup> Bestimmte Risiken wie das einer abweichenden richterlichen Beurteilung des Verschuldens, insbesondere der Vorsatzfrage, und eines nur geringen zurechenbaren Unlauterkeitsertrags, sind hierbei gerade nicht gegeben. Wenn das im Wettbewerbsrecht immer bestehende Risiko einer abweichenden Bewertung der objektiven Wettbewerbshandlung zu hoch ist, sind die Wettbewerbs- und Verbraucherverbände vielmehr auch in der Verfolgung eventueller Unterlassungsansprüche zurückhaltend.<sup>2495</sup>

---

<sup>2489</sup> *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 174.; für die Lage in den Niederlanden und Spanien verweisen *Micklitz/Stadler* auf vergleichbare Probleme als das größte Hindernis bei der Durchsetzung der Verbandsklage, *Micklitz/Stadler* in *Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 1343 mit Verweis auf *Mom* in *Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 733 f. (Länderbericht Spanien) und *ders.*, a.a.O. S. 429 f. (Länderbericht Niederlande).

<sup>2490</sup> Vgl. hierzu die Pressemitteilung des vzbv vom 16.1.2009, <https://www.vzbv.de/go/presse/1109/index.html> [zuletzt aufgerufen am 19.4.2011]: Bezifferung des Streitwerts auf lediglich 25.000 €, obwohl der Kläger tatsächlich von einem Unlauterkeitsertrag von 400.000 € bei der Beklagten ausging; dazu auch *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 137.

<sup>2491</sup> Vgl. bereits die Stellungnahme des Bundesrates zum RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 35; *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 16; *Pokrant* FS Ullmann 2006, S. 813, 820; *Wagner* Verhandlungen 66. DJT Bd. I, A 114; *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 562; *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 173.

<sup>2492</sup> *Bornkamm* in *Langen/Bunte*, Bd. 1, § 34a GWB Rn. 3 mit Bezug auf die Verbandstätigkeiten im Lauterkeitsrecht.

<sup>2493</sup> Vgl. bereits v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 154.

<sup>2494</sup> Ähnlich *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 262.

<sup>2495</sup> Stellungnahme des Bundesrates zum RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 35; *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 174; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 262.

#### 4. Zusammenfassung

Nach einer Formulierung von *Micklitz* „strangulieren“ die Tatbestandsparameter „zu Lasten“, Gewinnberechnung und Kausalität den Gewinnabschöpfungsanspruch; jeder für sich, noch mehr aber ihre Kumulation könne den Gewinnabschöpfungsanspruch bei restriktiver Auslegung durch die Gerichte zur „praktischen Bedeutungslosigkeit“ verdammen.<sup>2496</sup> In jedem Fall aber schränken sie insbesondere im Zusammenspiel mit dem Vorsatzerfordernis und der zweifelhaften Anreizsituation und Risikoverteilung zu Lasten der Anspruchsberechtigten die erwünschte Präventionswirkung des § 10 UWG objektiv ein. Der Tatbestand in seiner heutigen Ausgestaltung ist daher letztlich nur sehr eingeschränkt geeignet, zu einer besseren lauterkeitsrechtlichen Rechtsdurchsetzung und einer effektiven Schließung von Rechtsdurchsetzungslücken beizutragen.

Um den von *Micklitz* angesprochenen Effekt drohender praktischer Bedeutungslosigkeit zu vermeiden, sind daher eine möglichst weite, unter Umständen korrigierende Auslegung, teleologische Reduktionen, Änderungen der Beweislastverteilung oder, will man eine effiziente Markt- und Verhaltenssteuerung tatsächlich gewährleisten, gesetzgeberische Nachbesserungen denkbar.<sup>2497</sup> Dabei sollten zur Stärkung der Präventionswirkung entweder die einzelnen im Tatbestand angelegten Durchsetzungsdefizite verringert und/oder – etwa über den Verschuldensmaßstab oder eine Risikoabschwächung für die Anspruchsberechtigten – die Anwendungswahrscheinlichkeit der Vorschrift in angemessenem Maß erhöht werden. Denkbare Ansätze zur entsprechenden Verbesserung der Regelung werden weiter unten besprochen;<sup>2498</sup> ob eine solche Verbesserung im Ergebnis für alle Fallgruppen gelingen kann, wird dann am Ende der Untersuchung beleuchtet.<sup>2499</sup>

---

<sup>2496</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 89.

<sup>2497</sup> Vgl. ähnlich *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 89.

<sup>2498</sup> S. hierzu Kap. V. A.

<sup>2499</sup> Unten Kap. V. B.

**D. Erforderlichkeit einer privatrechtlichen Gewinnabschöpfung**

Nachdem die Geeignetheit der aktuellen Gesetzesfassung zur Erreichung des Normzwecks als unzureichend bezeichnet werden kann, scheint eine Prüfung von Erforderlichkeit und Angemessenheit des heutigen § 10 UWG eigentlich obsolet. Vielmehr liegt die Frage auf der Hand, mit welchen Änderungsansätzen die Vorschrift im Sinne der Prävention im Rahmen des Effizienten und Verhältnismäßigen effektiver gemacht werden kann und ob dies insgesamt ausreichen wird, eine Eignung der Gewinnabschöpfung als Sanktion auch für eher problematische lauterkeitsrechtliche Verletzungstatbestände zu bejahen. Vor diesen abschließenden Untersuchungsschritten, die im letzten Abschnitt der Arbeit vorgenommen werden, ist es allerdings geboten, das Verhältnis einer privatrechtlich ausgestalteten Gewinnabschöpfung zu denkbaren „regelungsexternen“ Alternativen präventiv wirkender Sanktionen anzusprechen, also solchen Alternativen, die auf einem ganz anderen – etwa öffentlich-rechtlichen oder rein kompensatorischen – Durchsetzungskonzept beruhen, als der Gesetzgeber der Regelung des § 10 UWG zugrunde gelegt hat. Es wird daher zunächst im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung summarisch dargestellt, ob einzelne der wesentlichen Alternativen zur Gewinnabschöpfung gegenüber dem Normadressaten eine (noch) mildere Belastung versprechen würden, zugleich aber mindestens genauso geeignet wären zur Erreichung des Normziels.

Der grundsätzliche Bedarf an einer zusätzlichen Regelung für das Lauterkeitsrecht kann hierbei wohl inzwischen als herrschende Meinung vorausgesetzt werden. Während *Fehlemann* für das GWB zu Recht zu dem Ergebnis kommt, dass aufgrund der dort bereits vorhandenen Durchsetzungsinstrumentarien eine Verbesserung des Rechtsschutzes durch eine weitere Abschöpfungsregelung nicht erforderlich war<sup>2500</sup> (entsprechend ist § 34a GWB aufgrund seiner weitrei-

---

<sup>2500</sup> *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 249.

D. Erforderlichkeit einer privatrechtlichen Gewinnabschöpfung

chenden Subsidiarität bis heute auch nie angewandt worden)<sup>2501</sup>, bestand vor der Einführung der Gewinnabschöpfung im Lauterkeitsrecht tatsächlich ein rechtspolitisches Bedürfnis nach einem effektiven, in die Vergangenheit wirkenden Rechtsdurchsetzungsinstrument für den Bereich des UWG.<sup>2502</sup>

## 1. „Regelungsexterne“ Alternativen

Wie sich unter anderem während der langen Vorlaufzeit rechtspolitischer Erwägungen zu einem Kollektivanspruch im Lauterkeitsrecht gezeigt hat,<sup>2503</sup> sind gegenüber dem heutigen gesetzgeberischen Konzept einer privatrechtlichen Gewinnabschöpfung durch Verbände etliche alternative Regelungsansätze für die Beseitigung des Präventions- und Rechtsdurchsetzungsausfalls im UWG denkbar. Deren wichtigste sollen im Folgenden angesprochen werden.

### a) Stärkung von Individualansprüchen

Eine Stärkung des Individualrechtsschutzes insbesondere von Abnehmern sowie vor allem die Anerkennung des UWG als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB<sup>2504</sup> hälften für die Fälle rationalen Desinteresses an der Rechtsdurchsetzung und insbesondere bei Streuschäden naturgemäß nicht weiter.<sup>2505</sup> Während etwa im Immaterialgüterrecht ein „Duplum“ des Betrags des objektiv verletzten Rechts als Bemessung für den präventiven Schadensersatzanspruch denkbar<sup>2506</sup> und auch allgemein im Verbraucherschutzrecht eine Stärkung der Rechtsdurchsetzung durch Strafschadensersatzklagen etwa nach US-amerikanischem Vor-

---

<sup>2501</sup> Vgl. den Nachw. oben Fn. 679.

<sup>2502</sup> Vgl. statt aller *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 81; *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559 ff.; zust. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 109.

<sup>2503</sup> Vgl. dazu die ausführlichen Zusammenfassungen mit Nachw. etwa bei v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 6 ff. sowie *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 11 ff.

<sup>2504</sup> Vgl. etwa *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 20; für eine Stärkung des Individualrechtsschutzes auch *Sack* BB 2003, 1073, 1080 f.; ablehnend *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 4; zu weiteren Ansätzen, die allerdings nicht auf das UWG bezogen sind und deren Übertragbarkeit für diese Problematik zum Teil fraglich ist *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 242.

<sup>2505</sup> So auch *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 62; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 51; *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 205; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 242.

<sup>2506</sup> Vgl. *Assmann* BB 1985, 15, 21 ff.; *Dreier* ZUM 2002, 28, 40; *ders.*, Kompensation und Prävention, S. 546 f; zur doppelten Lizenzgebühr nach der GEMA-Regelung im Übrigen ebenda S. 293 ff.

bild zumindest diskussionsfähig wäre,<sup>2507</sup> sind im Übrigen Individualansprüche, insbesondere Schadensersatzansprüche für die Korrektur des Marktversagens bei der Bestätigung der lauterkeitsrechtlichen Ordnung schon deshalb nur sehr eingeschränkt geeignet, weil sie stets „individualisierbare Schäden Einzelner voraussetzen“.<sup>2508</sup>

## b) Gruppenklagen

Gegen eine gebündelte Geltendmachung entsprechender Individualansprüche im Rahmen einer Sammel- oder Gruppenklage sprechen für solche Fälle, in denen dem Unrechtsgewinn verhältnismäßig geringfügige Beeinträchtigungen einer großen Anzahl von Abnehmern gegenüberstehen, allerdings auch schon (prozess-) ökonomische Gesichtspunkte sowie Probleme der faktischen Durchsetzbarkeit.<sup>2509</sup> Mag eine Kollektivklage auch als – vermeintlich – milderer Mittel in Frage kommen, so bestünden an ihrer Geeignetheit schon dem Grunde nach doch erhebliche Zweifel.<sup>2510</sup> Sie wäre im Ergebnis noch weniger effektiv als die Gewinnabschöpfung, da sie nie die Schäden aller betroffenen Abnehmer und nicht zwangsläufig den gesamten Unrechtsgewinn des Zuwiderhandelnden erfassen würde.<sup>2511</sup> Denn gerade bei Individualansprüchen, die sich jeweils im Bagatellbereich bewegen, wird es überwältigende, auch wirtschaftliche, Schwierigkeiten bereiten, alle übervorteilten Abnehmer zu identifizieren und zu organisieren.<sup>2512</sup> Bei einer kollektiven Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen müsste auch im Einzelnen die Kausalität nachgewiesen<sup>2513</sup> und schließlich eine Verteilung an die Geschädigten vorgenommen werden.<sup>2514</sup> Die Verteilung des

---

<sup>2507</sup> Vgl. dazu *Mörsdorf-Schulte* NJW 2006, 1184 ff.

<sup>2508</sup> *Alexander* JZ 2006, 890, 894.

<sup>2509</sup> Vgl. auch *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 131; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 244 m.w.N.; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 320 ff.

<sup>2510</sup> *Class actions* als Alternative zu § 10 UWG sieht allerdings *Dittschar*, Gewinnabschöpfung, 221 ff.

<sup>2511</sup> So auch *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 243.

<sup>2512</sup> Vgl. *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 562; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 4; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 319; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 243 f.

<sup>2513</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 244.

<sup>2514</sup> Zu dieser Problematik *Micklitz/Stadler* in *Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 1341 f.; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 133, 212; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 260 m.w.N.

## D. Erforderlichkeit einer privatrechtlichen Gewinnabschöpfung

abgeschöpften *Gewinns* an die Abnehmer ergäbe wiederum rechtliche Unschärfen, da der Gewinn ja wirtschaftlich gerade nicht dem Schaden der Abnehmer entspricht.<sup>2515</sup>

Das *opt-out*-Modell der US-amerikanischen *class action*<sup>2516</sup> wird im deutschen Recht aus systematischen und verfassungsrechtlichen Bedenken zu Recht abgelehnt,<sup>2517</sup> aber auch eine *opt-in*-Lösung wäre mit relativ großem Prozessführungsaufwand verbunden,<sup>2518</sup> wobei deren besondere Durchsetzungsanreize für die Anwälte im deutschen Recht bisher gar nicht bestünden.<sup>2519</sup> Ähnliches gilt für das früher diskutierte Abtretungsmodell.<sup>2520</sup> Die traditionellen Rechtsbehelfe des bürgerlichen Rechts dienen im Übrigen nicht unmittelbar der Sicherung des lautereren Wettbewerbs bzw. der Abwehr von Wettbewerbsverstößen, sondern bieten unter verschiedenen anderen Gesichtspunkten eine Reihe eher heterogener Rechtsschutzmöglichkeiten, die für eine gemeinsame Interessenwahrnehmung mehrerer von einer Zuwiderhandlung Geschädigter nicht geeignet sind.<sup>2521</sup> Daher ist auch *Köhler* der Ansicht, dass effektive Abhilfe nur mit einem Rechtsinstrument geschaffen werden könne, welches „die Abschöpfung des unlauter

---

<sup>2515</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 133.

<sup>2516</sup> Ein solches besteht als Ausfluss der verfassungsrechtlichen *due process*-Garantie nur bei der – allerdings praktisch bedeutendsten, vgl. *Beuchler* in Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht, S. 1022 – *class action* nach Rule 23 (b) (3) F.R.Civ.P. Es steht für eine Umkehr der Initiativlast: Da das wirtschaftliche Interesse des Gruppenmitglieds an einer Klagebeteiligung vermutet wird, muss der einzelne nicht aktiv werden, um seine Ansprüche anzumelden, sondern umgekehrt, um sich gegen eine Judizierung derselben zu wehren, vgl. zum Ganzen *Beuchler* in Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht, S. 1073 f. m.w.N.

<sup>2517</sup> Zur denkbaren Anwendung von *class actions* und grundsätzlichen Bedenken etwa wegen der dem deutschen Rechtssystem fremden Rechtskrafterstreckung vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 319 f. m.w.N.; *Micklitz/Stadler* in Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht, S. 37 ff., 1373 ff.; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 65 ff.; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 55 m.w.N.; für „einen fließenden prozessualen Übergang von einer zunächst initiierten Gruppenklage, an der sich nicht hinreichend viele Geschädigte durch eine *opt-in*-Erklärung beteiligen wollen, zur verbandsgetragenen Gewinnabschöpfung“ allerdings *Stadler* in Augenhöfer, Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, S. 117, 123.

<sup>2518</sup> Ebenso *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 243; zum Vorschlag eines Gesetzes zur Regelung von Verbands-, Muster- und Gruppenklagen (GVMuG-E) von *Micklitz/Stadler* vgl. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 50, 229 ff.

<sup>2519</sup> Dazu *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 59.

<sup>2520</sup> Bei dem Individualansprüche an Verbände abgetreten würden, vgl. dazu *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 19 ff.; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 63 f.

<sup>2521</sup> So bereits *Krieger* GUR 1979, 14, 15; zust. *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 7 a.E.

erzielten Gewinns ohne Rücksicht darauf ermöglicht, welche Abnehmer im Einzelnen übervorteilt worden sind.<sup>2522</sup>

### c) Kriminalstrafe

Eine Stärkung der Sanktionsformen des Kriminalstrafrechts steht im Bereich des Wettbewerbsrechts und der Immaterialgüter kaum zur Debatte.<sup>2523</sup> Nicht nur, dass es sich hierbei um ein deutlich schwerer wiegendes Instrumentarium mit höheren Belastungen für den Zuwiderhandelnden und einer wesentlich stärkeren Form der Verhaltenssteuerung handelt;<sup>2524</sup> es wird teilweise schon die Eignung und Wirksamkeit von Kriminalstrafen für die Durchsetzung deliktisch sanktionierter Verhaltensanordnungen bezweifelt.<sup>2525</sup> Zum anderen ist bereits seit längerem im gesamten Wettbewerbsrecht, gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht eine Tendenz zur „Entkriminalisierung sozialschädlichen Verhaltens“<sup>2526</sup> und zur Verlagerung der Durchsetzungs- aber auch der Abschreckungswirkung in den privatrechtlichen Bereich zu verzeichnen,<sup>2527</sup> der darüber hinaus im Lauterkeitsrecht bereits auf eine Tradition vornehmlich privatrechtlicher Durchsetzungsinstrumente stößt.<sup>2528</sup>

Dieser Ansatz wird durch europarechtliche Wertungsvorgaben zwar nicht begründet, aber doch gefördert: Wie *Wagner* betont, benutzt auch das Gemein-

---

<sup>2522</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 4.

<sup>2523</sup> Vgl. aber *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 20 sowie die Nachw. bei *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 243, Fn. 12.

<sup>2524</sup> Vgl. zur Stellung strafrechtlicher Haftung im Immaterialgüterrecht *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 523 ff.

<sup>2525</sup> So zur Lage in Deutschland und ausländischen Rechtsordnungen in den 70er Jahren *Steindorff* ZHR 138 (1974), 504, 507 f.; *Schricker* GRUR Int 1973, 694, 698; vgl. auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 523 m.w.N.

<sup>2526</sup> Zum Urheberrecht *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, § 106 Rn. 2.

<sup>2527</sup> Zum Kartellrecht etwa schon *Steindorff* ZHR 138 (1974), 504, 507, 521; instruktiv zum Hintergrund *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 43 ff.; zur Umsetzung der *Enforcement*-Richtlinie *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 708, der in diesem Zusammenhang auch die „Überlastung der Strafverfolgungsbehörden“ anführt; grundsätzlich zu Privatisierung und öffentlicher Aufgabe etwa *DiFabio* JZ 1999, 585, 587 f. m.w.N.; zur Rechtfertigung der Verhaltenssteuerung durch privatrechtliche Ansprüche im Immaterialgüterrecht *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 502 ff.

<sup>2528</sup> Dazu s. nur oben Kap. II. A. 5; zur geringen Rolle des Strafrechts im UWG vgl. im Übrigen etwa v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 108; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 257.



#### D. Erforderlichkeit einer privatrechtlichen Gewinnabschöpfung

schaftsrecht das privatrechtliche *Enforcement* nicht nur deshalb, weil es über das Strafrecht (bisher) keine Macht hat, sondern vielmehr aus Wertungsentscheidungen zugunsten von Deregulierung, und unter Berücksichtigung und Abwägung von Effizienzerwägungen zur Verfolgung von Steuerungsaufgaben angesichts von Ressourcenknappheit.<sup>2529</sup> Wo sich aber das Strafrecht zurückzieht, da entfällt selbstverständlich nicht zugleich das Präventionsbedürfnis, zumindest nicht im gleichen Maß.<sup>2530</sup> Würde man für die Abschöpfung der Unrechtsgewinne vor allem auf die allgemeinen und wettbewerbsrechtlichen Strafvorschriften und damit die Verfallsanordnung setzen,<sup>2531</sup> würde die Gewinnabschöpfung daher im Ergebnis auf nachweisbar besonders krasse Verstöße eingeschränkt<sup>2532</sup> und die Rechtsordnung müsste auf den Zuwiderhandelnden stets mit der für das Lauterkeitsrecht unüblichen „großen Keule des Strafrechts“<sup>2533</sup> reagieren. Hinzu kommt, dass das Strafrecht und sein Täterbegriff im deutschen Recht personalisiert angelegt ist und sich für Sanktionen gegenüber Wirtschaftsunternehmen als Gesamtheit daher nur bedingt eignet.<sup>2534</sup> Wollte man im Übrigen auf die bestehenden Verfallsregelungen zurückgreifen, ist zu beachten, dass diese – anders als bisher für die Anrechnung nach § 10 Abs. 2 UWG geregelt – bereits bei nur dem Grunde nach bestehenden Individualansprüchen insoweit unanwendbar sind.<sup>2535</sup>

---

<sup>2529</sup> Vgl. *Wagner* Verhandlungen 66. DJT Bd. II/2, L 206.

<sup>2530</sup> So zum Immaterialgüterschutz *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 530.

<sup>2531</sup> So aber etwa *Sack* WRP 2003, 549, 551; vgl. auch *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 20; krit. hierzu v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 107 ff.

<sup>2532</sup> Ähnlich *Fehle*mann, *Abschöpfungsansprüche*, S. 218; ansonsten ergäben sich womöglich auch Probleme mit dem Bestimmtheitsgebot, dazu *Sieme*, *Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung*, S. 243 mit Verweis auf *Grauel/Luhrenberg* WRP 1980, 521, 522 sowie weiteren Nachw.

<sup>2533</sup> So *Bornkamm* bei der Anhörung vor dem Rechtsausschuss (6. Ausschuss) vom 14.1.2004, 15. Wahlperiode, Protokoll Nr. 38, S. 39.

<sup>2534</sup> Zu Überlegungen über ein „Unternehmensstrafrecht“ als Alternative zu zivilrechtlichen Präventivinstrumentarien vgl. etwa *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 528 m.w.N.

<sup>2535</sup> S. schon oben Kap. III. E. 8. e); *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 20 schlägt hierzu vor, die Verfallsvorschriften entsprechend anzupassen; dies dürfte aber ein viel weitreichender Eingriff in die Rechtsordnung sein; ablehnend auch v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 107; *Fehle*mann, *Abschöpfungsansprüche*, S. 218 mit Hinweis auf die entsprechenden – letztendlich verworfene – Reformüberlegungen im Jahre 1998 in Form des Entwurfs eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten vom 3.2.1998, BT-Drucks. 13/9742, S. 21 ff.

Ein Ausweichen auf das Kriminalstrafrecht würde daher im Ergebnis keinen Effizienzvorteil bringen;<sup>2536</sup> ein milderer Mittel wäre es angesichts der Stigmatisierung und Kriminalisierung des Zuwiderhandelnden keinesfalls.

### d) Behördliche Rechtsdurchsetzung

Denkbar ist es schließlich, in Anlehnung an die Vorschriften zur Vorteilsabschöpfung im GWB<sup>2537</sup> auch eine Behörde zur Verhängung von Bußgeldern oder zur Abschöpfung von Unrechtsgewinnen bei Lauterkeitsverstößen zu autorisieren. Diese mildeste Form einer strafrechtlichen Sanktion – denn strenggenommen gehört auch die Ordnungswidrigkeit rechtssystematisch zum Bereich des (Neben-) Strafrechts – wird für das Lauterkeitsrecht bezüglich Verstößen mit Inlandsbezug vor allem wegen dessen privatrechtlich geprägten Rechtsdurchsetzungssystems weitgehend abgelehnt;<sup>2538</sup> vielmehr wird umgekehrt auch im Kartellrecht inzwischen eine Stärkung der privaten Sanktionen forciert.<sup>2539</sup> Auch die durch die europäische Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz<sup>2540</sup> erforderlich gewordene Regelung behördlicher Kompetenzen bei innergemeinschaftlichen Lauterkeitsverstößen<sup>2541</sup> lässt die Installation einer für eine generalisierte behördliche Lauterkeitskontrolle wohl erforderlichen zentralen „Wettbewerbsbehörde“ für nationale Belange, die dann neben der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen etwa zur Ab-

---

<sup>2536</sup> Ebenso im Ergebnis *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 243.

<sup>2537</sup> Zum Zusammenspiel der behördlichen und privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht vgl. insoweit *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 257 ff.

<sup>2538</sup> Vgl. ausdrücklich Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 22: „Es bedarf auch in Zukunft keiner Behörde, die das Lauterkeitsrecht durchsetzt“; *Stadler* in Augenhöfer, Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, S. 117, 125; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 147; i.E. ebenso *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* WRP 2002, 1317, 1327; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 65; *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 225; a.A. *Glöckner* in Harte/Henning, UWG, Einl. B Rn. 415 ff. sowie bereits die Sachverständigen *Deuss*, *Paschke* und *Spindler* bei der Anhörung vor dem Rechtsausschuss (6. Ausschuss) vom 14.1.2004, 15. Wahlperiode, Protokoll Nr. 38, S. 39 ff.

<sup>2539</sup> Vgl. etwa *Berrisch/Burianski* WuW 2005, 878 ff.; *Hempel* WuW 2004, 362, 367 ff. m.w.N.; *Stadler* in Augenhöfer, Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, S. 117, 123; zu den Hintergründen instruktiv *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 43 ff.; zu § 10 UWG Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 22: Festhalten am „bewährten System der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts mit Hilfe von zivilrechtlichen Ansprüchen“; ähnlich v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 147.

<sup>2540</sup> VO Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.10.2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden („Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz“), ABl. EU L 364 vom 9.12.2004, S. 1 ff.

<sup>2541</sup> Näher *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 221 m.w.N.

## D. Erforderlichkeit einer privatrechtlichen Gewinnabschöpfung

schöpfung von Unlauterkeitsgewinnen berechtigt wäre, noch nicht unbedingt als sinnvoll erscheinen.<sup>2542</sup>

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken stellt es immerhin in das Ermessen der Mitgliedsstaaten, die gemeinschaftsrechtlichen Durchsetzungsziele über eine Behörde oder private Einrichtungen umzusetzen.<sup>2543</sup> Auch wenn den im Sinne der genannten Zusammenarbeits-Verordnung<sup>2544</sup> ermächtigten Behörden weiter reichende Ermittlungs- und Einsichtsbefugnisse zukommen als dies für die Aktivlegitimierten eines privatrechtlichen Anspruch je der Fall sein wird,<sup>2545</sup> und daher eine effektivere und womöglich auch effizientere Rechtsdurchsetzung erreicht werden könnte,<sup>2546</sup> wird eine Behördenlösung zur Gewinnabschöpfung angesichts der rechtspolitischen Entwicklungen im Lauterkeits- und Kartellrecht für das deutsche Recht<sup>2547</sup> grundsätzlich immer noch als „Rückschritt“ angesehen,<sup>2548</sup> sie würde sich zumindest für das Lauterkeitsrecht nicht nur als Paradigmenwechsel,<sup>2549</sup> sondern geradezu als Systembruch darstellen und darüber hinaus auch einen zusätzlichen Verwaltungsapparat<sup>2550</sup> mit entsprechendem Aufwand und Kosten voraussetzen.<sup>2551</sup> Die Verbände sind zudem ein etablierter Bestandteil der Rechtsdurchsetzung mit dem Vorteil großer Nähe zu den Akteuren, sowohl zu Verbrauchern als auch zu Unternehmen.<sup>2552</sup> Sie sind

---

<sup>2542</sup> A.A. allerdings *Glöckner* in Harte/Henning, UWG, Einl. B Rn. 415, der seinen Vorschlag jedoch selbst als „revolutionär“ bezeichnet.

<sup>2543</sup> Vgl. Art. 11 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.5.2005 (oben Fn. 11), ABl. Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22, 30 f.

<sup>2544</sup> S. soeben Fn. 2540.

<sup>2545</sup> S. § 5 EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz (VSchDG) vom 21.12.2006, BGBl. I 2006, S. 3367; dazu auch *Glöckner* in Harte/Henning, UWG, Einl. B Rn. 404 ff.; *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 221.

<sup>2546</sup> Vgl. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 254 m.w.N.; a.A. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 64, die einen zivilrechtlichen Abschöpfungsanspruch zugunsten einer Wettbewerbsbehörde diskutiert; vgl. zum Ganzen noch unten Kap. V. B. 4.

<sup>2547</sup> Zu ausländischen Modellen behördlicher Regulierung auch des allgemeinen Wettbewerbsrecht insbesondere hinsichtlich Verbraucherschutzbelangen vgl. nur *Schricker* GRUR Int 1973, 694 f. m.w.N.

<sup>2548</sup> *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 225; ähnlich v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 146 f.

<sup>2549</sup> *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 223.

<sup>2550</sup> Dazu bereits ausführlich und rechtsvergleichend *Schricker* GRUR Int 1973, 694, 698 f.

<sup>2551</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 65; *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 225; ähnlich *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 254; *Dittschar*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 228 f.

<sup>2552</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 255 f mit Verweis auf *Hempel*, Privater Rechtsschutz, S. 320 sowie auf Umfrageergebnisse nach einer Feldstudie des Eurobarometer von 2003 im Auf-

Sachwalter der von ihnen jeweils vertretenen Interessen, denen im Zuge der Verschlinkung staatlicher Marktüberwachung über diese Individualinteressen hinaus auf privatrechtlicher Grundlage eine Art Selbstaufsicht zugunsten lauterer Wettbewerbs und Verbraucherschutzes überantwortet wurde.<sup>2553</sup> Ein Modell, nach dem Behörden mit der Abschöpfung von Unrechtsgewinnen betraut werden, entspricht damit nicht der aktuellen rechtspolitischen Tendenz zu privaten Rechtsdurchsetzungsmodellen im Wettbewerbsrecht. Insbesondere würde sich stets die Frage nach der Zuständigkeit stellen, da für die Durchsetzung des Lauterkeitsrechts bisher keine entsprechenden zentralen Institutionen bestehen.

Dennoch kann eine solche Behördenlösung unter Umständen Effektivitätsvorteile bringen, insbesondere soweit sich die ein Bußgeld verhängende Behörde für dessen Bemessung nur an der Schwere des Verstoßes, daneben aber weder konkret an der Höhe des durch die Zuwiderhandlung verursachten Schadens noch der Höhe des kausal erzielten Gewinns orientieren muss. Für die Fallgruppe des sogenannten „*Cold Calling*“ ist der Gesetzgeber diesen für das deutsche Lauterkeitsrecht ganz untypischen Schritt inzwischen gegangen. Nach der 2009 eingeführten<sup>2554</sup> Vorschrift des § 20 UWG kann die Bundesnetzagentur nun erstmals ein Bußgeld in Höhe von bis zu 50.000,- € verhängen, wenn ein Unternehmer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 7 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung mit einem Telefonanruf geworben hat. Ziel der Regelung ist eine zusätzliche Stärkung der Prävention im Lauterkeitsrecht hinsichtlich der Fälle von (auch fahrlässig!) unlauterem Telefonmarketing,<sup>2555</sup> da die Durchsetzung des gelten-

---

trag der Europäischen Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz, nach der Bürger bei der Vertretung mehrerer Verbraucher vor Gericht mit jeweils 33 % vor allem Verbraucherverbänden und Anwälten vertrauen, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_195\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_195_de.pdf), dort S. 44 [zuletzt aufgerufen am 19. 4. 2011].

<sup>2553</sup> Dreier, *Kompensation und Prävention*, S. 490; dem folgend Sieme, *Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung*, S. 255 f. m.w.N.

<sup>2554</sup> Durch das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen (TelVertrÄndG) vom 29.7.2009, s. oben Fn. 173.

<sup>2555</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, *UWG*, § 20 Rn. 1.

#### D. Erforderlichkeit einer privatrechtlichen Gewinnabschöpfung

den Rechts laut den Feststellungen der Gesetzesbegründung in der Praxis auf Schwierigkeiten stoße.<sup>2556</sup> Die Möglichkeit der Sanktion unlauterer Telefonwerbung über die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG wird dabei bezeichnenderweise als Alternative gar nicht erst erwähnt,<sup>2557</sup> obwohl der Gesetzgeber zuvor die Trennung des § 7 UWG als eigenständige Vorschrift von der Generalklausel des § 3 UWG auch im Tatbestand des § 10 Abs. 1 UWG nachvollzogen hat.<sup>2558</sup> Angesichts der Probleme etwa bei der Anwendung des § 10 UWG auf diese Fallgruppe kann dies wohl auch als realistische Einschätzung angesehen werden.<sup>2559</sup>

Die Geldbuße dient zunächst nicht unmittelbar der Abschöpfung; der Betrag von 50.000,- € soll sich allerdings ausdrücklich nur auf den „Sanktionsbestandteil“ der Geldbuße beziehen, so dass die tatsächlich verhängte Geldbuße im Einzelfall deutlich höher liegen könnte, wenn dem Täter gem. § 17 Abs. 4 S. 1, 2 OWiG mit der Geldbuße auch ein weiterer wirtschaftlicher Vorteil aus der Tat entzogen werden soll.<sup>2560</sup> In einem ersten Anlauf hat die Bundesnetzagentur bisher im Dezember 2009 und Januar 2010 in neun Verfahren Bußgelder in Höhe von insgesamt 500.000,- €<sup>2561</sup> und anschließend im Juli 2010 in zwei weiteren Fällen Bußgelder in Höhe von insgesamt weiteren 194.000 €<sup>2562</sup> verhängt. Damit dürfte sich für diese Fallgruppe mit der Bußgeldlösung eine erheblich stärkere Präven-

---

<sup>2556</sup> Begr. RegE TelVertrÄndG, BT-Drucks. 16/10734, S. 7.

<sup>2557</sup> In der Begründung zu § 20 heißt es lediglich, unlauteres Verhalten im Wettbewerb begründe nach geltendem Recht „insbesondere Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche (§§ 8, 9 UWG)“, Begr. RegE TelVertrÄndG, BT-Drucks. 16/10734, S. 13.

<sup>2558</sup> Vgl. Begr. RegE 1.UWGÄndG, BT-Drucks. 16/10145, S. 30.

<sup>2559</sup> Der *eco*- Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V. hat dagegen den entsprechenden Regelungsentwurf im Referentenentwurf zu einem Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung mit dem Argument kritisiert, es stünde mit den Ansprüchen auf Unterlassung, Schadensersatz und Gewinnabschöpfung bereits ein „einfaches und ausreichendes Instrumentarium zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung“ zur Verfügung, vgl. Stellungnahme vom 18.4.2008, S. 3 abzurufen unter [http://www.eco.de/dokumente/20080418-eco\\_Stellungnahme\\_Unerlaubte\\_Telefonwerbung.pdf](http://www.eco.de/dokumente/20080418-eco_Stellungnahme_Unerlaubte_Telefonwerbung.pdf) [zuletzt aufgerufen am 19.4.2011]; diese Bewertung bestätigt sich nach den bisherigen Erfahrungen mit Gewinnabschöpfung und Schadensersatz gerade nicht.

<sup>2560</sup> Gegenäußerung der Bundesregierung auf die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 16/10734, S. 25; eine Verbesserung der Möglichkeiten zur lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung sieht hierin auch *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 30.

<sup>2561</sup> Vgl. die Pressemitteilung der Bundesnetzagentur vom 29.1.2010, abzurufen unter [http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1931/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2010/100129UnerlaubteTelefonwerbung.html?nn=193010](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1931/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2010/100129UnerlaubteTelefonwerbung.html?nn=193010) [zuletzt aufgerufen am 19.4.2011].

<sup>2562</sup> Vgl. die Pressemitteilung der Bundesnetzagentur vom 29.7.2010, abzurufen unter [http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1931/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2010/100729%20BussgeldUnerlaubteTelWerbung.html?nn=193010](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1931/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2010/100729%20BussgeldUnerlaubteTelWerbung.html?nn=193010) [zuletzt aufgerufen am 19.4.2011].

tionswirkung am Markt der Direktmarketinganbieter erzielen lassen als mit dem bisher stumpfen Schwert der zivilrechtlich gestalteten Gewinnabschöpfung. Dies mag gegen die rechtspolitische Tendenz der letzten Jahre und die privatrechtliche Durchsetzungstradition im Lauterkeitsrecht geschehen sein. Es ist aber ohnehin fraglich, ob mit einer fortschreitenden Liberalisierung und einem strikten Festhalten am System der rein privatrechtlichen Lauterkeitsrechtsdurchsetzung zugleich der zunehmenden Bedeutung des Verbraucherschutzes neben dem reinen Mitbewerberschutz (bezüglich dessen es eher angezeigt sein mag, auf die Selbstreinigungskräfte des Marktes zu vertrauen) hinreichend Rechnung getragen werden könnte.<sup>2563</sup>

### 2. Zusammenfassung

Es sind mehrere Möglichkeiten denkbar, einen (mindestens) gleichwertigen Zielbeitrag zur Prävention im Lauterkeitsrecht zu erreichen wie mit der aktuellen Gewinnabschöpfungsregelung. Ein „milderes“ und zugleich geeignetes Mittel im Sinne einer noch geringeren Belastung für die Normadressaten bei mindestens gleichwertiger Wirksamkeit stellen diese allerdings nicht dar, vielmehr sind sie, wie etwa die Stärkung von Individualansprüchen oder wie die Kollektivklagen, von vorneherein ungeeignet oder sie greifen über hoheitliche Ansprüche mindestens genauso stark in die geschützten Interessen, insbesondere Grundrechtspositionen der Normadressaten ein. Die einzige echte Alternative zur privatrechtlich ausgestalteten Gewinnabschöpfung durch die Verbände dürfte darin bestehen, auf Regelungen über Bußgeldvorschriften als Teil des Strafrechts auszuweichen. Die Verhängung eines Bußgeldes durch eine Behörde beinhaltet bei weitem kein so schweres Unwerturteil und auch keine so starke Stigmatisierung, wie sie der Kriminalstrafe stets anhaftet. Auf diese Möglichkeit

---

<sup>2563</sup> Die Frage einer behördlichen Kontrolle des Lauterkeitsrechts sieht inzwischen auch *Alexander* zumindest auf längere Sicht „auf der Agenda stehen“, vgl. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 30; zum Ganzen noch unten Kap. V. B.4.

D. Erforderlichkeit einer privatrechtlichen Gewinnabschöpfung

einer Behördenlösung wird daher am Ende der Untersuchung noch einmal Bezug genommen werden.

Es bleibt festzuhalten: Solange eine effektive, effiziente und zugleich angemessene Stärkung der Prävention im Lauterkeitsrecht privatrechtlich ausgestaltet werden kann, ist dieser Lösung zwar systematisch der Vorzug einzuräumen. Denn der Eingriffsgehalt einer rein privatrechtlichen Unrechtsgewinnabschöpfung mit breit angelegten Abzugsmöglichkeiten wiegt gegenüber einer Verhängung staatlicher Straf- oder Bußgelder mit Durchgriff auf das Vermögen des Delinquenten unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten deutlich leichter.<sup>2564</sup> Soweit es sich aber erweist, dass die Gewinnabschöpfung und andere zivilrechtliche Durchsetzungsinstrumentarien generell oder für bestimmte Fallgruppen weitgehend ungeeignet sind, das Präventionsziel des Gesetzgebers zu erreichen, gehört die Behördenlösung zu den gangbaren Alternativen – schließlich geht es um die Durchsetzung objektiver Verhaltensanordnungen und überindividueller Rechtsinteressen, beides Aufgaben, die man unproblematisch auch als Aufgaben des Staates ansehen kann.<sup>2565</sup>

---

<sup>2564</sup> V. Braunmühl in Fezer, UWG, § 10 Rn. 134 f., 145, 150 f.

<sup>2565</sup> Zu der von mehreren Seiten gegenüber einer privatrechtlichen Gewinnabschöpfung geäußerten Kritik, es handele sich hier tatsächlich um ein „outsourcing“ von dem staatlichen Strafvorbehalt unterliegenden Aufgaben, vgl. sogleich unten Kap. IV. E. 2).

***E. Normwirkung, Normcharakter und Angemessenheit  
des § 10 UWG***

Die Feststellung, dass der heutige lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfungstatbestand nur eingeschränkt geeignet ist, das Normziel einer besseren Prävention im Lauterkeitsrecht zu erreichen, schließt noch nicht aus, dass die Vorschrift in ihrer Ausgestaltung eine unangemessene Belastung des Normadressaten darstellen könnte, insbesondere nicht, dass die mit der Rechtsfolge zu erreichenden Vorteile zu den mit ihr verbundenen Nachteilen nicht im Verhältnis stünden. Insbesondere ein Aspekt in der Kritik an § 10 UWG wurde in diesem Zusammenhang bisher noch nicht abschließend behandelt: Der Vorwurf der „Pönalität“ oder des „Strafcharakters“ der Vorschrift, und zwar nicht (nur) auf der Normziel- sondern vor allem auf der Wirkungsebene. Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung soll daher eine kurze Diskussion dieser Fragen vorgenommen werden, an die sich eine summarische Prüfung der Vereinbarkeit des § 10 UWG *de lege lata* mit elementaren Grundsätzen des deutschen Rechts und eine abschließende Angemessenheitsabwägung anschließen.

**1. Normwirkung und Pönalität**

Schon oben wurde festgestellt, dass sich Zweck und Wirkung bzw. Charakter einer Norm idealerweise, aber nicht zwangsläufig decken.<sup>2566</sup> Wenn auch für die Identität von Normzweck und Normwirkung eine gewisse „Vermutung“ bestehen mag,<sup>2567</sup> so ist beispielsweise denkbar, dass eine Vorschrift mangels geeigneter tatbestandlicher Ausführung schlicht ungeeignet ist, den intendierten Erfolg herbeizuführen, oder dass eine einseitige Überbetonung eines einzelnen oder mehrerer Regelungszwecke die Vorschrift in ihrer Wirkung auf die Normadressaten quasi über das Ziel hinausschießen lässt. Schließlich ist es sogar möglich, dass eine wenig wirksame Regelung durch ihre Ausgestaltung den

---

<sup>2566</sup> Vgl. Kap. III. A.; Dreier, *Kompensation und Prävention*, S. 126.

<sup>2567</sup> Dreier, *Kompensation und Prävention*, S. 144.



Normadressaten gleichwohl unangemessen belastet. In all diesen Fällen können Normzweck und Normwirkung auseinanderfallen.

Eine objektive Bewertung der Wirkung einer Norm im Sinne einer Kategorisierung stößt allerdings an vielerlei, insbesondere empirische Grenzen. Solche Grenzen der methodischen Nachprüfbarkeit von Wirkungsweisen stellt etwa *Dreier* dort fest, wo letztere ausschließlich vom subjektiven Empfinden des Normadressaten abhängen, insbesondere in Bereichen der Genugtuung, Buße, Sühne und Vergeltung; der schlüssige Nachweis setze den insoweit praktisch kaum durchführbaren Kontrollversuch voraus, nach dem anhand einer konkreten, anders gestalteten Rechtsfolge Art und Ausmaß des insoweit abweichenden Verhaltens festgestellt werden könnten.<sup>2568</sup> Dennoch soll im Folgenden ein Aspekt, der im Zusammenhang mit der Normwirkung des § 10 UWG immer wieder genannt wird, anhand ganz unterschiedlicher Aspekte zumindest schlaglichtartig beleuchtet werden: Die Frage nach dem angeblichen „Strafcharakter“ oder der „Pönalität“<sup>2569</sup> der Gewinnabschöpfung. Das eigentliche Hauptgewicht der Kritik an der Wirkungsweise des Gewinnabschöpfungsanspruchs liegt schließlich nicht auf seiner abschreckend-präventiven Zielrichtung, sondern auf einer angeblich darüber hinausgehenden pönalen, also regelrecht strafenden Ausgestaltung. Im Rahmen dieser Diskussion werden, wie oben bereits dargelegt, die Kategorien und Begrifflichkeiten von Prävention, Sanktion und Strafe oft undifferenziert vermengt.<sup>2570</sup>

Zwar kann man gerade unter der Annahme einer „Steuerungsfunktion von Recht“ mit *Jung* die Möglichkeit der „Annäherung von Zivilrecht und Strafrecht

---

<sup>2568</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 127, auch Fn. 20.

<sup>2569</sup> So etwa der Wortlaut in der Begr. zum RefE UWG, abgedr. GRUR 2003, 298, 310; dazu *Sack* BB 2003, 1073, 1080; *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16 m.w.N.; vgl. bereits *Grauel/Luhrenberg* WRP 1980, 521, 525.

<sup>2570</sup> Auch hierzu vgl. Kap. III. A.

unter dem Dach der Prävention<sup>2571</sup> diskutieren; die präventive Ausrichtung der Gewinnabschöpfung allein lässt, wie oben schon dargelegt, aber jedenfalls noch keinen Schluss auf deren strafenden Charakter zu.<sup>2572</sup> Nicht schon jede abschreckend wirkende Zahlungsverpflichtung ist zugleich pönal und damit zivilrechtsfremd.<sup>2573</sup> Soweit *Schaub* ganz grundsätzlich davon ausgeht, bei der Gewinnabschöpfung ließen sich „gewollte“ Prävention und „grundsätzlich abgelehnte“ Sanktion [im Sinne von „Strafe“, *Anm. d. Verf.*] nicht klar trennen,<sup>2574</sup> kann dem auf der Ebene der Normwirkung ebenso wenig gefolgt werden wie auf der der Normzwecke.<sup>2575</sup> Will man die Pönalität einer Rechtsfolge positiv feststellen, muss diese vielmehr eindeutig Vergeltungscharakter besitzen und eine gegenüber dem Normadressaten eine Wirkung von Buße und Sühne entfalten.<sup>2576</sup>

### a) Strafcharakter ohne ausdrückliche gesetzgeberische Intention?

Ob eine Norm Strafcharakter hat, ergibt sich nicht (nur) aus ihrem „äußeren Gewand“,<sup>2577</sup> sondern aus einer Bewertung ihres Zwecks *und* ihrer tatsächlichen Wirkung.<sup>2578</sup> Es muss an dieser Stelle allerdings offenbleiben, ob sich bei der Qualifizierung einer Rechtsfolge als „Strafe“ oder „Nicht-Strafe“ Normzweck und Normwirkung tatsächlich so sauber voneinander trennen lassen, wie das etwa bei der Frage der Prävention gelingen mag. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Trennung in seiner Entscheidung zur Frage des Strafcharakters des erweiterten Verfalls jedenfalls nicht vorgenommen.<sup>2579</sup> Da eine Regelung zur Ab-

---

<sup>2571</sup> *Jung*, Was ist Strafe?, S. 77; zur Historie der Trennung zwischen zivil- und strafrechtlichen Aufgaben vgl. die Nachw. bei *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 516 ff.

<sup>2572</sup> Ebenso i.E. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 74; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 3.

<sup>2573</sup> Vgl. *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 708.

<sup>2574</sup> *Schaub* GRUR 2005, 918, 923.

<sup>2575</sup> Vgl. aber auch *Stürner*, der umgekehrt aus der Tatsache, dass viele der auf den Anspruchsgegner unmittelbar nachteilig wirkenden zivilrechtlichen Rechtsfolgen des Zivilrechts zumindest auch eine Sanktionierungs- sowie Abschreckungsfunktion hätten, schließt, dass sich eine trennscharfe Grenze zwischen Zwecken Straf- und Zivilrechts gar nicht ziehen lasse, vgl. *Stürner* AfP 1998, 1, 8; zum Ganzen sei auch nochmals verwiesen auf *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 515 ff.

<sup>2576</sup> Ähnlich *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 521 f.

<sup>2577</sup> So im Zusammenhang mit § 10 UWG *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16.

<sup>2578</sup> So auch *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16; ähnlich *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 75; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 71; zum Verfall *Best* JR 2003, 337 ff.

<sup>2579</sup> BVerfG NJW 2004, 2073 ff.

schöpfung von Unrechtsgewinnen nicht zwangsläufig vergeltender Natur sei, liege es vielmehr in der Entscheidung des Gesetzgebers, ob er mit einer gewinnabschöpfenden Maßnahme *zugleich* Strafzwecke verfolgen wolle oder nicht.<sup>2580</sup> Prävention und Strafe dagegen trennt auch das BVerfG im Übrigen begrifflich wie inhaltlich klar voneinander.<sup>2581</sup>

Auch wenn man also mit den Argumenten des BVerfG davon ausgeht, dass schon die mangelnde entsprechende und ausdrückliche Zweckbestimmung durch den Gesetzgeber dagegen spricht, die Regelung als strafende zu charakterisieren – es findet sich in der Gesetzesbegründung zumindest nirgends (mehr) ein Hinweis, dass die Bestrafung des Zuwiderhandelnden ein originärer Zweck oder unmittelbares Ziel der Gewinnabschöpfung wäre<sup>2582</sup> –: Untersucht man den Gewinnabschöpfungsanspruch auf die Intensität seiner Wirkung auf den Normadressaten, lässt sich dennoch zum einen die Frage stellen, ob es sich bei ihm um einen in seiner Ausgestaltung und Wirkung über reine Prävention hinausgehenden Anspruch handelt, bzw. also tatsächlich, wie etwa *Schaub* vertritt, seine „Präventionswirkung (...) unmittelbar in eine Sanktionswirkung [von *Schaub* ersichtlich verstanden im Sinne von *Strafwirkung*, *Anm. d. Verf.*] einmündet“.<sup>2583</sup> Diese Untersuchung einer Art mittelbaren Strafwirkung setzt die Einbeziehung der konkreten tatbestandlichen Ausgestaltung – gerade auch im Ver-

<sup>2580</sup> BVerfG NJW 2004, 2073, 2074.

<sup>2581</sup> Vgl. BVerfG NJW 2004, 2073, 2075; zum Ganzen bereits oben Kap. III. A. 4. c) (3). Anders wohl *Kur*, die eine Trennung zwischen pönal und präventiv zumindest für den Bereich überkompensatorischen Schadensersatzes im Immaterialgüterrecht für unmöglich hält, da die Pönalität nicht selten mit Präventionsmaßnahme einhergehe. Daher sollten überkompensatorische Elemente aus Gründen der „Transparenz (...)“ offen als pönal bzw. punitiv ausgesprochen werden“. Bei solch klarer Benennung sei auch eine bessere Abwägung im Sinne der Verhältnismäßigkeitsprüfung möglich, näher *Kur* FS Kollé/Stauder 2005, S. 365, 370.

<sup>2582</sup> Im Gegensatz zum Referentenentwurf, der immerhin noch von einem „Strafcharakter“ der Gewinnabschöpfung sprach, vgl. RefE UWG, mit Begr. abgedr. GRUR 2003, 298, 310, ist in den abschließenden Gesetzesmaterialien nur noch vom „Sanktionscharakter“ die Rede. Wenn mit diesem die Nichtaufnahme des Mitbewerbers in den Kreis der Aktivlegitimierten begründet wird, liegt hierin wohl vor allem eine gewisse terminologische Unschärfe bzw. ist dies darauf zurückzuführen, dass weite Teile der Begründung dem Text zum Referentenentwurf entnommen wurden; dass der Gesetzgeber den Begriff des „Strafcharakters“ durch die neutrale Formulierung des „Sanktionscharakters“ ersetzt hat, spricht vielmehr deutlich gegen tatvergeltende Normzwecke (a.A. aber *Sack* BB 2003, 1073, 1080; ähnlich *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16). Die einzige ausdrückliche Zielvorgabe des Gesetzgebers ist vielmehr die der „wirksamen Abschreckung“ vor besonders gefährlichen Zuwiderhandlungen gegen das Lauterkeitsrecht, vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2583</sup> So *Schaub* GRUR 2005, 918, 923.

gleich zu anderen präventiv orientierten Rechtsinstrumenten – voraus<sup>2584</sup> und kann unter Umständen Rückschlüsse auf die tatsächliche Ziele des Gesetzgebers zulassen. Immerhin geht auch das BVerfG in einer anderen Entscheidung davon aus, dass die in den Materialien zum Ausdruck kommenden Intentionen der Gesetzesverfasser nur insoweit zu berücksichtigen sind, als sie sich im objektiven Gesetzesinhalt auch niederschlagen, der konkrete Normtext also grundsätzlich für sich zu interpretieren ist.<sup>2585</sup> Zumindest aber lässt sich zum anderen im Rahmen der Angemessenheit überprüfen, ob die Gewinnabschöpfung über die präventive Zielvorgabe des Gesetzgebers hinaus überabschreckend (im Sinne einer „*overdeterrence*“) oder gar repressiv auf den Normadressaten wirkt.

### b) Pönalität durch Überkompensation?

*Dreier* überprüft die fragliche Pönalität von präventiv intendierten Schadensersatzansprüchen anhand der Kernfrage, in welcher Beziehung diese zu dem ihrem Haftungssystem zugrundeliegenden gesetzgeberischen Programm stünden.<sup>2586</sup> Soweit von einer Beschränkung des Schadensersatzrechts auf den Ausgleich ausgegangen werden müsse, der Güterschutz also nur sekundär sei, müsse „jede den Ausgleich übersteigende Zahlung in der Tat zumindest als zivilrechtsfremd, wenn nicht gar als pönal erscheinen“. Räume man dagegen dem Güterschutz oberste Priorität ein, so sei der Ausgleich „lediglich ein Mittel“ zur Erreichung dieses Ziels, neben dem auch im Rahmen des Zivilrechts „durchaus Raum für weitere, den Ausgleich übersteigende Sanktionen“ bleibe.<sup>2587</sup> Im Vergleich zum („reinen“) Kompensationsanspruch kann sich allerdings ein Gewinnabschöpfungs- oder -herausgabeanspruch aus Sicht des Schuldners sowohl günstiger (quasi „unterkompensatorisch“) oder ungünstiger, also überkompensatorisch, auswirken – schlicht deshalb, weil seine Bemessung grundsätzlich unabhängig

---

<sup>2584</sup> Vgl. dazu sogleich unten.

<sup>2585</sup> BVerfGE 62, 1, 45.

<sup>2586</sup> *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 708.

<sup>2587</sup> *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 708.

von einem zu kompensierenden Schaden stattfindet.<sup>2588</sup> Er stellt nicht zwangsläufig eine gegenüber dem Schadensersatzanspruch härtere Sanktion für den Zuwiderhandelnden dar. Wie er sich faktisch auswirkt, hängt neben dem vorgegebenen *telos* und der tatbestandlichen Ausgestaltung der entsprechenden Rechtsnormen auch von der richterlichen Berechnungsweise und den prozessualen Waffen der Parteien bei der Durchsetzung ab. Allerdings bleibt die Abschöpfung der Unrechtsgewinne, soweit sie sich in der Neutralisierung von Wettbewerbsverstößen erschöpft, von der Belastung des Normadressaten her betrachtet sogar hinter der Vertragsstrafe zurück.<sup>2589</sup> Auch aus diesem Aspekt ergibt sich daher nicht ohne weiteres eine pönale oder repressive Ausrichtung oder Wirkung des Gewinnabschöpfungsanspruchs.

### c) Prävention durch vergangenheitsbezogene Ansprüche?

Tatsächlich setzt der Gesetzgeber durch den konsequenten Entzug der erwirtschafteten Vorteile eines Rechtsverstößes vor allem einen Anreiz zu rechtskonformem Verhalten,<sup>2590</sup> der auf den Zuwiderhandelnden unmittelbar im Sinne der Prävention einwirkt. Sieht man allerdings „reine“ Prävention als immer nur zukunftsbezogen an – da ein Verhalten aus der Vergangenheit im Sinne der Verhaltenssteuerung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann –, muss man zu dem Schluss kommen, dass „puren“ präventiven Rechtsschutz nur negatorische Rechtsfolgen bieten können.<sup>2591</sup> Dies bedeutet aber noch nicht, dass ein Anspruch wie § 10 UWG allein wegen der ihm eigenen Kombination von Präventionszweck und retrospektiven Elementen pönal wirken würde. Vielmehr ist die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung zwar vergangenheitsbezogen, sie kann aber dennoch unmittelbar Präventionszwecke verfolgen, ohne zur Privatstrafe zu

---

<sup>2588</sup> Inwieweit eine überkompensatorische Abschöpfung durch § 10 UWG überhaupt denkbar ist, hängt im Übrigen entscheidend von der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „zu Lasten“ ab, vgl. zu dessen Anforderungen insoweit oben Kap. III. F. 2. c).

<sup>2589</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 3.

<sup>2590</sup> Indem Rechtstreue für den Unternehmer im Wortsinne „kalkulierbar“ werde, vgl. *Alexander JZ* 2006, 890, 894.

<sup>2591</sup> So *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 416, 419.

werden. Insofern ist ihre Situation vergleichbar mit den (auch) präventiv orientierten Formen des Schadensersatzes.<sup>2592</sup> Der Schadensersatz wirkt neben bzw. vor seinem Präventionsgehalt vor allem kompensatorisch, und die objektive Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht dient neben dem billigen und angemessenen Interessenausgleich angesichts eines besonderen Schutzbedürfnisses<sup>2593</sup> zugleich als Sanktion für die Rechtsverletzung und mittelbar der Prävention.<sup>2594</sup> Die Rechtsfolge der Gewinnabschöpfung wirkt demgegenüber zwar nicht kompensatorisch, jedoch ihrerseits kondiktionsähnlich-vermögensordnend und soll gerade hierdurch ihre präventive, jedoch nicht zwangsläufig „strafende“ Wirkung entfalten. Ähnlich hat dies das Bundesverfassungsgericht zum erweiterten Verfall betont: Die vergangenheitsbezogene Funktion der Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung der Vermögensordnung führe nicht dazu, dass der korrigierende Eingriff des Staates notwendig als „repressiv“ einzuordnen sei.<sup>2595</sup> Solange der Regelung eine klar präventive Zielrichtung zugrunde liege, etwa die, den rechtswidrigen Zustand im Sinne „ordnender Gerechtigkeit“ für die Zukunft zu beseitigen, und ihre Anordnung nicht darauf abziele, dem Betroffenen „die Begehung der Herkunftstat vorzuhalten und über sie ein sozialetisches Unwerturteil zu sprechen“, wirke sie auf diesen auch nicht wie eine Strafsanktion.<sup>2596</sup>

### **d) Keine Zufügung eines „zusätzlichen Übels“**

Die Diskussion über die Wirkung des strafrechtlichen Verfalls ist noch in einem weiteren Punkt von Interesse. Die im Jahre 1992 erfolgte Einführung des Brut-

---

<sup>2592</sup> Hiervon zu unterscheidenden ist allerdings der Vorschlag, die Prävention durch einen „Strafzuschlag insbesondere im immaterialgüterrechtlichen Schadensrecht stärker zu betonen, vgl. dazu *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 500 ff.

<sup>2593</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 1972, 189, 190 – *Wandsteckdose II*.

<sup>2594</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 9 Rn. 1.41.

<sup>2595</sup> BVerfG NJW 2004, 2073, 2074.

<sup>2596</sup> An dieser Stelle zeigt sich besonders deutlich, in welchem Maß das BVerfG für die Qualifizierung der Wirkung einer Regelung auf den Willen des Gesetzgebers hinsichtlich des Normzwecks abstellt, vgl. BVerfG NJW 2004, 2073, 2075.

E. Normwirkung, Normcharakter und Angemessenheit des § 10 UWG  
toprinzips<sup>2597</sup> für die §§ 73 ff. StGB werteten gewichtige Stimmen in der Literatur nämlich als Änderung des Normcharakters des Verfalls; dieser wandle sich von der vorher weitgehend unbestritten neutralen Maßnahme zu einer vergeltenden, ergo strafenden Regelung.<sup>2598</sup> Insbesondere erlege das Gesetz dem Täter nun über die bloße Abschöpfung des durch die Tat noch Vorhandenen hinaus ein zusätzliches Übel auf, das durch den kondiktionsähnlichen Charakter des ursprünglichen Verfallsinstituts nicht mehr gedeckt sei.<sup>2599</sup> Das BVerfG ist diesen Bedenken unter anderem mit einem Verweis auf die bereicherungsrechtliche Vorschrift des § 818 Abs. 3 BGB gegenüber den §§ 818 Abs. 4, 819 BGB entgegengetreten, die dem Bösgläubigen anders als dem Gutgläubigen ebenfalls das Risiko wirtschaftlicher Verluste zuwies, ohne ihrerseits als pönal angesehen zu werden.<sup>2600</sup>

Die Frage nach der richtigen Bewertung des Bruttoprinzips beim strafrechtlichen Verfall kann hier dahinstehen; denn wie die Tatbestandsuntersuchung bestätigt hat, greift § 10 UWG gerade nicht in eine schützenswerte Rechtsposition des Anspruchsschuldners ein.<sup>2601</sup> Es werden vielmehr, wie oben gezeigt, bei der Gewinnabschöpfung *de lege lata* ausschließlich solche Gewinne abgeschöpft, die kausal durch die Unlauterkeit erwirtschaftet wurden und die der vorsätzlich Zuwiderhandelnde nach einem allgemeinen Rechtsempfinden nicht sollte behalten dürfen. Der Zuwiderhandelnde soll, wie oben gezeigt wurde, im Übrigen ausdrücklich über den erzielten (Netto-) Unrechtsgewinn hinaus nicht belastet werden.<sup>2602</sup> Die Ausgestaltung der Gewinnabschöpfung nach dem Nettoprinzip, auch unter den Vorzeichen der Gemeinkostenanteil-Entscheidung, und die Ent-

---

<sup>2597</sup> Vor allem aus Gründen einer erleichterten Ermittlung der Abschöpfungssumme, vgl. RegE AWG/StGBÄG, BT-Drucks. 12/1134, S. 12.

<sup>2598</sup> Vgl. Fischer, StGB, § 71 Rn. 3; Eser in Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. § 73 Rn. 19; s. weitere zahlreiche Nachw. in BVerfG NJW 2004, 2073, 2076.

<sup>2599</sup> Vgl. die Nachw. in BVerfG NJW 2004, 2073, 2076.

<sup>2600</sup> BVerfG NJW 2004, 2073, 2076 m.w.N.; zur Bedeutung dieser Diskussion für die Bewertung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung s. ausführlich Gärtner, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 165 ff.

<sup>2601</sup> Ebenso Micklitz in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 75.

<sup>2602</sup> Vgl. nur die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/1487, S. 43.

scheidung gegen eine Erlös- und damit eine Brutto-Abschöpfung, wie sie inzwischen bei §§ 73 ff. StGB angewandt wird, schließen damit eine Strafab sicht und letztendlich auch eine Strafwirkung geradezu aus.<sup>2603</sup> Eine Strafe würde über die Neutralisation von Unrechtsgewinnen hinausgehende, weitergehende Sanktionen erfordern,<sup>2604</sup> die dem Zuwiderhandelnden „additive Lasten“ auferlegen,<sup>2605</sup> ähnlich wie es beim Strafschadensersatz durch die Multiplikation der Kompensationssumme geschieht. Hinsichtlich derjenigen Vermögensbestandteile, die weder von der Schadensersatzpflicht umfasst noch als Unrechtsgewinne anzusehen sind, ist schließlich auch der Zuwiderhandelnde von der Rechtsordnung grundsätzlich geschützt.<sup>2606</sup> Insoweit fehlt es an der für strafende Sanktionen typischen Eingriffsqualität in derart geschützte bzw. schützenswerte Rechtspositionen.<sup>2607</sup> Die Prävention hingegen setzt nicht die Zufügung eines zusätzlichen Übels im Sinne einer Strafe oder eines Bußgeldes voraus,<sup>2608</sup> die Abschreckungswirkung kann allerdings größer sein, wenn aufgrund präventiver Kriterien über die Neutralisierung zu Unrecht erlangter Vorteile hinaus ein zusätzliches Übel verhängt wird.<sup>2609</sup> Damit mag bei der aktuellen Gesetzesfassung auch ein gewisser Anteil an potentieller Präventionswirkung verloren gehen,<sup>2610</sup> aber es ist gerade dieser Anteil, der den Anspruch aus der reinen Prävention in eine

---

<sup>2603</sup> Ebenso *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 284; *Bottke* unterscheidet in seiner Begriffsanalyse zu den Strafzwecken zwischen „deliktslastenschaffenden“ („kostenproduktiven“), „deliktsvorteilsabschöpfenden“ („kondiktiven“) und „deliktsfolgenbeseitigenden“ („restitutiven“) Reaktionsmitteln, vgl. *Bottke*, Assoziationsprävention, S. 11.

<sup>2604</sup> Ebenso *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 75; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 3; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 46; *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 283; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 164; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 61; vgl. auch v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 135.

<sup>2605</sup> *Bottke*, Assoziationsprävention, S. 15; aufgegriffen auch von *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 164 sowie *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 61.

<sup>2606</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 122.

<sup>2607</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 75.

<sup>2608</sup> Ähnlich *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 44, der allerdings auf die Gegenansicht *Eberts* verweist, nach der eine Gewinnabschöpfung zumindest zur Abschreckung nicht ausreiche, da der Täter schlimmstenfalls nicht mehr habe als vorher, dies sei „nicht abschreckend, da muss noch was dazukommen“, s. Diskussionsbeitrag *Ebert* Karlsruher Forum 2006, S. 172. Hierbei kommt es allerdings insbesondere darauf an, an welchem Verschuldensmaßstab sich die Rechtsfolge ausrichtet, vgl. ausführlich unten insb. Kap. V. A. 2. b) (6).

<sup>2609</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 44; zu den Grenzen der Verhaltenssteuerung insoweit aber unten Kap. V. A. 2. b) (2).

<sup>2610</sup> *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 562; vgl. auch oben Kap. IV. C. 3. b).



Form der Pönalität übergehen lassen könnte,<sup>2611</sup> der zumindest aber eine andere Diskussion zur Angemessenheit der Abschöpfungsregelung als zivilrechtliche Rechtsfolge erfordern würde.<sup>2612</sup> Solange aber die privatrechtliche Abschöpfungsklage nur wirtschaftlich messbare Unrechtsvorteile neutralisiert, ist sie nicht als „verkappte Strafvorschrift“ anzusehen;<sup>2613</sup> sie mag dann im Einzelfall zwar überkompensatorisch wirken, wird aber nie den Betrag des zu Unrecht im Vermögen des Zuwiderhandelnden vorhandenen Unlauterkeitsgewinn übersteigen.

#### e) Anrechnungsregelung des § 10 Abs. 2 UWG

Die „Sanktionswirkung“<sup>2614</sup> der Gewinnabschöpfung soll außerdem nur soweit zum Tragen kommen, als der Unrechtsgewinn nicht bereits durch die Ansprüche Dritter oder des Staates abgeschöpft ist. Dies ergibt sich aus den Subsidiaritätsregelungen des § 10 Abs. 2 UWG. Die Gesetzesmaterialien führen dazu ausdrücklich aus, dass die zu schließende Schutzlücke nicht mehr gegeben sei, soweit der Unrechtsgewinn durch Befriedigung der Abnehmer oder Dritter, wie auch durch staatliche Sanktionen wie Geldstrafen abgeschöpft sei.<sup>2615</sup> Der „Präventionszweck, dass sich unlauteres Handeln nicht lohnen darf“, sei insoweit bereits erreicht.<sup>2616</sup> Wenn aber § 10 UWG als nachrangiger Anspruch auf Abschöpfung von verbleibenden Unrechtsgewinnen, als eine Art Auffangtatbestand zur Wahrung der Präventivwirkung an die Stelle nicht realisierter Ansprüche anderer Marktbeteiligter tritt, dann kann er weder auf die Bestrafung des Zuwiderhandelnden ausgerichtet sein noch tatsächlich Strafcharakter haben; insofern gelten die oben getroffenen Überlegungen zum Verhältnis von Anrechnungsregelungen und Normzweck entsprechend.<sup>2617</sup> Die vorrangigen Ansprüche Dritter

---

<sup>2611</sup> In diesem Sinne wohl *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 166; ähnlich *Bauer*, die hierin allerdings eine „reine Bestrafung“ sähe, vgl. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 159.

<sup>2612</sup> Zur Frage einer entsprechenden Umgestaltung der Gewinnabschöpfung *de lege ferenda* vgl. daher unten Kap. V. A. 3.

<sup>2613</sup> So auch zu § 34a GWB *Lettl*, Kartellrecht, § 11 Rn. 114.

<sup>2614</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2615</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2616</sup> Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/1487, S. 43.

<sup>2617</sup> Oben Kap. III. E. 8. b).

werden in erster Linie private Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche sein. Auch deren Geltendmachung nähme der Zuwiderhandelnde selbstverständlich als „Übel“ wahr; eine strafende Ausrichtung haben sie dennoch unbestreitbar nicht, und auch eine strafende Wirkung im Sinne eines pönalen Charakters wird insoweit wohl niemand annehmen wollen. Dann wäre es aber wenig schlüssig, diese Ansprüche einer auf Tatvergeltung ausgerichteten Rechtsfolge vorgehen zu lassen.

Dass umgekehrt die Anrechenbarkeit von Geldstrafen einer Vermischung von Abschreckung und Strafe Vorschub leisten würde, wie *Schaub* es annimmt,<sup>2618</sup> mag wohl eher in einem anderen Sinne stimmen: Vielmehr mag die Befürchtung berechtigt sein, dass die mit der Kriminalstrafe verfolgten Strafzwecke durch die Anrechnung im Einzelfall leerlaufen könnten.<sup>2619</sup> Soweit ersichtlich, ist es allerdings in der Praxis zu einer entsprechenden Kollision von strafrechtlicher und zivilrechtlich-abschöpfender Rechtsverfolgung eines Lauterkeitsrechtsverstoßes bisher noch nicht gekommen.

### f) Zwischenergebnis

Die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung ist ein zivilrechtliches Sanktionsinstrument gegenüber lauterkeitswidrigem Verhalten, das präventiv-abschreckend und vergangenheitsbezogen ausgerichtet ist – Strafwirkung entfaltet sie dabei ersichtlich keine. Der Gewinnabschöpfungsanspruch kann zwar im Einzelfall – und je nach Auslegung des Tatbestandmerkmals „zu Lasten“ – grundsätzlich auch überkompensatorisch wirken, tastet aber nicht im Sinne eines „zusätzlichen Übels“ das sonstige, von der Rechtsordnung geschützte Vermögen des Zuwiderhandelnden an. Dies ergibt sich auch aus der Anrechnungsregelung des § 10 Abs. 2 UWG. Aus keinem der oben angesprochenen Aspekte stellt sich

---

<sup>2618</sup> *Schaub* GRUR 2005, 918, 923 Fn. 69.

<sup>2619</sup> Vgl. dazu die Kritik in der Stellungnahme des Bundesrates zum RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 35, auf die sich *Schaub* im Übrigen auch bezieht.

die Rechtsfolge gegenüber dem Normadressaten daher als unangemessener Eingriff in dessen schützenswerte Rechtspositionen dar. Vielmehr beschränkt sich der Haftungsumfang des § 10 UWG auf einen vermögensordnenden, zugleich präventiv wirkenden Zugriff auf nicht schützenswerte, kausal auf den Lauterkeitsrechtsverstoß zurückgehende Netto-Unrechtsgewinnanteile.

## 2. Vereinbarkeit mit übergeordneten Rechtsprinzipien

Einige kritische Stimmen in der Literatur halten den Gewinnabschöpfungsanspruch darüber hinaus außerdem für unvereinbar mit weiteren übergeordneten Prinzipien des deutschen Rechts. Wesentlicher Anknüpfungspunkt ist hier die Argumentation, es handele sich bei der Gewinnabschöpfung um ein systemwidriges „*outsourcing* von Strafjustiz“,<sup>2620</sup> und die damit einhergehende Überlassung von „Strafbefugnissen“ an Private in § 10 UWG sei „aus verfassungsrechtlichen Gründen zumindest bedenklich“.<sup>2621</sup> Diese grundsätzlichen – im Übrigen auch im Zusammenhang mit der dritten Schadensberechnungsmethode nicht unbekanntem<sup>2622</sup> – Bedenken werden vor allem auf die Entscheidung des BGH zur Nichtvollstreckbarkeit US-amerikanischer *punitive damages* gestützt.<sup>2623</sup> Ein Verstoß gegen das Kompensationsprinzip oder eine Systemwidrigkeit im Rechtsfolgensystem der §§ 8, 9 UWG ist dabei für die Gewinnabschöpfung von vorneherein zu verneinen, da § 10 UWG als Vorschrift *sui generis* an einer Konformität mit dem übrigen Deliktsrecht nicht zu messen ist.<sup>2624</sup> Dass die Kritik aber auch im Übrigen letztlich nicht überzeugen kann, wurde in der Vergangenheit hinreichend belegt.<sup>2625</sup> Es soll daher im Folgenden nur eine summarische Zusammenfassung des Meinungsstandes gegeben werden.

---

<sup>2620</sup> Sack WRP 2003, 549, 558.

<sup>2621</sup> Wimmer-Leonhardt GRUR 2004, 12, 18 und 20.

<sup>2622</sup> Vgl. etwa Kur FS Kollé/Stauder 2005, S. 365, 370, Fn. 19.

<sup>2623</sup> BGH NJW 1992, 3096 ff.

<sup>2624</sup> I.E. ebenso Fehle mann, Abschöpfungsansprüche, S. 114.

<sup>2625</sup> Vgl. die Nachw. bei Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 106 ff.; Goldmann in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 17 ff.; ohne Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 10 UWG auch etwa OLG Frankfurt K&R 2010, 598, 599.

**a) Staatliches Strafmonopol**

§ 10 UWG ist formal und systematisch nicht als Strafnorm, sondern als zivilrechtlicher Anspruch angelegt – das Strafmonopol des Staates<sup>2626</sup> wird schon deshalb nicht berührt.<sup>2627</sup> Vor allem aber stehen den Anspruchsberechtigten bei der Rechtsdurchsetzung keine originären und hoheitlichen Eingriffsbefugnisse oder auch nur Ermittlungsbefugnisse wie etwa den Staatsanwaltschaften zu, und auch hinsichtlich der Rechtsfolge Gewinnabschöpfung ist ihnen lediglich ein zivilrechtlicher Anspruch an die Hand gegeben, über dessen Anwendbarkeit und Reichweite im Streitfall von vorneherein ein Gericht entscheiden muss. Die Sanktionsgewalt bleibt insoweit beim Staat, der im Übrigen die Objektivität des Verfahrens gewährleistet.<sup>2628</sup> Von einem Status des klageberechtigten Verbandes als „privater Staatsanwalt“ kann daher im Ergebnis keine Rede sein.<sup>2629</sup> Damit berührt § 10 UWG weder die Geltung des Staatsvorbehalts des Art. 33 Abs. 4 GG noch das Demokratie- oder das Rechtsstaatsprinzip.<sup>2630</sup> Bereits die in diesem Zusammenhang viel zitierten *punitive damages* wurden im Übrigen mangels Registereintrages bzw. Vorstrafenwirkung als nicht mit der echten Kriminalstrafe vergleichbare Privatstrafe angesehen.<sup>2631</sup>

Nichts anderes ergibt sich aus der Besonderheit überindividueller Rechtsverfolgung: Soweit der IX. Senat des BGH in seiner *punitive-damages*-Entscheidung aus dem Jahre 1992 solche Sanktionen, die der Bestrafung und Abschreckung und damit „dem Schutz der Rechtsordnung im allgemeinen“ dienen, grundsätz-

---

<sup>2626</sup> Vgl. dazu *Ronellenfitsch* NVwZ 1998, 1021, 1023 f.; *DiFabio* JZ 1999, 585, 591 f.; im Zusammenhang mit § 10 UWG vgl. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 70 sowie *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 138 ff., jew. m.w.N.; krit. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 107 f. m.w.N.

<sup>2627</sup> I.E. ebenso *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 75; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 17; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 3; zust. *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 116; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 76; ähnlich *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 83, 109; a.A. *Sack* WRP 2003, 549, 552; *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42 f.; *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16 f.; *Mönch* ZIP 2004, 2032, 2038.

<sup>2628</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 17; *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 142; zust. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 75.

<sup>2629</sup> Vgl. aber krit. *Wimmer-Leonhardt*, GRUR 2004, 12, 18

<sup>2630</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 17; *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 142, jew. m.w.N.

<sup>2631</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 117 ff. mit Verweis etwa auf *Bungert* ZIP 1992, 1707, 1709; *Stürner/Stadler* IPRax 1990, 157, 158 sowie weiteren Nachw.

lich unter das Strafmopol des Staates fasst,<sup>2632</sup> steht dies einem präventiv ausgerichteten zivilrechtlichen Anspruch noch nicht entgegen.<sup>2633</sup> Tatsächlich ist zwar der praktische Nicht-Gebrauch des Strafrechts in bestimmten Rechtsgebieten noch kein Argument für eine zwingende Abwanderung einer Sanktion vom Strafrecht ins Zivilrecht.<sup>2634</sup> Es zeigt sich aber gerade an Sondermaterien wie dem Immaterialgüterrecht, aber eben auch dem Lauterkeitsrecht, dass eine dem üblichen zivilrechtlichen Sanktionszweck folgende Berücksichtigung ausschließlich individueller Interessen in gewisser Weise unbefriedigend bliebe, dass vielmehr übergeordnete Ordnungsziele auch in der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung ihre Berechtigung haben<sup>2635</sup> – zumindest soweit die Instrumentarien des Privatrechts zu deren Durchsetzung auch geeignet sind.<sup>2636</sup> Und gerade die Berücksichtigung überindividueller Präventionsziele hat etwa der I. Senat des BGH mit der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung zur dritten Schadensberechnungsmethode inzwischen anerkannt.<sup>2637</sup>

Bereits oben wurde gezeigt, dass die Gewinnabschöpfung weder vom Normzweck noch von der Normwirkung her eine „rein strafende Sanktion“ für verbotenes Verhalten darstellt, die sich als originäre Staatsaufgabe betrachten ließe,<sup>2638</sup> sondern dass sie schlicht als präventiv intendierter und (in Grenzen) ebenso wirkender Anspruch einzuordnen ist. Die Schaffung des § 10 UWG kann daher auch nicht funktional als „*outsourcing*“ von Strafjustiz<sup>2639</sup> oder eine erste „Privatisierung“<sup>2640</sup> von Strafrecht angesehen werden.<sup>2641</sup> Ebenso wenig lässt sich aus der Tatsache, dass der abgeführte Betrag an den Bundeshaushalt geht,

---

<sup>2632</sup> BGH NJW 1992, 3096, 3104.

<sup>2633</sup> Ebenso *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 616.

<sup>2634</sup> So zum Immaterialgüterschutz *Kur* FS Kollé/Stauder 2005, S. 365, 370, Fn. 19.

<sup>2635</sup> Insb. für den Bereich des Immaterialgüterschutzes *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 616.

<sup>2636</sup> Dies scheint gerade für die Belange des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht tatsächlich fraglich, vgl. dazu unten ab Kap. V. B. 2.

<sup>2637</sup> BGH GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*; vgl. auch oben Kap. III. A. 1.

<sup>2638</sup> So aber *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 17 m.w.N.

<sup>2639</sup> *Sack* WRP 2003, 549, 558.

<sup>2640</sup> *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42.

<sup>2641</sup> Zum Ganzen ausführlich v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 136, 138 ff.

auf den Normcharakter als einen „strafenden“ schließen, gar im Sinne des StGB oder einer dem Verfall entsprechenden Regelung.<sup>2642</sup>

### b) Grundsatz des „ne bis in idem“

Trotz der Anrechnungsvorschriften in § 10 Abs. 2 UWG werden weitere verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 10 UWG insoweit geäußert, als die Gewinnabschöpfung im Falle eines parallel laufenden Strafverfahrens gegen Art. 103 Abs. 3 GG verstoße;<sup>2643</sup> es bestünden dann unabhängig von der Anrechnungsmöglichkeit zwei parallele Verfahren mit Strafcharakter.<sup>2644</sup> Dem ist schon mangels strafender Ausrichtung und Wirkung der Gewinnabschöpfung nicht zuzustimmen. Selbst wenn man aber von einem Strafcharakter des § 10 UWG ausgehe, so gehörte dieser doch nicht dem Kern- und Nebenstrafrecht an, das an ein gesteigertes Unwerturteil gebunden ist und etwa wesentliche Beeinträchtigungen des Ansehens des Betroffenen zur Folge hat;<sup>2645</sup> auf dieses aber ist das Verbot des *ne bis in idem* beschränkt.<sup>2646</sup> Ein Nebeneinander von privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung und strafrechtlicher bzw. staatlicher Verfolgung schließt dieser Grundsatz gerade nicht aus.<sup>2647</sup>

### c) Ordre Public

Schließlich sind auch die Bedenken unbegründet, es könne zu einer Änderung des bisherigen *ordre public* kommen,<sup>2648</sup> der nach deutscher höchstrichterlicher Rechtsprechung die Vollstreckbarkeit US-amerikanischer *punitive damages* in Deutschland verhindert.<sup>2649</sup> Zwar begründet der BGH seine ablehnende Haltung

---

<sup>2642</sup> Ebenso *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 71.

<sup>2643</sup> Vgl. *Sack* WRP 2003, 549, 553; *Mönch* ZIP 2004, 2032, 2038.

<sup>2644</sup> *Sack* WRP 2003, 549, 553.

<sup>2645</sup> BVerfGE 43, 101, 105.

<sup>2646</sup> Vgl. BVerfGE 43, 101, 105; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 78; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 18; *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 77; *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 118; zur Situation bei der nichtanrechnungsfähigen Freiheitsstrafe vgl. *Sack* WRP 2003, 549, 52 ff.; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 149; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 78.

<sup>2647</sup> Ebenso *Hempel* WuW 2004, 362, 371 zur neuen Schadensberechnungsregelung nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB.

<sup>2648</sup> So aber *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 43.

<sup>2649</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 3096, 3103.

neben dem Strafcharakter der *punitive damages* auch mit deren abschreckenden Elementen; allerdings sind die amerikanischen überkompensatorischen Strafschadensersatzklagen bezüglich ihrer Eingriffsqualität mit dem deutschen Haftungsrecht, auch mit der Gewinnabschöpfung, kaum vergleichbar.<sup>2650</sup> Gerade für die Abschöpfung zu Unrecht erzielter Gewinne durch den Schadensersatz sieht der BGH in seiner *punitive-damages*-Entscheidung Ausnahmen vor;<sup>2651</sup> im Übrigen sind, wie bereits hinreichend dargelegt, Präventionselemente auch dem bisherigen deutschen Zivilrechtssystem nicht als solche fremd.<sup>2652</sup>

### 3. Zusammenfassung und Angemessenheitsprüfung

In Zusammenhang mit der Diskussion, ob die Ausgestaltung des § 10 UWG eine Neubewertung des deutschen *ordre public* nach sich ziehen müsse, vertritt insbesondere *Wimmer-Leonhardt* die Auffassung, dass sich der Gesetzgeber mit der Schaffung des Gewinnabschöpfungsanspruchs nicht mehr in den Grenzen der Angemessenheit nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip bewege.<sup>2653</sup> Nach den obenstehenden Untersuchungen kann dies jedoch widerlegt werden. Die Gewinnabschöpfung wirkt nicht als vergleichbar intensiver Eingriff wie der US-amerikanische Strafschadensersatz, da sie sich auf die Abschöpfung des kausal auf die Unlauterkeit zurückgehenden Unrechtsgewinns beim Zuwiderhandelnden beschränkt.<sup>2654</sup> Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit dem Kausalitätserfordernis bei der Gewinnberechnung, dem potentiellen Stolperstein der objektiven Voraussetzung „zu Lasten“,<sup>2655</sup> dem Verzicht, die Mitbewerber zur Geltendmachung des Anspruchs zu legitimieren,<sup>2656</sup> dem Vorsatzerfordernis und

---

<sup>2650</sup> Vgl. dazu v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 126 f.; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 17; *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 117.

<sup>2651</sup> BGH NJW 1992, 3096, 3103; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 81.

<sup>2652</sup> Ebenso *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 20 m.w.N.; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 73, 81.

<sup>2653</sup> Da im Zivilrecht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz über den Kompensationsgedanken gesichert werde, vgl. *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 17 f.

<sup>2654</sup> V. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 145; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 17; *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 117.

<sup>2655</sup> Ausdrücklich in Abwägung mit der „Sanktionswirkung“: Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2656</sup> Ausdrücklich aus Angemessenheitserwägungen: Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24; vgl. auch v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 145; *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 117.

dem Ausschluss wirtschaftlicher Anreize für die klagenden Verbände und Einrichtungen ein komplexes System von tatbestandlichen Sollbruchstellen, zumindest aber Begrenzungen geschaffen, die eine übermäßige Belastung der Zuwiderhandelnden nach der jetzigen Tatbestandsausgestaltung ausschließen.<sup>2657</sup>

Wenn bereits bei den Normzwecken zwischen Prävention und strafender Ausrichtung zu differenzieren ist, so gilt dies auch bei der Normwirkung. Der Gewinnabschöpfungsanspruch ist ein Mechanismus der Marktkorrektur und der Neutralisierung rechtswidriger Vorteile,<sup>2658</sup> der dabei vor allem präventiv auf potentielle Lauterkeitsrechtsverletzer wirken soll. Er zielt darauf ab, einen rechtswidrigen Zustand – den Verbleib des Unrechtsgewinns beim Zuwiderhandelnden – für die Zukunft zu beseitigen und ist damit „nicht Ausdruck vergeltender, sondern ordnender Gerechtigkeit“.<sup>2659</sup> Er unterliegt darüber hinaus der eindeutigen gesetzgeberischen Funktionszuweisung, einen Präventionsausfall dort zu kompensieren, wo die herkömmlichen zivilrechtliche Instrumentarien typischerweise versagen.

Vergleicht man hierzu die entsprechende Diskussion über das privatrechtliche *Enforcement* etwa im Bereich des immateriellen Güterschutzes, wird dort der Forderung nach stärkerer präventiver Ausrichtung des privaten Rechtsschutzes vor allem entgegengehalten, dass die Überbetonung verletznersanktionierender Elemente zu einem gleichsam aufgeblähten materiellen Schutzgehalt des jeweiligen Immaterialgüterrechts und zu einer Gefährdung der schutzrechtsimmanenten Balance von Schutz- und Freiheitsinteressen führen würde.<sup>2660</sup> Im verhal-

---

<sup>2657</sup> Ebenso im Ergebnis *Fehle*mann, Abschöpfungsansprüche, S. 116 f. sowie *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 245, der dort allerdings darauf abstellt, dass durch die Neuregelung der Wirtschaft auch keine neuen materiellen Pflichten auferlegt würden und eine Sicherung vor Missbrauch wegen der Anforderungen an die Klagebefugnis, der fehlenden Abzugsmöglichkeiten von Vergleichszahlungen an den Verband und der Missbrauchsvorkehrungen nach § 242 BGB stattfinde.

<sup>2658</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 78; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 3.

<sup>2659</sup> So die insoweit unproblematisch übertragbaren Feststellungen des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des erweiterten Verfalls nach § 73d StGB, BVerfG NJW 2004, 2073, 2075; ähnlich argumentiert auch *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 46 f.

<sup>2660</sup> Vgl. vor allem *Kur* FS Kolle/Stauder 2005, S. 365, 369; *dies.* IIC Bd. 35 (2004), 821, 829.



tensbezogenen Lauterkeitsrecht geht es dagegen in erster Linie um eine Abwägung von Verbraucherschutz als einem zwar altbekannten,<sup>2661</sup> aber quasi neu entdeckten rechtspolitischen Ordnungsziel und den herkömmlichen lauterkeitsrechtlichen Ordnungszielen einerseits und Eigentums- und Freiheitsinteressen der (potentiell) Zuwiderhandelnden andererseits. Auch dort wird gerade von Kritikern des Gewinnabschöpfungsanspruchs vor einer „offenkundigen Bedrohung von Werbeaktivitäten“<sup>2662</sup> und vor unzumutbaren Belastungen für die Wirtschaft<sup>2663</sup> durch eine vorgebliche Überbetonung des Durchsetzungsgedankens gewarnt. Tatsächlich ist die Furcht vor einem Sanktionsüberschuss<sup>2664</sup> oder „*over-enforcement*“<sup>2665</sup> gegenüber verbotenen Verhaltensweisen auch im Lauterkeitsrecht zunächst grundlos, da der unverfälschte Wettbewerb gerade einer möglichst umfassenden und gleichmäßigen Durchsetzung bedarf<sup>2666</sup> und durch eine lückenlose und effektive Sanktionierung schlicht die Rechtsgeltung und damit das Funktionieren des Wettbewerbs gewährleistet würde.<sup>2667</sup> Dabei müssen jedoch bei der Ausgestaltung der Sanktionen unnötige Belastungen der Normadressaten vermieden werden.<sup>2668</sup> Die relativ milden Auswirkungen, die der lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch selbst im Erfolgsfall auf die Anspruchsgegner hat, zeigen sich allerdings bereits empirisch in Anbetracht der geringen bisher erzielten Abschöpfungsbeträge. Es bestätigen sich damit die Vermutungen aus der vergleichenden Tatbestandsanalyse, dass nämlich bei der praktischen Anwendung des Gewinnabschöpfungsanspruchs erhebliche Hürden bestehen, und zwar nicht nur bei den Tatbestandsvoraussetzungen, sondern auch

<sup>2661</sup> Vgl. bereits *Ulmer* GRUR 1937, 769, 772; dazu oben Fn. 129.

<sup>2662</sup> *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42 f.

<sup>2663</sup> *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 17; ein ausführlicher Überblick zur Kritik findet sich bei *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 105 ff.

<sup>2664</sup> Vgl. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 74, der insoweit auch von „Sanktionshypertrophie“ spricht.

<sup>2665</sup> So die Bezeichnung bei *Glöckner* WRP 2007, 490, 494.

<sup>2666</sup> So zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht *Glöckner* WRP 2007, 490, 494; zust. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 74.

<sup>2667</sup> Vgl. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 74.

<sup>2668</sup> Vgl. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 75, der in diesem Zusammenhang richtigerweise darauf hinweist, dass in solchen Fällen eben nicht nur die Abstimmung zwischen materiellrechtlicher und Sanktionsebene misslingt, sondern bereits auch ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip vorliegen wird.

bei der Gewinnberechnung. Die überschaubaren und vor allem kalkulierbaren Nachteile auf Seiten des Zuwiderhandelnden wiegen daher nicht schwerer als der Zugewinn an Präventionswirkung, den § 10 UWG in das Lauterkeitsrecht doch eingebracht haben dürfte. Die Angemessenheit könnte daher höchstens unter dem Aspekt verneint werden, dass ein so wenig effektiver und in seiner konkreten Gestaltung so eingeschränkt geeigneter Anspruch überhaupt keine Benachteiligung rechtfertigte; dies soll hier allerdings dahingestellt bleiben.

Da der Gewinnabschöpfungsanspruch außerdem, wie soeben gesehen, weder auf eine Bestrafung des Zuwiderhandelnden ausgerichtet ist noch über die Abschöpfung hinaus wie eine Strafe wirkt<sup>2669</sup> und auch nicht gegen sonstige übergeordnete Prinzipien des deutschen Rechts verstößt, ist er auch insoweit unbedenklich.<sup>2670</sup> Insbesondere wird der Normadressat auch weder unter dem Gesichtspunkt einer pönal ausgerichteten zivilrechtlichen Haftungsart noch aus einem anderen der vorgenannten Aspekte durch die Gewinnabschöpfung unangemessen belastet. Der legitime Zweck der heutigen Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG, über ein privatrechtliches Instrument eine quasi subsidiäre Präventivwirkung im Sinne einer besseren Durchsetzung der übergeordneten lauterkeitsrechtlichen Durchsetzungsziele einzuführen, rechtfertigt daher im Ergebnis die für den Zuwiderhandelnden mit der Rechtsfolge verbundenen, wie oben gezeigt tatsächlich begrenzten Nachteile.

---

<sup>2669</sup> Ebenso im Ergebnis *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 164 ff.; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 47.

<sup>2670</sup> Ebenso i.E. OLG Stuttgart GRUR 2007, 435 f. – *Veralteter Matratzentest*; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 3; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 166; *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 116 f.; a.A. *Sack* WRP 2003, 549, 552 f.; *ders.* BB 2003, 1073, 1080 f.; *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 16 ff.; *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42 f.; *Mönch* ZIP 2004, 2032, 2037 f.; *Schaub* GRUR 2005, 918, 923 f.

---

**F. Ergebnis Kapitel IV**

Die Gewinnabschöpfungsregelung *de lege lata* verstößt nicht gegen das übergeordnete Angemessenheitsgebot. Nur im Falle einer zu extensiven Auslegung – wie etwa bei einer weiten Ausdehnung des Kausalitätszusammenhangs im Sinne *Goldmanns*<sup>2671</sup> – oder einer zu stark einseitig auf Sanktionsverschärfung und Steigerung der Effektivität ausgelegten Neukonzeption des Anspruchs könnte die Gefahr bestehen, dass die gegenüber dem Normadressaten enthaltene Sanktionswirkung unverhältnismäßig würde<sup>2672</sup> oder gar pönale, zumindest aber überabschreckende Qualität annehmen könnte. Die oben getroffene Feststellung, dass das geltende Recht nur eingeschränkt geeignet ist, die gesetzgeberisch intendierte Normfunktion einer verbesserten lauterkeitsrechtlichen Prävention zu erfüllen, spricht aber zugleich dafür, über die Möglichkeiten tatbestandlicher Nachbesserungen nachzudenken. Dies gilt umso mehr, als die Erforderlichkeitsprüfung gezeigt hat, dass eine naheliegende Alternative, die dieselbe Aufgabe innerhalb des herkömmlichen lauterkeitsrechtlichen Regelungssystems und im Einklang mit dessen Grundprinzipien übernehmen könnte, nicht ersichtlich ist. Daher soll nun im letzten Abschnitt dieser Untersuchung angesprochen werden, ob, und wenn ja: über welche tatbestandlichen Stell-schrauben innerhalb des § 10 UWG der Gesetzgeber für die Zukunft eine zur Erreichung des Normzwecks effizientere Balance zwischen Verbraucherschutz, Lauterkeitsdurchsetzung und schützenswerten Interessen der Normadressaten herstellen könnte.

---

<sup>2671</sup> Dazu oben Kap. III. E. 6. b) (1).

<sup>2672</sup> Vgl. *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 2 a.E.



## **Kapitel V. Möglichkeiten und Grenzen einer Nachbesserung des § 10 UWG**

Wie gezeigt schränken die genannten tatbestandlichen „Sollbruchstellen“ des § 10 UWG insbesondere in ihrer Summe dessen Praktikabilität und Anwendungswahrscheinlichkeit in einer Weise ein, die den Anspruch in seiner heutigen Fassung zu einem wenig effektiven und effizienten<sup>2673</sup> und hierdurch zu einem nur begrenzt geeigneten Durchsetzungsinstrument macht. Es stellt sich also abschließend die Frage, ob das Präventionsziel des Gewinnabschöpfungsanspruchs besser erreicht werden könnte, wenn sein Tatbestand im Rahmen des Angemessenen einer Nachbesserung unterzogen würde. Eine solche Nachbesserung, bei der gegebenenfalls einzelne materielle Anforderungen heruntergeschraubt würden, wäre jedenfalls dogmatisch die glücklichere Lösung als eine dauerhafte Praxis korrigierender oder erweiternder Auslegung, die etwa beim Vorsatz ein „Erkennenmüssen“ ausreichen<sup>2674</sup> ließe.

In diesem Sinne lässt sich, greift man die oben herausgearbeiteten entscheidenden Hemmnisse der Präventions- und Abschöpfungswirkung des Gewinnabschöpfungsanspruchs auf, zu jedem einzelnen kritischen Tatbestandselement eine zum Teil deutlich effektivere Regelungsalternative entwickeln; hierzu bestehen bereits verschiedene Vorschläge anderer Autoren. Eine Auswahl solcher bestehender und eigene Lösungsvorschläge soll im Folgenden dargestellt, besprochen und bewertet werden. Ausgangspunkt bleiben dabei die oben getroffenen Feststellungen über den Normzweck. Dabei ist stets die Balance zwischen Freiheitsinteressen des Wettbewerbs, Verbraucherschutz und der Effizienz der intendierten Verhaltenssteuerung auch im Sinne der Angemessenheit bzw. des Übermaßverbotes zu beachten. Es soll letztendlich auf Grundlage der diversen

---

<sup>2673</sup> Zur terminologischen Unterscheidung sei noch einmal verwiesen auf oben Kap. I. C.

<sup>2674</sup> So zum Vorsatzerfordernis *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 100 mit Verweis auf den entsprechenden Auslegungsvorschlag bei *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 176.

## Kapitel V. Möglichkeiten und Grenzen einer Nachbesserung des § 10 UWG

Lösungsvorschläge untersucht werden, ob eine vernünftige Geeignetheits- oder Effektivitätsoptimierung des § 10 UWG denkbar ist, bei der die zu erwartende Wirkungsweise hinsichtlich der Nachteile für den Betroffenen nicht außer Verhältnis zum beabsichtigten Erfolg stünden. Dabei wäre gegebenenfalls zu berücksichtigen, dass auch für sich genommen verhältnismäßige Tatbestandsänderungen nicht beliebig kumuliert werden können, ohne dass die entsprechende Norm letztlich ihren Charakter und ihre Wirkungsweise ändern würde. Es ist also stets auf die Gesamtwirkung und den Gesamtcharakter der Norm im Zusammenwirken ihrer Elemente auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite zu achten. Das Ziel ist in jedem Fall eine möglichst effektive Schließung der bestehenden Präventions- und Rechtsdurchsetzungslücken, die ohne eine Überabschreckung auskommt und auf den Zuwiderhandelnden nicht unangemessen oder gar im Sinne einer Strafe<sup>2675</sup> wirkt. Im Folgenden werden daher denkbare Ausgestaltungen einzelner „Normvariablen“ dargestellt und diskutiert; einzelne Optionen können dabei bereits ausgeschlossen werden, andere werden im Rahmen einer abschließenden „Feinabstimmung“ der Regelungsparameter in ihrem Zusammenwirken bewertet und gegebenenfalls gegeneinander abgewogen.

---

<sup>2675</sup> Zur Schwierigkeit allerdings, „Strafe“ als reine Wirkung losgelöst vom Normzweck zu betrachten, vgl. bereits oben Kap. IV. E. 1. a).

## A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter

### ***A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter***

Nimmt man die Feinabstimmung eines Tatbestandes als Mittel quasi zur Feinsteuerung des Täterverhaltens, so hängt die Frage, welche Anforderungen man an dieses „*Fine-tuning*“<sup>2676</sup> im Falle der Gewinnabschöpfung stellen muss, zunächst maßgeblich von der Entscheidung über den Verschuldensmaßstab ab: Sollen nach wie vor lediglich vorsätzliche Begehungen von § 10 UWG erfasst werden, sind Änderungen anderer Tatbestandsmerkmale weniger problematisch, als wenn auch Fahrlässigkeitstaten erfasst werden sollten.<sup>2677</sup> Umgekehrt könnte ein Rückgriff auf das Vorsatzerfordernis dann sinnvoll sein, wenn die Verschärfung anderer Tatbestandsvariablen gegenüber einer Absenkung des Verschuldensmaßstabes den höheren Effektivitäts- bzw. Präventionsgewinn verspräche.

#### **1. Verschuldensmaßstab als vorläufige Ausgangsgröße**

Es sei an dieser Stelle die Arbeitshypothese aufgestellt, dass eine Neujustierung der „Stellschraube“ des Verschuldensmaßstabs im Vergleich zu Änderungen anderer Tatbestandsmerkmale am ehesten geeignet sein wird, den Kern des bisherigen Normcharakters zu bewahren, den Normadressaten nicht unangemessen zu belasten und zugleich ein Mehr an Effektivität zu erreichen. So griffe umgekehrt etwa eine Abschöpfung, die über den Nettobetrag des Unlauterkeitsgewinns hinausginge oder ohne Rücksicht auf den tatsächlichen Kausalzusammenhang verhängt würde, zumindest potentiell auf den lauter erwirtschafteten Vermögensbestandteil des Normadressaten zurück. Damit würde eine ganz neue Qualität der Rechtsfolge eröffnet. Eine Neukonzeption bezüglich der Durchsetzungsanreize für die Verbände wiederum würde womöglich die Wahrscheinlichkeit der Geltendmachung des Gewinnabschöpfungsanspruchs erhöhen, damit aber den Präventionszweck der Norm nur mittelbar fördern.

---

<sup>2676</sup> Köndgen RabelsZ 64 (2000), 661, 683.

<sup>2677</sup> Vgl. Köndgen RabelsZ 64 (2000), 661, 683 und ausführlich unten ab Kap. V. A. 2. b) (6).

Die vorläufige Entscheidung für ein sinnvolles Verschuldensmodell gibt daher immerhin einen Anhaltspunkt für die weiteren Überlegungen zur möglichen Ausgestaltung einer Neuregelung. Daher wird zunächst eingehend untersucht, welcher Verschuldensmaßstab sich unter dem Gesichtspunkt effizienter Verhaltenssteuerung für § 10 UWG als am sinnvollsten darstellt. Daran schließt sich eine Diskussion weiterer möglicher Tatbestandsänderungen, insbesondere zur Gewinnermittlung und zur Frage des Zahlungsempfängers an,<sup>2678</sup> anhand derer die Vorabentscheidung zum Verschuldensmaßstab am Ende der Untersuchung im Rahmen einer „Feinabstimmung“ überprüft wird.<sup>2679</sup>

### 2. Verschulden

An der Frage nach Sinn und Erforderlichkeit der hohen Verschuldensvoraussetzungen des Gewinnabschöpfungsanspruchs *de lege lata* scheiden sich nach wie vor die Geister. Das Vorsatzerfordernis macht den Anspruch zwar nicht unanwendbar, ist aber gleichsam als ein „Nadelöhr“ des Tatbestandseintritts ein maßgeblicher Hemmschuh für die Wirksamkeit des § 10 UWG in der Praxis. Auch die bisherige Handhabung der ersten Gewinnabschöpfungsklagen durch die Gerichte gibt keinen Anlass, den Anspruch seines Verschuldensmaßstabs wegen als unpraktikabel abzuschreiben; vielmehr zeigen diverse Entscheidungen das Bemühen der Richter, § 10 UWG mitsamt seinem Vorsatzerfordernis konstruktiv auszulegen.<sup>2680</sup> Dennoch könnte nach den oben getroffenen Feststellungen<sup>2681</sup> eine Absenkung der Verschuldensanforderungen dem Gewinnabschöpfungsanspruch zu einer größeren Reichweite verhelfen und gerade in Hinblick auf bisherige Nachweisprobleme seine Effektivität erhöhen.<sup>2682</sup>

---

<sup>2678</sup> S. ab Kap. V. A. 3.

<sup>2679</sup> Vgl. unten Kap. V. A. 6.

<sup>2680</sup> Etwa LG Bonn GRUR-RR 2006, 111 – *Unzutreffendes Testurteil*; OLG Stuttgart GRUR 2007, 435, 436 – *Veralteter Matratzentest*; vgl. *van Raay* VuR 2007, 47, 49 f. sowie oben Kap. III. D. 6.

<sup>2681</sup> Zum Vorsatzmerkmal als Mitursache für die nur eingeschränkten Geeignetheit der Gewinnabschöpfung *de lege lata* vgl. oben Kap. IV. C. 3. a).

<sup>2682</sup> Ähnlich *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 88.



## A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter

Eine mögliche Änderung des Verschuldensmaßstabes kann sich also aus Gründen der Funktionserweiterung, einer verbesserten Durchsetzbarkeit oder besserer Nachweisbarkeit empfehlen. Daneben muss es aber zumindest auch um die grundsätzliche, wertende Entscheidung gehen, ob denn eine Gewinnabschöpfung jeden treffen soll, der sich etwa „nur“ rücksichtslos bzw. grob fahrlässig verhält, oder gar jeden fahrlässig oder schuldlos Zuwiderhandelnden. Diskutiert werden soll daher im Folgenden auch die Argumentation etwa von *Micklitz*, nach der der unlauter handelnde Wettbewerber im Verhältnis zum rechtstreuen Konkurrenten – objektiv – zu Unrecht einen Gewinn erzielt und sich dadurch widerrechtlich einen Wettbewerbsvorteil verschafft habe; ob dies nun fahrlässig oder vorsätzlich geschehen sei, sei im Hinblick auf das Bestehen des Unlauterkeitsvorteils unerheblich.<sup>2683</sup> Diese Wertungsfragen scheinen von den reinen Effizienzerwägungen zunächst ganz unabhängig zu sein; andererseits werden sie durch Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeit – oder auch der ökonomischen Perspektive – einschränkend und ergänzend flankiert. Im Folgenden sollen daher denkbare Lösungsansätze zur Gestaltung des Verschuldensmaßstabes *de lege ferenda* in materieller Hinsicht wie auch bezüglich eventueller Nachweiserleichterungen diskutiert und anschließend unter Berücksichtigung einiger besonderer Aspekte der ökonomischen Analyse zur Verhaltenssteuerung gegeneinander abgewogen werden. Zum Vergleich wird der folgenden Prüfung ein Exkurs zur Diskussion um die Angemessenheit des Verschuldensmaßstabes bei der dritten Schadensberechnungsmethode vorangestellt.

### **a) Exkurs: Angemessenheit des Verschuldensmaßstabes der dritten Schadensberechnungsart**

Auch der gegenüber der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG niedrigere Verschuldensmaßstab bei der dritten Schadensberechnungsart ist nicht unumstritten und Gegenstand einer eigenen Angemessenheitsdiskussion, zumal nach den ein-

---

<sup>2683</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 109.

zelenen Rechtsmaterien die Eintrittsschwelle für einfache Fahrlässigkeit sehr niedrig angesetzt ist.<sup>2684</sup> Es sind hier insoweit zwei gleichsam aufeinander zu laufende Entwicklungen zu verzeichnen:

**(1) Hoher Sorgfaltsmaßstab**

Zum einen führt der hohe Sorgfaltsmaßstab im Urheberrecht und gewerblichem Rechtsschutz nach wie vor dazu, dass fast jede objektive Rechtsverletzung einen Schadensersatzanspruch auslöst. Dabei ist ihr Vorliegen – gerade im Fall fahrlässiger Begehungen – oft nicht offensichtlich, sondern nur über anspruchsvolle juristische Auslegungsvorgänge, etwa im Patentrecht auch kombiniert mit technischen Überlegungen, zu ermitteln.<sup>2685</sup> *Dreier* spricht daher für das deutsche Urheberrecht von einem „weitgehend objektivierten und der objektiven Bereicherungshaftung angenäherten“ Fahrlässigkeitsbegriff, der im Einzelfall gar über die Definitionen in Art. 13 der *Enforcement*-Richtlinie hinausgehen könne.<sup>2686</sup> Auch wenn die immaterialgüterrechtlichen Rechtsfolgen aktuell stärker noch als die wettbewerbsrechtlichen geprägt sind von europäischen Vorgaben: Eine entsprechende Diskussion besteht sogar schon seit den Urzeiten des Immaterialgüterrechts. Mit Sorge wurde etwa im Verlauf der Jahrzehnte zum Teil jene Tendenz beobachtet, die die Schadensersatzregelungen ausgehend vom Vorsatzerfordernis im frühen Patentrecht<sup>2687</sup> für immer leichtere Sorgfaltspflichtverletzungen öffnete. Bereits in den 50er Jahren des 20. Jahrhunderts hielten Vertreter der Literatur eine (Wieder-) Aufwertung des Verschuldensprinzips im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes für dringend erforderlich.<sup>2688</sup> Die Anerkennung des verschuldensunabhängigen Bereicherungsausgleichs für gewerbliche

---

<sup>2684</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 1999, 923, 928 – *Tele-Info-CD*; näher oben Kap. III. D. 1. a).

<sup>2685</sup> *Haedicke* GRUR 2005, 529, 534.

<sup>2686</sup> *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 707.

<sup>2687</sup> § 31 PatG[1877] forderte Wissentlichkeit, § 35 PatG[1891] grobe Fahrlässigkeit, § 47 Abs. 2 S. 1 PatG[1936] schließlich einfache Fahrlässigkeit; in § 47 Abs. 2 S. 2 PatG[1936] findet sich dann erstmals die Reduktionsklausel für einfaches Verschulden; vgl. zum Ganzen *Ullmann* GRUR 1978, 615, 616 sowie *Kelker*, Gewinnherausgabe, 39 ff., 43.

<sup>2688</sup> Vgl. nur *Spengler* GRUR 1958, S. 212 ff. m.w.N.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter Schutzrechte<sup>2689</sup> hat – entgegen der Prognose bzw. Empfehlung etwa von *Ullmann*<sup>2690</sup> aus dem Jahre 1978 – bis heute nicht dazu geführt, dass im immaterialgüterrechtlichen Schadensrecht dem von der Rechtsprechung faktisch stark abgesenkten Verschuldenskriterium wieder die Bedeutung zurückgeben worden wäre, die ihm im allgemeinen Schadensrecht zukommt.<sup>2691</sup> *Dreier* bezeichnet diese Entwicklung provokant als eine drohende „Denaturierung“ des Schadensrechts zur reinen Erfolgshaftung.<sup>2692</sup> *Helms* führt diese Entwicklung vor allem auf die relativ milde Sanktionierung zurück, die in Gestalt der Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie<sup>2693</sup> über Jahrzehnte die vorherrschende Reaktion auf schuldhaftige Rechtsverletzungen im Immaterialgüterrecht war.<sup>2694</sup>

## **(2) Erweiterter Eingriffsgehalt**

Während einerseits durch ihren niedrig angesetzten Verschuldensmaßstab der Anwendungsbereich der Schadensersatzansprüche im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz sehr weit gefasst ist, weitet sich andererseits auch ihr Eingriffsgehalt gegenüber dem Normadressaten aus. Insbesondere mit der Möglichkeit, den Schaden aufgrund des Verletzergewinns zu berechnen,<sup>2695</sup> und den seit der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung des BGH ausdrücklich aus Präventionsgründen verminderten Abzugsmöglichkeiten von Verletzerkosten verschärft sich der Herausgabeanspruch und damit der gesamte Schadensersatzanspruch inso-

---

<sup>2689</sup> Unproblematisch dagegen bei den urheberrechtlichen Gesetzen sowie im Geschmacksmusterrecht, vgl. zur Entwicklung *Ullmann* GRUR 1978, 615 f. m.w.N.

<sup>2690</sup> *Ullmann* GRUR 1978, 615 ff.

<sup>2691</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 364.

<sup>2692</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 364 mit Verweis auf *Ullmann* GRUR 1978, 615, 621 ff.; vgl. auch *Tilmann* GRUR 2003, 647, 652; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 249 m.w.N.; Nachw. auch bei *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 261 Fn. 23.

<sup>2693</sup> Dies gilt umso mehr, als die Zahlung einer üblichen Lizenz nach der Rechtsprechung ja auch bereits bereicherungsrechtlich, also insoweit verschuldensunabhängig, gewährt werden kann, vgl. nur BGH GRUR 1982, 301, 303 – *Kunststoffhohlprofil II*; BGH GRUR 1982, 286, 286 ff. – *Fersenabstützvorrichtung*; BGH GRUR 1956, 427, 430 – *Paul Dahlke*; weitere Nachw. dazu bereits oben Fn. 331; zu den Unterschieden zwischen der Reichweite der bereicherungsrechtlichen und der der Schadensersatzrechtlichen Haftung s. schon *Ullmann* GRUR 1978, 615, 621, oben Fn. 330. *Helms* wirft hierzu die Frage auf, ob die Lizenzanalogie als Schadensberechnung nach Anerkennung des Kondiktionsanspruches im Immaterialgüterrecht nicht als „dogmengeschichtlich überholt“ anzusehen sei, *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 250 Fn. 1042.

<sup>2694</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 249; ähnlich *Tilmann* GRUR 2003, 647, 652.

<sup>2695</sup> Dies bereits vor der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung wegen einer Tendenz zur „Übermaß-Prävention“ ablehnend *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 693.

weit qualitativ wie quantitativ. Schon seit Bestehen der Rechtsprechung zur Herausgabe des Verletzergewinns richtet sich außerdem viel Kritik aus der Literatur gegen die dogmatischen Widersprüchlichkeiten zur Rechtsfigur der angemäßen Eigengeschäftsführung nach § 687 Abs. 2 S. 1, 681 S. 2, 667 BGB, bei der die Herausgabe des aus der angemäßen Geschäftsführung Erlangten an die strenge Voraussetzung der Kenntnis der eigenen Nichtberechtigung geknüpft ist.<sup>2696</sup> Verschärft wird die Diskussion durch die Tatsache, dass mit der Umsetzung der *Enforcement*-Richtlinie die sogenannten Reduktionsklauseln aus den alten Fassungen der § 139 Abs. 2 S. 2 PatG, § 24 Abs. 2 S. 2 GebrMG, § 42 Abs. 2 S. 3 GeschmMG und § 37 Abs. 2 S. 2 SortSchG gestrichen wurden, die in Fällen lediglich leicht fahrlässiger Rechtsverletzung die Festsetzung einer niedrigeren Entschädigung ermöglicht hatten.<sup>2697</sup> Diese Regelungen wurden durchaus als Kompensation für die „Strenge“ der Sorgfaltsanforderungen im Immaterialgüterrecht angesehen.<sup>2698</sup>

### **(3) Abwägung von Prävention und Innovationsschutz**

Auch hier geht es letztendlich um die Frage der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit präventiv wirkender Rechtsdurchsetzung gegenüber den schützenswerten Interessen der anderen Marktteilnehmer und im Spannungsfeld übergeordneter Interessen wie Innovationsförderung und Wettbewerbsfreiheit.<sup>2699</sup> Bei einer verstärkten Betonung der präventiven Elemente der dreifachen Schadensberechnung sowie des Immaterialgüterschutzes an sich sehen Kritiker insbesondere das Gleichgewicht zwischen dem absoluten Schutz des Rechtsinhabers und gewichtigen gegenläufigen Interessen wie der Freiheit des Wettbewerbs und der

---

<sup>2696</sup> Vgl. etwa *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 269; *Beuthien/Wasmann* GRUR 1997, 255, 257; *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 277, 335, 612; zur Diskussion im Schweizer Recht zusammenfassend *Peifer* WRP 2008, 48, 50 m.w.N. Zu dem systematischen Austausch- und Spannungsverhältnis von Schadensersatz und Grundsätzen der angemäßen Eigengeschäftsführung im Immaterialgüterrecht vgl. bereits oben Kap. II. B. 1. b) (2).

<sup>2697</sup> S. bereits oben Kap. II. B. 1. b) (3) (b); zur Kritik an dieser Streichung und an der diesbezüglichen Begründung im Gesetzesentwurf, die Regelungen der Durchsetzungsrichtlinie schlossen eine solche Reduktion für leichte Fahrlässigkeit aus, vgl. v. *Ungern-Sternberg* FS Loewenheim 2009, S. 351, 363 f.

<sup>2698</sup> *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 261 Fn. 23.

<sup>2699</sup> Vgl. etwa *Peukert/Kur* GRUR Int 2006, 292, 293; *Dörre/Maaßen* GRUR-RR 208, 217, 218; v. *Ungern-Sternberg* FS Loewenheim 2009, S. 351, 364.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
allgemeinen Handlungsfreiheit des nur leicht fahrlässig handelnden (potentiellen) Rechtsverletzers gefährdet: Das Argument der besonderen Schutzbedürftigkeit relativiere sich, wenn man bedenke, dass die Gewährung etwa des patentrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts oder des Musikurheberrechts in einem steten Spannungsverhältnis zu dem Interesse der Allgemeinheit an der unbeschränkten Nutzung gemeinfreier technischer Lehren oder urheberrechtlich geschützter Werke stehe; jede Verschärfung der Rechtsfolgen führe schließlich zu einer „Beeinträchtigung des Freiheitsbereiches der Allgemeinheit“.<sup>2700</sup> Eine zu harte Schadensersatzsanktion aufgrund eines zu rigorosen Güterschutzes auch bei leichter Fahrlässigkeit könne Künstler und Unternehmer im Sinne einer „Überabschreckung“ auch von zulässigen und erwünschten Nutzungen fremder Leistungen abhalten und sich damit innovationsfeindlich auswirken.<sup>2701</sup> Wenn auch redliche Akteure von der Verwirklichung neuer Ideen abgeschreckt würden, weil sie befürchten müssten, die teilweise schwer erkennbaren Verbots Grenzen zu überschreiten,<sup>2702</sup> laufe dies dem Schutzzweck etwa der Patentgewährung zuwider, der nicht nur den Erfinder belohnen, sondern auch Dritten weitere Innovationen ermöglichen solle.<sup>2703</sup> Dies wirke sich letztlich in einer „Verkrustung“ des Wettbewerbs und volkswirtschaftlich gesehen effizienz mindernd aus.<sup>2704</sup>

#### **(4) Zum Vorschlag des Strafzuschlags bei vorsätzlichen Verletzungen**

Für das Immaterialgüterrecht wird im Übrigen auch die Einführung eines schadensrechtlichen Strafzuschlags als weiteres Präventionsinstrument diskutiert. Ein solcher könnte dann etwa – nach dem Vorbild des sogenannten GEMA-Zuschlages<sup>2705</sup> – in Höhe der doppelten Lizenzgebühr verhängt werden.<sup>2706</sup> In

---

<sup>2700</sup> Haedicke GRUR 2005, 529, 534 f.

<sup>2701</sup> Vgl. Peukert/Kur GRUR Int 2006, 292 f.; Haedicke GRUR 2005, 529, 534; Dörre/Maaßen GRUR-RR 2008, 217, 218; v. Ungern-Sternberg FS Loewenheim 2009, S. 351, 358; ausführlich Kur FS Kollé/Stauder 2005, S. 365, 378 ff.

<sup>2702</sup> Dörre/Maaßen GRUR-RR 2008, 217, 218; Haedicke GRUR 2005, 529, 534.

<sup>2703</sup> Haedicke GRUR 2005, 529, 534.

<sup>2704</sup> Peukert/Kur GRUR Int 2006, 292, 293 mit zahlr. Nachw. auch zur ökonomischen Analyse des Geistigen Eigentums.

<sup>2705</sup> Dazu und zu anderen Fällen gesetzlicher doppelter Vergütung Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, § 97 Rn. 71 f. m.w.N.; zu deren Qualifikation auch als präventive Rechtsdurchsetzungsinstrumente Dreier, Kompensation und

der Diskussion um die doppelte Lizenzgebühr außerhalb der GEMA-Fälle haben deren Verfechter allerdings nur den vorsätzlichen Rechtsverletzer oder gar nur Fälle von Schutzrechts-Piraterie im Visier.<sup>2707</sup> Denn wenn diese Haftung schon bei (einfach-) fahrlässigen Schutzrechtsverletzungen eröffnet würde, wäre als Folge faktisch immer schärfer wirkender Haftungsregelungen tatsächlich eine übermäßige, innovationsfeindliche Ausdehnung der Schutzrechte zu befürchten.<sup>2708</sup> Auch wenn diese Sanktion in der *Enforcement*-Richtlinie letzten Endes nicht mit aufgenommen wurde,<sup>2709</sup> ist jedenfalls nicht anzunehmen, dass die Schadensberechnung anhand der doppelten Lizenzgebühr wegen des überschießenden Präventionsanteils bei der Herausgabe des Verletzergewinns nun für die Zukunft als „Peanuts“<sup>2710</sup> keine zumindest theoretisch ernstzunehmende Option im Rechtsfolgensystem bei Immaterialgutsverletzungen mehr darstellen würde.

### **(5) Konsequenz: Anhebung der Verschuldensanforderungen oder Flexibilisierung der Rechtsfolge?**

Unter Berücksichtigung der oben beschriebenen grundsätzlichen Probleme hinsichtlich des immaterialgüterrechtlichen Verschuldensmaßstabes, insbesondere aber der jüngeren Entwicklungen zur dritten Schadensberechnungsart, ist es kaum verwunderlich, wenn zumindest für Teile<sup>2711</sup> des Immaterialgüterrechts

---

Prävention, S. 293 ff., 532 f.; zum GEMA-Zuschlag außerdem BGH GRUR 1973, 379 ff. – *Doppelte Tarifgebühr*; dazu *Gotthardt* UFITA Bd. 71 (1974), 77 ff.; *Jung*, Was ist Strafe?, S. 28; im Zusammenhang mit § 10 UWG *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 18 Fn. 82 m.w.N.

<sup>2706</sup> S. hierzu nur *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 531 ff., 614 ff.; *ders.* GRUR Int 2004, 706, 707; *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 270; *Preu* GRUR 1979, 753; *Tilmann* FS Schilling 2007, S. 367, 380 f.; *Rojahn* GRUR 2005, 623, 632, weitere Nachw. ebenda, 626 Fn. 28.

<sup>2707</sup> Vgl. *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 707 f.; *Tilmann* FS Schilling 2007, 367, 381; vgl. auch *Kur*, die ein Problem überschießenden *De-facto*-Schutzes auch bei Vorsätzlichkeit sieht, und nur ganz offensichtliche Fälle absichtlicher Verstöße erfasst sehen will: „[...] *infringements that overstep a red line that is obvious to everyone, as in clear cases of counterfeiting and piracy, when the infringer's intention to use and violate another party's intellectual property right is established beyond doubt*“, *Kur* IIC Bd. 35 (2004), 821, 830.

<sup>2708</sup> *Kur* IIC Bd. 35 (2004), 821, 828: „*This means that a de-facto expansion of IP rights will occur in those areas where doubts exist as to their exact scope – the 'grey zones'*.“; *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 708; vgl. zum Aspekt der Verhaltenssteuerung *ders.*, Kompensation und Prävention, S. 541 f.

<sup>2709</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 1 S. 2 lit. b der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Abl. EU Nr. L 195 vom 2.6.2004, S. 16, 23; zum insoweit „mäandrierenden Kurs“ der Richtlinie *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 707 m.w.N.

<sup>2710</sup> Vgl. *Meier-Beck* GRUR 2005, 617.

<sup>2711</sup> Da hinsichtlich der unterschiedlichen Rechtsmaterien auch unterschiedlich starke Präventionsbedürfnisse festgestellt werden. So betont *Haedicke*, Patentverletzungen würden, anders als Fälle von Marken- Musik- oder Softwarepiraterie, regelmäßig fahrlässig und in der mittelständischen, produzierenden Wirtschaft begangen; sie

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter und gewerblichen Rechtsschutzes gefordert wird, den Verschuldensmaßstab der Verletzergewinnherausgabe anzuheben. In einer dogmatischen Rückbesinnung auf das ihm nach der Rechtsprechung zumindest gedanklich zugrundeliegende Haftungsmodell der angemäßen Eigengeschäftsführung soll dann der Herausgabeanspruch wenn nicht an rein vorsätzliches, so doch zumindest an grob fahrlässiges Handeln anknüpfen;<sup>2712</sup> eine Anhebung des Haftungsmaßstabes der Verletzergewinnhaftung auf Vorsätzlichkeit bzw. „Wissentlichkeit“ wird demgegenüber vor allem im Sinne einer konsequenten dogmatischen Herleitbarkeit gefordert.<sup>2713</sup> Das berücksichtigt zum einen die in der Praxis oft „fließenden Grenzen“ zwischen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit,<sup>2714</sup> zum anderen die Vorgaben der *Enforcement*-Richtlinie: Diese sieht in Art. 13 Abs. 1 eine Schadensersatzpflicht unter Berücksichtigung der vom Verletzer erzielten Gewinne für all jene Fälle vor, in denen der Verletzer „wusste oder vernünftigerweise hätte wissen müssen“, <sup>2715</sup> dass er eine Verletzungshandlung vornimmt.<sup>2716</sup>

---

in den Bereich der organisierten Kriminalität zu rücken, wie es die *Enforcement*-Richtlinie tue, sei daher fernliegend. Aufgrund der regelmäßig hohen Investitionen, die solche Verletzer getätigt hätten, wirkten bereits die Unterlassungsansprüche hinreichend präventiv, daher bestehe anders als etwa bei Musik- oder Softwarepiraterie insoweit kein Präventionsdefizit. *Haedicke* plädiert allerdings trotz dieser Unterschiede im Ergebnis für eine einheitliche Auslegung bzw. einen einheitlich angehobenen Verschuldensmaßstab für den Bereich der Immaterialgüterrechte, zum Ganzen *Haedicke* GRUR 2005, 529, 534 f.; zu den angesprochenen Unterschieden zwischen Urheber- und Patentrecht und mit dem selben Ergebnis hinsichtlich des Verletzungsvermeidungsaufwandes bereits *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 141, auch Fn. 56; eine Notwendigkeit, hinsichtlich der Verschuldensanforderungen innerhalb des gewerblichen Rechtsschutzes zu differenzieren sieht *Ullmann* GRUR 1978, 615, 622.

<sup>2712</sup> So ausgehend vom Patentrecht, im Sinne einer einheitlichen Auslegung aber mit Geltung für alle Immaterialgüterrechte *Haedicke* GRUR 2005, 529, 535; für alle Bereiche auch *Peukert/Kur* GRUR Int 2006, 292, 294; *Dörre/Maaßen* GRUR-RR 2008, 217, 218.

<sup>2713</sup> In diesem Sinne *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 612; *ders.* GRUR Int 2004, 706, 708, wobei er wegen des drohenden Wertungswiderspruchs insoweit auch die Einbeziehung bedingten Vorsatzes als kritisch erachtet; *Kur* IIC Bd. 35 (2004), 821, 829 f., insb. Fn. 43; *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 269; für eine Beschränkung auf vorsätzliches Handeln in den Fällen von kommerziellen Persönlichkeitsrechtsverletzungen *Wagner* in MüKo-BGB Bd. 5, § 823 Rn. 181 m.w.N.; aus ökonomischer Perspektive s. auch *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 693.

<sup>2714</sup> *Haedicke* GRUR 2005, 529, 535.

<sup>2715</sup> Vgl. Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Abl EU Nr. L 195 vom 2.6.2004, S. 16, 23; dazu wiederum vor allem *Dreier* GRUR Int 2004, 706 ff.; *Kur* IIC Bd. 35 (2004), 821 ff.

<sup>2716</sup> Vgl. *Haedicke* GRUR 2005, 529, 535; *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 707. Inwieweit der Präventionsaspekt in dieser Deutlichkeit nur bei Fällen echter Piraterie und Fälschungen erforderlich ist, bleibt eine andere Frage; im Patentrecht mag womöglich die Abwägung zugunsten des einer zu stark präventiv aufgeladenen Rechtsverfolgung entgegenschwebenden Innovationsschutzes anders ausfallen als im Wettbewerbsrecht.

*Tilmann* dagegen, der nach der Haftungsverschärfung durch die *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung ebenfalls Korrekturbedarf auf der Tatbestandsseite der Rechts-, im konkreten Fall der Patentverletzung sieht, plädiert grundsätzlich für einen zurückhaltenderen Umgang mit der Bemessung des Schutzzumfangs und daneben lediglich für mehr Zurückhaltung und Sorgfalt bei der Annahme des Verschuldens; bei der bisherigen „formelhaften“ Feststellung werde man es zukünftig nicht mehr bewenden lassen können.<sup>2717</sup> Andere Stimmen fordern eine stärkere Angemessenheitskontrolle im Einzelfall, die dem Unterschied zwischen grob fahrlässigen und vorsätzlichen Rechtsverletzungen gegenüber Fällen mit geringerem Verschulden im Sinne eines jeweils „angemessenen Schadensausgleichs“ gerecht werde, auch im Sinne des in Art. 3 Abs. 2 der *Enforcement-Richtlinie* verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.<sup>2718</sup> Ähnlich wurde im Übrigen seit Bestehen der *Enforcement-Richtlinie* auch im Bereich der Lizenzanalogie bereits eine nach dem Verschuldensgrad abgestufte „erhöhte Lizenzgebühr“ zur Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit bei Urheberrechtsverletzungen angeregt.<sup>2719</sup> Für die dritte Schadensberechnungsart hat der BGH bisher jedoch offengelassen, ob der Schadensersatz trotz der gesetzlichen Neuregelungen bei geringem Verschulden noch herabgesetzt werden kann.<sup>2720</sup>

#### **b) Grundsätzliche Aspekte zum Verschuldensmaßstab in § 10 UWG de lege ferenda**

Im Vergleich zu dieser immaterialgüterrechtlichen Diskussion münden die entsprechenden Erwägungen zur lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung quasi von der anderen Seite, ausgehend von einem hoch angesetzten Verschuldensmaßstab, in eine ganz ähnliche güterabwägende Bewertung, wie sie für die präventiv gestärkte dritte Schadensberechnungsmethode gefordert wird. Stellt man nun Überlegungen zur Herabsetzung des Verschuldensmaßstabes in § 10 Abs. 1

---

<sup>2717</sup> *Tilmann* GRUR 2003, 647, 652 f.

<sup>2718</sup> So *Dörre/Maaßen* GRUR-RR 2008, 217, 218; zust. v. *Ungern-Sternberg* FS Loewenheim 2009, S. 351, 364.

<sup>2719</sup> *Ehrhardt* ZRP 2006, 103.

<sup>2720</sup> BGH GRUR 2009, 856, 862 m.w.N. – *Tripp-Trapp-Stuhl*.



A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
UWG an, so muss – und dies gilt für entsprechende Änderungen an allen wesentlichen Tatbestandsmerkmalen – an erster Stelle die Frage stehen, ob durch eine Neuregelung die materiellen Anforderungen als solche oder nur die praktischen Anforderungen an deren Nachweis herabgesenkt werden sollen.<sup>2721</sup> Zum Teil wird eine Absenkung des Verschuldensmaßstabes nämlich schon deshalb vorgeschlagen, um die Beweisschwierigkeiten zu vermeiden,<sup>2722</sup> die sich bereits in den ersten praktischen Verfahren gezeigt haben.

### **(1) *Materiellrechtliche Wertung entscheidend***

Eine Ausrichtung des materiellen Normgehaltes an den Erfordernissen der Nachweisbarkeit wäre allerdings fragwürdig, liegt jenem doch eine materielle Wertung des Gesetzgebers zugrunde, die allein der leichteren Nachweisbarkeit halber nicht der Beliebigkeit preisgegeben werden darf.<sup>2723</sup> Auch jenseits der Fälle, in denen Unternehmer sich vorsätzlich auf unlauteren Boden begeben und es lediglich um eine Herabsetzung des Beweisanforderungen ginge, sind vielmehr vielfältige Fallgestaltungen denkbar, in denen Unternehmer ohne Verschulden, vor allem aber fahrlässig einen Verstoß gegen § 3 oder § 7 UWG begehen<sup>2724</sup> und hiermit einen Unlauterkeitserfolg erzielen können. Diese „keinesfalls zu vernachlässigende Gruppe“<sup>2725</sup> wird heute nicht von der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG erfasst. Sie unterteilt sich neben den Fällen rein objektiver, schuldloser Verstöße wiederum in einerseits solche Zuwiderhandlungen, die auf einfacher Fahrlässigkeit beruhen und die etwa als Begleiterscheinung komplexer moderner Produktions-, Vertriebs- und Vermarktungsmethoden niemals gänzlich zu vermeiden sind,<sup>2726</sup> und Fälle grober Fahrlässigkeit, bei denen die objektiv erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt

<sup>2721</sup> Vgl. auch *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 98.

<sup>2722</sup> vgl. *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 229.

<sup>2723</sup> Zum Gesichtspunkt der Effizienzsteigerung durch die Erhöhung der Sanktionswahrscheinlichkeit vgl. aber unten Kap. V. A. 2. b) (6) (c); zu Fragen der Beweiserleichterung hinsichtlich des Vorsatzes in § 10 UWG *de lege ferenda* s. im Übrigen noch unten Kap. V. A. 2. c).

<sup>2724</sup> Vgl. etwa die Ausführungen bei *Schmauß* mit fiktiven Beispielen zu allen relevanten Fallgruppen, *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 87.

<sup>2725</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 88.

<sup>2726</sup> Vgl. *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 88 f.

wird, indem einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt werden und das nicht beachtet wird, was im gegebenen Fall jedem einleuchten musste.<sup>2727</sup> Vor der Frage, inwieweit die Schwierigkeiten beim Nachweis des Vorsatzes gemindert werden könnten, ist daher vorrangig eine kritische Auseinandersetzung mit der materiellrechtlich ausgedrückten Wertung des heute bestehenden Vorsatzerfordernisses geboten.

So mag es bei unbefangener Betrachtung zunächst fraglich erscheinen, warum überhaupt einem fahrlässig Zuwiderhandelnden, der ja immerhin gegen objektive Sorgfaltspflichten verstoßen hat, ein zu Unrecht erzielter Gewinn belassen werden sollte. Liegt doch auch in solchen Fällen, wie das Bundesverfassungsgericht zur Regelung des erweiterten Verfalls nach § 73d StGB formuliert hat, eine „mit der Rechtsordnung nicht übereinstimmende Vermögenslage“ vor, die grundsätzlich auszugleichen wäre. Beim erweiterten Verfall soll der „vermögensordnende Eingriff“ die Unverbrüchlichkeit und Gerechtigkeit der Rechtsordnung erweisen und so die Rechtstreue der Bevölkerung stärken.<sup>2728</sup> In einer Übertragung dieses Rechtsgedankens soll etwa nach *Micklitz* niemand, der durch objektiv rechtswidriges Verhalten einen Gewinn erzielt, hinsichtlich dieses Gewinnes schutzbedürftig sein.<sup>2729</sup> In diesem Sinne vertreten einige Autoren die Ansicht, der lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch müsse sinnvoller Weise verschuldensunabhängig greifen;<sup>2730</sup> gerade aus Angemessenheitserwägungen diskutieren andere demgegenüber eine Absenkung lediglich auf grobe Fahrlässigkeit<sup>2731</sup>, wieder andere halten eine Absenkung auf einfache Fahrlässigkeit<sup>2732</sup> für möglich oder die Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses<sup>2733</sup> für

---

<sup>2727</sup> Zu den Sorgfaltsabstufungen vgl. nur die Nachw. bei Palandt/*Grüneberg* § 276 Rn. 12 ff.; § 277 Rn. 5.

<sup>2728</sup> BVerfG NJW 2004, 2073, 2075.

<sup>2729</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 109; zust. *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 229.

<sup>2730</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 247 ff.; Argumente hierfür finden sich auch bei *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 117 f., wenn diese auch letztlich eine Verschuldensunabhängigkeit als nicht notwendig ansehen.

<sup>2731</sup> *V. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 172; *Micklitz/Stadler* in *Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 1344; *Dittschar*, Gewinnabschöpfung, S. 66f., 262.

<sup>2732</sup> *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 231.

<sup>2733</sup> Vgl. etwa *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 91; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 113.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
zwingend geboten. Im Folgenden werden die unterschiedlichen Lösungsmöglichkeiten einander gegenübergestellt; dabei wird insbesondere vor dem Hintergrund des Normzwecks von § 10 UWG untersucht, ob und inwieweit sie jeweils für eine Verbesserung der Effektivität und Effizienz des Gewinnabschöpfungsanspruchs geeignet und zugleich in ihrer Wirkung auf den Normadressaten angemessen wären.

## **(2) Modell einer verschuldensunabhängigen Gewinnabschöpfung**

Für eine verschuldensunabhängige Haftung in § 10 UWG spricht zunächst seine Abschöpfungsfunktion und damit seine Ausrichtung auf die Verletzerperspektive. Aus diesem Blickwinkel betrachtet rechtfertigt bereits die objektive Tatsache, dass der Gewinn rechtswidrig zustande gekommen ist, die Neutralisierung der vorteilhaften Situation des Zuwiderhandelnden.<sup>2734</sup> Dies gälte umso mehr, wenn man die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung in systematischer Verwandtschaft zum strafrechtlichen Abschöpfungsinstrument des Verfalls sähe.<sup>2735</sup> Tatsächlich aber ginge eine verschuldensunabhängige Haftung für § 10 UWG aus verschiedenen Gründen zu weit.

Zum einen lässt sich eine solche nicht bereits mit der Übertragung von Wertungen aus dem Immaterialgüterrecht begründen:<sup>2736</sup> Sowohl Art. 45 Abs. 2 S. 2. TRIPS-Übereinkommen als auch Art. 13 Abs. 2 der *Enforcement*-Richtlinie,<sup>2737</sup> die eine verschuldensunabhängige Gewinnherausgabe vorsehen, knüpfen anders als die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung an die Verletzung einer immateriellen, ausschließlichen Rechtsposition des Anspruchsinhabers an. Dies gilt auch insoweit, als die Gewinnherausgabe über das Bereicherungsrecht hergelei-

---

<sup>2734</sup> *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 230; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 247 f.; *Wagner* Verhandlungen 66. DJT Bd. I, A 113; zum Vergleich mit verschuldensunabhängigen zivilrechtlichen Abschöpfungsinstituten im US-amerikanischen Recht *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 40 ff., 98.

<sup>2735</sup> Vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 99, der allerdings im Ergebnis für § 10 UWG eine Ausdehnung nur auf Fälle grober Fahrlässigkeit vorzieht.

<sup>2736</sup> Anders aber *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 248.

<sup>2737</sup> Zu den gemeinschafts- und internationalrechtlichen Rahmenbedingungen der Rechtsdurchsetzung im Immaterialgüterrecht vgl. ausführlich *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 197 ff.

tet wird.<sup>2738</sup> Ganz abgesehen davon, dass Gesetzgeber und Rechtsprechung im deutschen Recht eine verschuldensunabhängige Gewinnhaftung auch im Immaterialgüterrecht gerade nicht eingeführt haben: Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Immaterialgüterrechte aufgrund ihrer ubiquitären und dabei nicht-rivalisierenden Nutzbarkeit und der erschwerten Rechtsverfolgung eines besonderen Schutzes und entsprechender Konsequenzen bei der Statuierung besonderer Rechtsfolgen bedürfen.<sup>2739</sup> Diese Rechtsfolgen dienen zwar ebenfalls (auch) der Verhaltenssteuerung;<sup>2740</sup> die ihnen zugrundeliegenden Wertungen können auf das Lauterkeitsrecht – abgesehen vom ergänzenden Leistungsschutz – aber gerade nicht ohne weiteres übertragen werden.<sup>2741</sup> Vielmehr bedarf die Gewinnabschöpfung wie auch ihre Ausgestaltung stets einer eigenen Legitimation. Zwar besteht auch im Lauterkeitsrecht eine Situation besonderen Schutzbedarfes, nämlich hinsichtlich der Abnehmer und gegenüber nicht-sanktionierbaren Verstößen mit Streuwirkung. Dieses Schutzbedürfnis kann aber nicht ohne weiteres als so erheblich vorausgesetzt werden wie das des Inhabers eines verletzungsanfälligen Ausschließlichkeitsrechts, zumal § 10 UWG die Abnehmer nur mittelbar und nicht in ihren individuellen Rechtspositionen schützen soll.

Vor allem aber könnte mit einer verschuldensunabhängigen Gewinnhaftung aus § 10 UWG dessen eigentlicher Normzweck, nämlich die Prävention bzw. der Ausgleich eines Präventionsdefizits, nicht effektiv verfolgt werden.<sup>2742</sup> Denn Prävention, ob positive oder negative, dient stets der Verhaltenssteuerung und setzt daher auch die Möglichkeit einer Einflussnahme auf ein bestimmtes Ver-

---

<sup>2738</sup> Dazu vgl. oben Kap. II. B. 1. b) (1).

<sup>2739</sup> S. oben Kap. II. B. 1. a) (1).

<sup>2740</sup> A.A. allerdings *Sieme*, für den insoweit hinter allen Gewinnherausgaberegungen allein der Abschöpfungsgedanke steht, vgl. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 248.

<sup>2741</sup> A.A. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 248.

<sup>2742</sup> So stellt etwa *Sieme*, der die verschuldensunabhängige Gewinnabschöpfung für sinnvoll hält, die Abschöpfungsfunktion vor eine Präventionswirkung als Nebeneffekt, *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 247 f.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
halten voraus.<sup>2743</sup> Insofern macht das Ansetzen an eine verschuldensunabhängige Begehung keinen Sinn:<sup>2744</sup> Wo der Zuwiderhandelnde noch nicht einmal in vorwerfbarere Weise eine objektive Sorgfaltspflicht verletzt, kann eine positiv wirkende Verhaltenssteuerung nicht stattfinden, da diese auf der Seite des Zuwiderhandelnden die Möglichkeit einer bewussten Verhaltensänderung voraussetzen würde. Auf diesen Zusammenhang zwischen Sorgfaltsanforderungen, Verschuldensmaßstab und Präventionsintensität weist auch *Dreier* hin: Je weniger sich Irrtum und Fehlverhalten selbst bei sorgfältiger Verhaltensweise vermeiden ließen, desto mehr reduziere sich die Entscheidungsfreiheit des Normadressaten auf die grundsätzliche Alternative, die Verletzungsgeeignetheit der Tätigkeit entweder in Kauf zu nehmen oder aber von der betreffenden Tätigkeit Abstand zu nehmen.<sup>2745</sup>

In diesem Sinne lässt sich die Funktion der Verschuldensanforderungen nicht mehr (nur) als Bewertung der Bestrafungswürdigkeit vorwerfbaren Verhaltens, sondern als Maßstab zur Steuerung des Sorgfaltsaufwandes des potentiellen Verletzers verstehen.<sup>2746</sup> Die Ansicht *Siemes*, dass der Anreiz zur Einhaltung des Gesetzes mit sinkendem Verschuldenserfordernis steige, da mit jeder Beschränkung des Anwendungsbereichs das Risiko der Inanspruchnahme für den Handelnden abnehme,<sup>2747</sup> stimmt daher auch aus Effizienz Gesichtspunkten nur vor dergründig. Zum einen besteht aufgrund der erheblichen wirtschaftlichen Folgen einer Gewinnabschöpfung für den Zuwiderhandelnden insoweit gerade *keine* Vergleichbarkeit mit Unterlassungsansprüchen.<sup>2748</sup> Vor allem aber stehen dieser Annahme noch vor den eigentlichen Verhältnismäßigkeitserwägungen zwingen-

---

<sup>2743</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 128.

<sup>2744</sup> Ähnlich sieht auch *Dreier* erst mit dem Verschulden das Kriterium der Verhaltenssteuerung ins Spiel gebracht, *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 435; a.A. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 247 f.

<sup>2745</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 128; seine in Bezug auf die Verletzung von Individualrechtsgütern getroffene Aussage lässt sich ebenso auf das auch überindividuell regulierende Lauterkeitsrecht übertragen.

<sup>2746</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 152.

<sup>2747</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 247.

<sup>2748</sup> A.A. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 247.

de ökonomische Gesichtspunkte entgegen: Wäre eine Gewinnabschöpfung für alle lauterkeitsrechtlichen Fallgruppen auch ohne Verschulden des Rechtsverletzers möglich, würde dies nur dazu führen, dass die Marktbeteiligten zu hohe Absicherungsinvestitionen tätigen würden, was ökonomisch sinnlos und hemmend für den freien und kreativen Wettbewerb und zu guter Letzt auch problematisch für die Normakzeptanz wäre. Eine verschuldensunabhängige lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung wäre im Übrigen auch ganz offensichtlich nicht mehr verhältnismäßig in ihren Auswirkungen auf den Zuwiderhandelnden; die Wertungen nach ökonomischen und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten befinden sich insoweit letztlich im Gleichlauf.

### **(3) Gewinnabschöpfung ab einfacher Fahrlässigkeit?**

Zu einem überschießenden Präventionseffekt und einem daraus zu erwartenden Hemmungseffekt für den freien Wettbewerb, wie sie im Falle einer verschuldensunabhängigen Gewinnabschöpfung zu befürchten wären, könnte es in ähnlicher Weise auch noch bei einer Öffnung des § 10 UWG für Fälle einfacher Fahrlässigkeit kommen.<sup>2749</sup> Zunächst stellt sich die Verhinderung fahrlässiger Rechtsverletzungen im Vergleich zur Verhinderung von Vorsatztaten grundsätzlich als wesentlich komplexeres Problem dar.<sup>2750</sup> Insofern besteht zwischen Immaterialguts- und Lauterkeitsrechtsverletzungen eine gewisse Parallele: Schutzinhalt und –umfang der Immaterialgüterrechte, die im Vergleich zu körperlichen Gegenständen weniger präzise abgegrenzt sind, führen dazu, dass die Möglichkeiten präventiver Einwirkung in diesem Rechtsbereich vermindert sind.<sup>2751</sup> In vergleichbarer Weise ist auch im verhaltensbezogenen Lauterkeitsrecht mit seiner ebenso niedrigen Eintrittsschwelle in die Fahrlässigkeit<sup>2752</sup> eine Verhaltenssteuerung insoweit schwer, als sie sich nicht freiheitshemmend auswirken soll. Auch *Dreier* gibt für die Ausgestaltung präventiv ausgerichteter Sanktionen zu

---

<sup>2749</sup> Zu deren materiellen Anforderungen vgl. oben Kap. III. D. 3. c) (1).

<sup>2750</sup> Vgl. *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, S. 250; *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 683 sowie 687 ff.

<sup>2751</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 129.

<sup>2752</sup> Auch dazu vgl. oben Kap. III. D. 3. c) (1).

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
bedenken, dass eine Sanktion das Verhalten des potentiellen Rechtsverletzers nur insoweit in gewünschter Weise zu beeinflussen vermag, als jener bei einem aus seiner Sicht wirtschaftlich sinnvollen Aufwand zur Sorgfaltssteigerung die Haftung vermeiden könne; daher wäre eine präventiv gestaltete, auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtete Rechtsfolge, die den Verletzten etwa bereits bei leichtester Fahrlässigkeit träfe, kaum geeignet, den potentiellen Verletzer zu einer Steigerung seiner Sorgfalt zu veranlassen.<sup>2753</sup> Ein präventiven Zwecken dienender Strafschadensersatz etwa vermöge die erwünschte Anreizfunktion nur zu erfüllen, wo eine Sorgfaltssteigerung möglich und erfolgversprechend scheine. Dies sei vor allem dort der Fall, wo der Verletzer vorsätzlich oder doch zumindest grob fahrlässig handele,<sup>2754</sup> wo jedenfalls die Verletzungen ohne größeren Aufwand hätte als solche erkannt und vermieden werden können.<sup>2755</sup> Eine auf Prävention ausgerichtete Sanktion sei umgekehrt umso weniger angezeigt, je größer der zur Verletzungsvermeidung zu betreibende Sorgfaltsaufwand sei, auch weil aus ökonomischer Sicht das Verhältnis zum Vermeidungsaufwand gewahrt werden müsse.<sup>2756</sup>

Dies gilt ebenso für eine präventiv ausgerichtete Sanktion im Lauterkeitsrecht, wie sie die Gewinnabschöpfung darstellt. Es ist darauf zu achten, dass die Verhaltens- und Sorgfaltsanforderungen an den Normadressaten nicht zu hoch angesetzt werden, da andernfalls zu befürchten ist, dass es zu einer Überabschreckung und dadurch zu unwirtschaftlichen Vorsorgemaßnahmen sowie letzten Endes zur Hemmung oder Verhinderung auch der erwünschten und ökonomisch nützlichen, wenn auch „gefährlichen“ Tätigkeiten käme.<sup>2757</sup>

---

<sup>2753</sup> Dreier, *Kompensation und Prävention*, S. 504.

<sup>2754</sup> Dreier, *Kompensation und Prävention*, S. 504.

<sup>2755</sup> Dreier, *Kompensation und Prävention*, S. 505, der dies im Zusammenhang vor allem mit dem immaterialgüterrechtlichen Güterschutz untersucht, nennt hier das Beispiel einer 1:1-Übernahme geschützter Gegenstände).

<sup>2756</sup> Vgl. Dreier, *Kompensation und Prävention*, S. 504 f.

<sup>2757</sup> Vgl. zum Ganzen Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 133 f.

## Kapitel V. Möglichkeiten und Grenzen einer Nachbesserung des § 10 UWG

Für die Einführung eines einfachen Verschuldenserfordernisses bei § 10 UWG werden neben einem Rechtsvergleich mit den USA<sup>2758</sup> im Übrigen rechtssystematische Erwägungen angeführt; so ergebe sich andernfalls ein Wertungswiderspruch zu den Anforderungen des Schadensersatzanspruchs nach § 9 UWG, der schon bei fahrlässigen Verstößen besteht.<sup>2759</sup> Insbesondere liege darin eine Ungleichgewichtung von Mitbewerber- und Verbraucherschutz, die gegen deren Gleichstellung in § 1 UWG verstoße: Die Verletzung lauterkeitsrechtlicher Vorschriften, bei der ein Mitbewerber geschädigt werde, wiege schließlich vom Unwerturteil her nicht schwerer als ein Verstoß unter Beeinträchtigung der Interessen zahlreicher Abnehmer.<sup>2760</sup> Diesem Argument ist selbstverständlich zuzustimmen. Die Ansicht übersieht jedoch die grundlegenden systematischen Unterschiede zwischen § 9 und § 10 UWG, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen: § 9 UWG erlaubt dem Mitbewerber in der Regel gerade nicht die Berechnung seines Schadens nach dem Verletzergewinn; dies gilt nur ausnahmsweise für den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, §§ 3, 4 Nr. 9 UWG. Vielmehr muss der Mitbewerber, möchte er einen Schadensersatzanspruch nach dem UWG geltend machen, seinen eigenen Schaden konkret, auch der Höhe nach, darlegen und beweisen. Diese Situation führt zu der bekannten, sehr eingeschränkten Anwendung des lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzanspruchs in der Praxis. Dem Grunde nach ist die Abschöpfung eines greifbaren Gewinns insoweit das wesentlich härtere Instrumentarium. Selbst wenn sich hieraus kein zwingendes Erfordernis ergibt, den Anspruch an ein gesteigertes Verschulden als Voraussetzung zu knüpfen, so lässt sich eine solche Ausgestaltung doch unproblematisch rechtfertigen, zumal wie oben bereits angesprochen die Eintrittsschwelle für fahrlässige Begehungen im Lauterkeitsrecht ähnlich niedrig ist wie im Immaterialgüterrecht und darüber hinaus im Lauterkeitsrecht selbst

---

<sup>2758</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 100, der für das deutsche Recht eine Erweiterung auf fahrlässige Begehungen i.E. jedoch ablehnt.

<sup>2759</sup> *Wagner* Verhandlungen 66. DJT Bd. I, A 112 f.; zust. *Fehle*mann, Abschöpfungsansprüche, S. 230.

<sup>2760</sup> *Fehle*mann, Abschöpfungsansprüche, S. 230.



A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter bei vorheriger Einholung kundigen Rechtsrates aufgrund der interpretationsbedürftigen Generalklauseln häufig Unsicherheiten verbleiben.<sup>2761</sup>

Der Gesetzgeber will seinerseits die Innovation im Wettbewerb schützen. Hierfür möchte er ausdrücklich das Ausloten der Grenzbereiche des Lauterkeitsrechts ermöglichen, ohne dass § 10 Abs. 1 UWG eingriffe – jedenfalls dort, wo der Handelnde mit einer abweichenden Beurteilung seines zumindest bedenklichen Verhaltens lediglich im Sinne des einfachen Fahrlässigkeitsbegriffs „rechnen muss“.<sup>2762</sup> Da sich, wie oben gezeigt, der Gewinnabschöpfungsanspruch auch unter einer ökonomischen Gesichtspunkten tatsächlich nicht auf solche Grenzbereiche erstrecken sollte, die für Innovation wichtig und wirtschaftlich nützlich sind,<sup>2763</sup> wäre eine Gewinnabschöpfung als Sanktion für einfachfahrlässige Verstöße daher auch unter dem Aspekt der Effizienz von zweifelhaftem Nutzen.

#### **(4) Gewinnabschöpfung ab grober Fahrlässigkeit?**

Eine vermittelnde Ansicht spricht sich dafür aus, den Anwendungsbereich des § 10 UWG auf grob fahrlässige Verstöße auszudehnen. So wird etwa vorgeschlagen, den Gewinnabschöpfungsanspruch quasi im Rückgriff auf den Vorschlag des Referentenentwurfs von Anfang 2003 auf grob fahrlässige, nicht aber auf alle fahrlässigen Begehungen auszuweiten.<sup>2764</sup> Dadurch werde die Rechtsdurchsetzungslücke verkleinert, die durch die Ausklammerung von fahrlässigen Verstößen gegen § 3 oder § 7 UWG aus dem Anwendungsbereich von § 10

---

<sup>2761</sup> Ebenso i.E. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 100; anders *Sieme*, der allerdings ohnehin fast ausschließlich auf Effizienzerwägungen abstellt, und im Zuge dessen Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung als Mängel auf der Ebene der materiellen Verhaltensanforderungen nicht als Argument für eine eingeschränkte Abschöpfungsregelung ansieht, vgl. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 247. Dem ist nicht zuzustimmen. Tatsächlich kann eine ernsthafte Bewertung einer Durchsetzungsvorschrift nicht ohne die Rückkoppelung auf ihre materiellrechtlichen Voraussetzungen stattfinden.

<sup>2762</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2763</sup> Ebenso *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 180.

<sup>2764</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 172 („das Verhältnismäßigkeitsprinzip wäre auch mit dem Wortlaut des Referentenentwurfs gewahrt geblieben“); *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 89; *Stadler* in *Augenhofer*, Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, S. 117, 133; ähnlich i.E. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 99 ff.; zu den genauen Verschuldensanforderungen des Referentenentwurfs vgl. allerdings auch oben Kap. III. D. 3. a).

## Kapitel V. Möglichkeiten und Grenzen einer Nachbesserung des § 10 UWG

UWG bestehe; dies würde zu einem effektiveren Verbraucherschutz und einer insgesamt besseren Durchsetzung des Lauterkeitsrechts führen.<sup>2765</sup> In der Tat ließe sich mit einer Reduzierung des Verschuldensmaßstabes auf grobe Fahrlässigkeit wohl eine höhere Effektivität und Reichweite und damit eine größere praktischer Relevanz des mit hohem Aufwand eingeführten Gewinnabschöpfungsanspruchs erreichen.

Wie oben bereits dargelegt lässt sich eine Ausweitung der Gewinnhaftung auf Fahrlässigkeitstäter nicht in erster Linie, zumindest nicht allein mit einer möglichen Effektivitätsoptimierung begründen. Es ist jedoch auch und vor allem rechtspolitisch kaum nachvollziehbar, warum derjenige Wettbewerbsteilnehmer „privilegiert“ werden soll, der sich „bei groben und offensichtlichen Verstößen gegen die Anforderungen an den lautereren Wettbewerb keinerlei Gedanken über die Zulässigkeit seines Verhaltens macht“.<sup>2766</sup> Wer einen Gewinn unter Verletzung elementarster objektiver Sorgfaltspflichten erwirtschaftet, dem steht zumindest der auf die Pflichtverletzung kausal zurückzuführende (Netto!-) Gewinnanteil nicht zu.<sup>2767</sup>

Im Gegensatz zu den Fällen, in denen der Zuwiderhandelnde nur einfach fahrlässig gehandelt hat, ist im Falle einer grob fahrlässigen Begehung die Gewinnabschöpfung auch unter dem Aspekt der Prävention, der effektiven Verhaltenssteuerung sinnvoll: Da ihr anders als der einfachen Fahrlässigkeit eine subjektive Komponente innewohnt, ist eine Vermeidung von Fehlverhalten eher möglich, zumal es sich außerdem um eine objektiv schwere Sorgfaltspflichtverletzung handeln muss.<sup>2768</sup> Bezieht man die grobe Fahrlässigkeit in den Anwendungsbereich des § 10 UWG mit ein, wird der Normadressat lediglich „in höhe-

---

<sup>2765</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 89.

<sup>2766</sup> So *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 99.

<sup>2767</sup> Ähnlich *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 89 m.w.N.; weiter, da auch für einfache Fahrlässigkeit *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 109.

<sup>2768</sup> Zu den grundsätzlichen Anforderungen vgl. oben Kap. III. D. 1. a) (2); s. im Übrigen nur die Nachw. bei Palandt/*Grüneberg* § 277 Rn. 5.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
rem Maße dazu angehalten, sein Gewissen anzuspannen und den Verstoß von vorneherein zu vermeiden“.<sup>2769</sup> Die Risikoerhöhung bezüglich eines Verlustes des Unrechtsgewinns ist hier ökonomisch wünschenswert,<sup>2770</sup> verschiebt sie doch den auf den Unternehmer wirkenden Handlungsanreiz gegenüber dem bisherigen *laissez-faire* im lauterkeitsrechtlichen Grenzbereich hin zu einem bewussteren Umgang mit den wettbewerbsrechtlichen Sorgfaltspflichten. Wie *Schmauß* zu Recht feststellt, kann insoweit nicht jede Sorgfaltspflichtanforderung auf dem „Altar der Innovationen geopfert werden“.<sup>2771</sup>

Soweit nach den Gesetzesmaterialien mit der Vorsatzregelung in § 10 UWG von dessen Anwendbarkeit gerade solche Verstöße ausgenommen werden sollten, bei denen der Zuwiderhandelnde sich lediglich objektiv in einem „Grenzbereich wettbewerbsrechtlicher Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit bewegt und deshalb mit einer abweichenden Beurteilung seines zumindest bedenklichen Verhaltens rechnen muss“,<sup>2772</sup> beschreiben die Materialien im Übrigen Anforderungen, die nach ständiger, auch für das Wettbewerbsrecht geltender Rechtsprechung an die Feststellung einfacher Fahrlässigkeit gestellt werden.<sup>2773</sup> Lediglich einfach fahrlässig handelt also der Zuwiderhandelnde, der mit der Möglichkeit der Unlauterkeit rechnen musste, dies aber nicht tut.<sup>2774</sup> Mit einem gesteigerten Verschuldenserfordernis in Form grober Fahrlässigkeit dagegen wären solche Fälle von § 10 UGW nicht mehr erfasst; anderes gilt nur, wenn schwerwiegende Gründe für eine gesteigerte Vorwerfbarkeit hinzutreten, etwa wenn diese Beur-

---

<sup>2769</sup> Gärtner, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 100

<sup>2770</sup> Ebenso *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 90.

<sup>2771</sup> *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 90.

<sup>2772</sup> S. noch einmal Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2773</sup> Danach handelt fahrlässig, „wer sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt, in dem er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des fraglichen Verhaltens in Betracht ziehen muss“, BGH GRUR 2002, 248, 252 – *SPIEGEL-CD-ROM* m.w.N.; vgl. auch BGH GRUR 1999, 923, 928 – *Tele-Info-CD*; weitere Nachw. bei Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 9 Rn. 1.19; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 28.

<sup>2774</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 9 Rn. 28; rechnet der Zuwiderhandelnde dagegen tatsächlich mit der Unlauterkeit einer Handlung und nimmt er diese dennoch vor, so ist er als Vorsatztäter erst recht nicht mehr schutzwürdig.

teilung sich dem Zuwiderhandelnden aufgedrängt und er sie leichtfertig beiseite geschoben hätte.

Praktisch würde sich eine mögliche Ausweitung des Gewinnabschöpfungstatbestandes auch auf grob fahrlässige Zuwiderhandlungen vor allem in solchen Fällen auswirken, in denen der Unternehmer ohne – die erforderlichen – Bedenken im Hinblick auf die Zulässigkeit seiner Wettbewerbshandlung agiert.<sup>2775</sup> Vorsatz kommt dabei höchstens bei dem Unternehmer in Betracht, der sich völlig rechtsblind über existentielle Anforderungen des Rechts irrt;<sup>2776</sup> wer demgegenüber über die Lauterkeit schlicht gar nicht nachdenkt, der soll ohne Vorsatz handeln.<sup>2777</sup> Bezüge der Gesetzgeber in Zukunft grob fahrlässige Lauterkeitsverstöße in den Anwendungsbereich des § 10 Abs. 1 UWG mit ein, so könnte die Abschöpfungswirkung auch solche Zuwiderhandelnde erfassen, die beim Verstoß ganz „offensichtlich erkennbar in einem Grenzbereich“ des Lauterkeitsrechts agierten und dabei „aufgrund einfachster, ganz nahe liegender Überlegungen“ eine „abweichende Entscheidung in Betracht ziehen musste[n]“,<sup>2778</sup> dies aber trotz subjektiver Möglichkeit leichtfertig nicht taten.

In den Fällen, in denen der Zuwiderhandelnde vor dem Verstoß Rechtsrat einholt und in denen ein anwaltliches Gutachten die Wettbewerbshandlung als „gut vertretbar“ einschätzt, wird es dagegen nach *Gärtner* regelmäßig an der für die grobe Fahrlässigkeit erforderlichen offenkundigen Lauterkeitsrechtsverletzung fehlen.<sup>2779</sup> Dazwischen aber wird sich, mit Ansteigen des gutachterlich festgestellten Risikoanteils,<sup>2780</sup> zwischen den Fällen der einfachen Fahrlässigkeit und denen der Vorsätzlichkeit wohl auch ein gewisses Spektrum von grob fahrlässi-

---

<sup>2775</sup> Ebenso *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 97 f., 99.

<sup>2776</sup> Vgl. oben Fn. 1096.

<sup>2777</sup> *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 45.

<sup>2778</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 97.

<sup>2779</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 98; a.A. etwa *Sosnitza*, der bereits nach der Aufklärung über ein Restrisiko bedingten Vorsatz beim Zuwiderhandelnden annimmt, *Sosnitza* GRUR 2003, 739, 745.

<sup>2780</sup> Zum Ganzen auch oben Kap. III. D. 4. a) (3).

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
gen Verstößen finden. Ist dagegen – auch unabhängig von der Frage rechtlicher  
Beratung – nicht offensichtlich, dass die Handlung in einem Grenzbereich statt-  
findet oder ist die Qualifikation als unlauter nicht durch einfachste Überlegun-  
gen erkennbar, kann den Zuwiderhandelnden nur der Vorwurf einfacher Fahr-  
lässigkeit treffen.<sup>2781</sup>

Auch zur Feststellung grob fahrlässigen Verhaltens sind allerdings in der Person  
des Zuwiderhandelnden liegende subjektive Elemente zu berücksichtigen. So-  
weit hieraus neue Abgrenzungs- und Nachweisschwierigkeiten befürchtet wer-  
den,<sup>2782</sup> mag dies im Einzelfall zutreffen. Letztlich werden sich diese jedoch in  
der Praxis mindestens ebenso gut handhaben lassen<sup>2783</sup> wie Nachweis und Fest-  
stellungen über den Vorsatz. Sie sollten daher kein Argument gegen die Be-  
schränkung der Anwendungserweiterung auf lediglich grob fahrlässige Zuwi-  
derhandlungen sein. Im Übrigen entspringt der hier vertretene Vorschlag zur  
Absenkung des Verschuldensmaßstabes für § 10 Abs. 1 UWG nicht nur dem  
Wunsch nach einer Steigerung der Effektivität und der praktischen Bedeutung  
des Gewinnabschöpfungsanspruchs. Er beruht vielmehr, wie oben gezeigt, auch  
auf einer rechtlichen Wertung, die sich zunächst ebenso auf einfach fahrlässige  
Begehungen übertragen ließe.<sup>2784</sup> Bei letzteren wäre durch eine den  
Unlauterkeitsgewinn abschöpfende Sanktion allerdings eine Übersteuerung und  
damit eine unerwünschte Präventionswirkung zu befürchten. In der Praxis bleibt  
den Unternehmen im Markt nur dann ein gewisser Spielraum zur Auslotung in-  
novativer Wettbewerbsstrategien, wenn den Fahrlässigkeitstäter nicht schon bei

---

<sup>2781</sup> Vgl. Gärtner, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 98.

<sup>2782</sup> Fehlemann, Abschöpfungsansprüche, S. 229.

<sup>2783</sup> Zur Abgrenzung der groben von einfacher Fahrlässigkeit für § 10 UWG vgl. Micklitz/Stadler in Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht, S. 1344.

<sup>2784</sup> Auch aufgrund dieser Wertung, des Anknüpfens an den objektiven Unrechtsgewinn, möchte Fehlemann die Gewinnabschöpfung auch auf einfach fahrlässige Begehungen anwendbar machen, vgl. Fehlemann, Abschöpfungsansprüche, S. 229.

geringen und kaum sinnvoll vermeidbaren Verstößen eine unangemessen starke Rechtsfolge trifft.<sup>2785</sup>

Die Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 10 Abs. 1 UWG auch auf grob fahrlässige Verstöße würde daher zur Effektivitätsoptimierung beitragen, und dennoch, anders als in den Gesetzesmaterialien ausgeführt,<sup>2786</sup> für die Wirtschaft weder ein ungerechtfertigtes „Prozessrisiko“<sup>2787</sup> noch im Ergebnis eine „unangemessene Belastung“ schaffen.<sup>2788</sup> Eine andere Situation könnte sich insoweit nur dann ergeben, wenn nach Änderungen, genauer Verschärfungen auch anderer problematischer Tatbestandselemente sich das präventive „Gesamtgewicht“ der Vorschrift nochmals verschieben sollte. Die Frage, welcher Verschuldensmaßstab sich unter Berücksichtigung dieser Variablen letztendlich als beste Wahl darstellt, wird daher weiter unten<sup>2789</sup> beantwortet.

### **(5) Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses?**

Eine letzte Ansicht sieht die Beschränkung der Gewinnabschöpfung auf vorsätzliche Begehungen als hinreichend begründete und richtige Entscheidung des Gesetzgebers an. *Neuberger* etwa stellt darauf ab, dass die Vorschrift das lukrative, überlegte Geschäft mit der Unlauterkeit verhindern wolle; dieses werde meistens vorsätzlich sein.<sup>2790</sup> Zu Recht führt er an, dass auf solchen Erwägungen wohl auch die Einschränkung des Fahrlässigkeitsmerkmals im Referentenentwurf durch das zusätzliche objektive Erfordernis einer systematischen Schädigung von Abnehmern beruhte;<sup>2791</sup> wie schon oben<sup>2792</sup> angesprochen, war der im Referentenentwurf vorgesehene Verschuldensmaßstab durch diese Einschränkung

---

<sup>2785</sup> Es sei hierzu noch einmal auf die bereits oben unter Kap. V. A. 2. a) angesprochene Kritik zum Verschuldensmaßstab der Gewinnerausgabe als dritter Schadensberechnungsmethode verwiesen, s. insbesondere *Haedicke* GRUR 2005, 529, 535.

<sup>2786</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2787</sup> Ebenso *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 99f.

<sup>2788</sup> Ebenso *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 89.

<sup>2789</sup> Kap. V. A. 6.

<sup>2790</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 91.

<sup>2791</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 91 mit Verweis auf RefE UWG, mit Begr. abgedr. GRUR 2003, 298, 299, 309 f.

<sup>2792</sup> Vgl. oben Kap. III. D. 3. a); a.A. wohl *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 1.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter der Fahrlässigkeitshaftung von der heutigen Fassung tatsächlich nicht so weit entfernt, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. In der Konsequenz spricht sich *Neuberger* für eine Erhaltung des Vorsatzerfordernisses aus, an dessen Nachweis (insbesondere bezüglich des Unrechtsbewusstseins) in der Praxis aber keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürften, um der Vorschrift nicht jede praktische Bedeutung zu nehmen.<sup>2793</sup> Ähnlich verknüpft *Köhler* das Ziel des Gesetzgebers, ein zivilrechtliches Präventionsinstrument gegen besonders gefährliche und schwerwiegende Verstöße zu schaffen, mit dem Merkmal der Vorsätzlichkeit.<sup>2794</sup> Auch *Bauer* sieht die Beschränkung auf Vorsatz aus der Konzeption des Anspruchs gerechtfertigt: Er solle der Abschreckung dienen, die dort am „notwendigsten“ sei, wo „vorsätzliches Verhalten“ vorliege.<sup>2795</sup> Die Erzielung einer „erzieherischen Wirkung“ sei zwar auch dort wünschenswert, wo Unternehmer grob unachtsam vorgehen und damit beträchtliche Gesamtschäden verursachen; nach den Regelungsvorstellungen des Gesetzgebers bilde das Vorsatzerfordernis allerdings ein notwendiges Korrektiv zu den weiteren Tatbestandsmerkmalen, insbesondere da bei diesen teils großzügige Beweiserleichterungen diskutiert würden und über § 287 ZPO die Darlegungs- und Beweisbelastung der klagenden Verbände bereits herabgesetzt sei.<sup>2796</sup> Diese Einschätzung, nach der dem Aktivlegitimierten weitgehende Nachweiserleichterung eröffnet würden, dürfte angesichts der Schwierigkeiten, die sich in der Durchsetzungspraxis mit den Tatbestandsmerkmalen der Vorsätzlichkeit oder des kausalen Gewinnanteiles ergeben, widerlegt sein. Auch der Schluss, dass sich die erzieherische oder besser: präventive Wirkung einer Gewinnabschöpfung am notwendigsten oder ausschließlich auf das vorsätzlich-lukrative Delikt beziehen müsse, ist nicht zwingend; die Qualität „besonders gefährlicher“ Begehungen macht sich schließlich vor allem an deren objektiven Umständen fest.

---

<sup>2793</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 91.

<sup>2794</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 3.

<sup>2795</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 113.

<sup>2796</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 113 f.

Auch außerhalb des Themenbereichs lauterkeitsrechtlicher Gewinnabschöpfung bezieht sich die Diskussion über Präventionszwecke in der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung allerdings vor allem auf vorsätzliche Delikte.<sup>2797</sup> Auch die Einführung eines Präventionszuschlages oder „Duplums“<sup>2798</sup> in Form einer doppelten oder mehrfachen Lizenzgebühr bei Immaterialgutsverletzungen<sup>2799</sup> wird zumeist als Reaktion auf das Phänomen der Piraterie<sup>2800</sup> für erforderlich und sinnvoll erachtet. Von der Vorsatzabhängigkeit des § 34a GWB auf § 10 UWG dagegen etwas ableiten zu wollen, käme auf einen Zirkelschluss hinaus,<sup>2801</sup> da diese Vorschrift der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung im Zuge einer Neuausrichtung des kartellrechtlichen Sanktionensystems insoweit schlicht nachempfunden wurde.<sup>2802</sup>

### **(6) Zur effektiven Verhaltenssteuerung bei Vorsatztaten**

Bei einer Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses kämen schließlich weiter gehende Verschärfungen der Rechtsfolge, die sich bei einer auch für grob fahrlässige Zuwiderhandlung geöffneten Rechtsfolge aus Gründen der Angemessenheit verböten, nicht nur in Betracht; sie wären vielmehr unter ökonomischen Gesichtspunkten für eine effektive Verhaltenssteuerung geradezu erforderlich. Tatsächlich folgt die Verhaltenssteuerung bei Vorsatztaten aus der ökonomischen Perspektive einer spezifischen, sich von derjenigen bei Fahrlässigkeitsdelikten

---

<sup>2797</sup> Vgl. etwa die Wortbeiträge bei der entsprechenden Diskussion auf dem 66. Deutschen Juristentag 2006, so etwa *Wagner* Verhandlungen 66. DJT Bd. II/2, L. 149 zu einer allgemeinen Gewinnabschöpfungssanktion aus präventiven Gründen; in diesem Sinne letztlich auch die *Beschlussfassung* Verhandlungen 66. DJT Bd. II/2, L. 213, in der die These „Zur Abschreckung vor vorsätzlich-lukrativen Eingriffen in fremde Rechtsgüter ist der vom Schädiger erzielte Gewinn abzuschöpfen“ mit klarer Mehrheit angenommen wurde; vgl. außerdem *Köndgen* RabelsZ 56 (1992), 696, 729; *ders.* RabelsZ 64 (2000), 661, 689: Gewinnabschöpfung nach Fahrlässigkeitsdelikten als „zweitbeste Sanktion“.

<sup>2798</sup> Vor allem *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 516; vgl. auch *ders.* ZUM 2002, 28, 40 m.w.N. zum mehrfachen Schadensersatz im Rechtsvergleich.

<sup>2799</sup> Zum Hintergrund des doppelten Schadensersatzes statt aller *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 293 ff.

<sup>2800</sup> *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 708; für einen doppelten Schadensersatz bereits bei grob fahrlässigen Begehungen allerdings *ders.* ZUM 2002, 28, 40; vgl. auch *ders.*, Kompensation und Prävention, S. 504 sowie *Assmann* BB 1985, 15, 25; für eine Beschränkung qualifizierter Sanktionen auf ganz offensichtliche, vorsätzliche Verstöße *Kur* IIC Bd. 35 (2004), 821, 830, dort insb. Fn. 43.

<sup>2801</sup> Ebenso *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 99.

<sup>2802</sup> S. oben Kap. II. C. 2. a).



A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandparameter unterscheidenden Mechanik:<sup>2803</sup> Der potentielle Fahrlässigkeitstäter muss, um sich pflichtgemäß zu verhalten und ergo die Rechtsfolge zu vermeiden, teilweise erheblichen Schadensvermeidungsaufwand investieren, während vom potentiellen Vorsatztäter lediglich verlangt wird, seinen Tatentschluss aufzugeben.<sup>2804</sup>

Insofern scheint die Gewinnabschöpfung für Vorsatztaten dem Grunde nach zunächst ein sehr gut geeignetes Präventionsinstrument, da die Entscheidung des Rechtsverletzers gegen die Rechtsverletzung schon dann fallen wird, wenn ihm aus dem Verstoß (wahrscheinlich) kein Vorteil verbleiben wird:<sup>2805</sup> Sein Nutzenkalkül wird nicht vom Schadensvermeidungsaufwand, sondern von seinen Gewinnerwartungen bestimmt.<sup>2806</sup> Wie schon oben festgestellt, erfordern Präventionserwägungen für Fahrlässigkeitstaten dagegen stets eine komplexere Abwägung als bei Vorsatztaten.<sup>2807</sup> Denn der Verletzungsvermeidungsaufwand ist umso höher, je intensiver die Einschätzung der Rechtslage eine umfassende Abwägung aller Umstände des Einzelfalles voraussetzt.<sup>2808</sup> Dennoch sprechen einige gewichtige Argumente gegen die vorsatzabhängige Gewinnabschöpfung, wie im Folgenden gezeigt werden soll:

#### **(a) Nachweisschwierigkeiten und Sanktionsdefizit**

Einer Beschränkung des Gewinnabschöpfungsanspruchs auf Vorsatztaten steht zunächst aus Effektivitätsgesichtspunkten die Gefahr unerwünschter Unterkompensationen bzw. weiterer Sanktionsdefizite gegenüber. Diese Gefahr ergibt sich auch und gerade aufgrund der Schwierigkeiten, zu denen es beim Nachweis der Vorsätzlichkeit regelmäßig kommen muss. Zwar wiegen die im Lauterkeitsrecht zu berücksichtigenden Kollektiv- und Individualinteressen des Verbraucherschutzes womöglich weniger schwer als die Schutzzwecke des objektbezogenen

---

<sup>2803</sup> *Köndgen* RabelsZ 56 (1992), 696, 729.

<sup>2804</sup> *Köndgen* RabelsZ 56 (1992), 696, 729.

<sup>2805</sup> Ähnlich *Köndgen* RabelsZ 56 (1992), 696, 729; vgl. auch *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 134; dazu vgl. auch schon oben Kap. IV. C. 1.

<sup>2806</sup> Vgl. *Köndgen* RabelsZ 56 (1992), 696, 733.

<sup>2807</sup> Nachw. s. oben Fn. 2750.

<sup>2808</sup> *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 141 Fn. 56.

Immaterialgüterrechts, zu dessen Verteidigung ein stark präventiv orientierter (Straf-) Schadensersatz in Form des „Duplums“ eigentlich ausschließlich für die Fälle vorsätzlicher Piraterie<sup>2809</sup> erwogen wird. Insbesondere aber dürfte im Immaterialgüterrecht die Schwelle zur Überabschreckung niedriger liegen, geht es doch um den Schutz von Innovationen auf dem Feld der wissenschaftlichen, technischen und kulturellen Entwicklung, während mit der Freiheit wettbewerblichen Handelns lediglich Maßnahmen der Absatzförderung geschützt werden.<sup>2810</sup>

### **(b) Erfordernis eines Präventionsaufschlags bei Vorsatztaten**

Nach *Köndgen* wären beim Vorsatztäter grundsätzlich auch solche Sanktionen unschädlich, die mehr als den Unrechtsgewinn abschöpfen.<sup>2811</sup> Unter dieser Prämisse wären mit der Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses einer fast beliebig nach Effektivitätsgesichtspunkten gestalteten Verschärfung der Gewinnabschöpfung – ob durch eine Änderung hin zur Nettoabschöpfung oder etwa eine weitgehende Beweislastumkehr bei der haftungsausfüllenden Kausalität – Tür und Tor geöffnet.<sup>2812</sup> Da sich die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG anders als die der Untersuchung von *Köndgen* zugrundeliegenden Fallkonstellationen nicht auf Rechtsverletzungen mit individualisierbarem und individuellem Schadenseinschlag beschränkt,<sup>2813</sup> soll der Gedanke eines zusätzlichen Präventions- oder Strafzuschlags<sup>2814</sup> hier zwar nicht weiter verfolgt werden. Es ist allerdings als *Köndgens* Schlussfolgerung festzuhalten, dass die Sorgfalts- und Verhaltens-

---

<sup>2809</sup> Vgl. soeben oben Kap. V. A. 2. b) (5).

<sup>2810</sup> Dies helfe allerdings nicht über das Problem der dogmatischen Grundlage der Gewinnherausgabe im Immaterialgüterrecht hinweg, da die Herleitung über die angemessene Eigengeschäftsführung auch beim grob fahrlässigen Verletzer etwas Erzwungenes hätte, vgl. zur dogmatischen Einordnung oben Kap. II. B. 1. b) (2).

<sup>2811</sup> *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 686.

<sup>2812</sup> Dazu krit. *Helms*: „Unter Effizienzgesichtspunkten dürfte eine Obergrenze für die bei vorsätzlicher Rechtsverletzung zu verhängenden haftungsrechtlichen Sanktionen wohl erst dann erreicht sein, wenn der Täter durch die nahezu existenzvernichtenden Folgen der Haftung den sozialen Sicherungssystemen zur Last zu fallen droht oder seine Stellung als aktiver Marktteilnehmer beeinträchtigt wird“, s. *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 145.

<sup>2813</sup> Wobei auch *Köndgen* die Gewinnabschöpfung grundsätzlich für *alle* vorsätzlichen Delikte möglich hält, u.a. auch für Wettbewerbsverletzungen und andere Handlungen, die gegen andere als Eigentum oder eigentumsähnliche Rechtspositionen verstoßen, solange der Gläubiger die Verletzung einer eigenen Schutzposition geltend machen könne, vgl. *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 694, was bei einer Ausgestaltung als Individual- und nicht Verbandsanspruch auch konsequent wäre.

<sup>2814</sup> Vgl. *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 686.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
anforderungen an den Vorsatztäter, nämlich den in Kenntnis der Rechtswidrigkeit geplanten Tatentschluss aufzugeben, stets so gering sind, dass sie auch durch eine massiv abschreckende Rechtsfolge ökonomisch gesehen kaum unangemessen in die Höhe getrieben werden können.<sup>2815</sup>

Wie *Dreier* von einer positiven Verhaltenssteuerung beim Fehlen des notwendigen Verletzungsanreizes insbesondere gegenüber den Rechtsverletzungskosten ausgeht (aus  $SE + K_{RV} + K_{sonst} > G_V - G_{nV}$ ),<sup>2816</sup> nimmt *Köndgen* bei vorsätzlichen Zuwiderhandlungen eine hinreichende Abschreckungswirkung der Gewinnabschöpfung dann an, wenn der Erwartungswert der Sanktion die Kosten der Auslassung oder des marktmäßigen Erwerbs der Gewinnchance übersteige.<sup>2817</sup> Die zur Abschreckung neben einem Schadensersatzanspruch (*d*) erforderliche Gewinnabschöpfung (*ga*) betrage bei Erzielung eines Gewinns (*g*) daher stets:  $ga = (g+1) \cdot d$ . Unter Außerachtlassung der Variable (*d*) – zumal nach § 10 Abs. 2 UWG eventuelle Schadensersatzansprüche ohnehin angerechnet werden – lässt sich aus der Formel *Köndgens* für die Präventionssteuerung des § 10 Abs. 1 UWG ableiten, dass die Gewinnabschöpfung den tatsächlich erwirtschafteten Gewinn des Vorsatztäters sogar stets übersteigen müsste. Für den Vorsatztäter könnte danach ein auf die Abschöpfung nur des Unrechtsgewinns gerichteter Tatbestand kaum präventiv wirken, solange dieser mit einem Durchgriff auf sein übriges Vermögen nicht zu rechnen brauchte.<sup>2818</sup>

### **(c) Abhängigkeit der Präventionswirkung von der Sanktionierungswahrscheinlichkeit**

Wenn das Vorsatzerfordernis des § 10 Abs. 1 UWG seinerseits dazu führt, dass die Sanktionierungswahrscheinlichkeit für Lauterkeitsverstöße im Vergleich

---

<sup>2815</sup> *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 683.

<sup>2816</sup> *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 134; vgl. oben Kap. IV. C. 1.

<sup>2817</sup> *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 684.

<sup>2818</sup> Vgl. auch *Ebert* *Karlsruher Forum* 2006, S. 172.

## Kapitel V. Möglichkeiten und Grenzen einer Nachbesserung des § 10 UWG

zum Zustand vor Einführung der Gewinnabschöpfung nur geringfügig ansteigt, so wäre darüber hinaus sogar noch ein weiterer, erheblicher Abschreckungsaufschlag erforderlich: Denn sowohl *Dreier*<sup>2819</sup> als auch *Köndgen*<sup>2820</sup> weisen darauf hin, dass ein wesentlicher Faktor bei der Bemessung von Präventionsinstrumentarien stets die Wahrscheinlichkeit der Sanktionierung der Rechtsverletzung sein muss.<sup>2821</sup> Nach *Dreier* verringert sich die Präventionswirkung, je höher der Gewinn aus der verletzenden Tätigkeit und je geringer das Risiko ist, entdeckt zu werden. So entfalle die Präventionswirkung auch bei Herausgabe des gesamten Verletzergewinns bei einem Entdeckungsrisiko von 50% bereits dann, wenn der aus der Verletzung erzielte Gewinn mehr als doppelt so hoch sei wie der mit einer rechtmäßigen Handlung zu erwartende, und bei einem Entdeckungsrisiko von 33% bereits bei einem den nichtverletzenden Gewinn um mehr als die Hälfte übersteigenden Verletzergewinn.<sup>2822</sup>

Insoweit stellt sich die Problematik im Lauterkeitsrecht nur geringfügig anders dar als im (Immaterial-) Güterrecht: Während es dort vor allem auf die Entdeckungswahrscheinlichkeit einer Rechtsgutverletzung ankommt, ist im Lauterkeitsrecht bezogen auf den wirtschaftlichen Unrechtsvorteil ein Sanktionsdefizit selbst dann ohne weiteres denkbar, wenn die Zuwiderhandlung „entdeckt“ wurde; dies gilt in den Fällen von Bagatell- und Streuschäden ebenso wie in den Fällen von Rechtsverletzungen, die vor allem Mitbewerber betreffen, von diesen aber üblicherweise nur im Rahmen des negatorischen Rechtsschutzes verfolgt werden. Diese (geringe) Sanktionierungswahrscheinlichkeit ist also ein sehr wesentlicher Faktor schon für die herkömmlichen Wettbewerbsmechanismen im Lauterkeitsrecht. Sie war schließlich einer der Gründe für die Schaffung der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG.

---

<sup>2819</sup> *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 137, 140.

<sup>2820</sup> *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 684.

<sup>2821</sup> Vgl. dazu im Übrigen auch *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 70.

<sup>2822</sup> Aus der Grundformel der Präventionswirkung  $G_V (1-R/100) < G_{nV}$  ergibt sich dies unter der Annahme, dass  $R =$  Entdeckungsrisiko in % = 50 sei, wie folgt:  $0,5 G_V < G_{nV}$  bzw.  $G_V < 2 \times G_{nV}$ ; näher *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 140.

## A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter

Wenn die Sanktionierungswahrscheinlichkeit aber auch nach der Einführung des Gewinnabschöpfungsanspruchs  $< 1$  bleibt, dann müsste der zunächst mit dem Grundwert 1 kalkulierte Präventionsaufschlag für eine effektive Verhaltenssteuerung noch weiter erhöht werden.<sup>2823</sup> Hiervon wäre bei Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses auszugehen. Ein entsprechendes Problem sieht *Köndgen* auch, wenn er in seiner rechtsökonomischen Untersuchung über Gewinnherausgabe nach Verstößen gegen vertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbote auf die Vorsatztat abstellt; er setzt dabei aber voraus, dass in diesem spezifischen Fall des Verstoßes gegen ausdrückliche Vereinbarungen von einem „*prima-facie*-Vorsatz“ auszugehen sei.<sup>2824</sup> Eine solche Korrektur über die Nachweisanforderungen ist im Lauterkeitsrecht wie gezeigt zumindest nicht pauschal möglich.<sup>2825</sup>

Die Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses würde damit letztendlich eine den Unrechtsgewinn gerade übersteigende Abschöpfung nicht nur möglich machen, sondern diese vielmehr tatsächlich auch erfordern. Dies liefe zum einen der gesetzgeberischen Entscheidung zuwider, dem bisherigen Präventionsdefizit durch ein zivilrechtliches Instrument zu begegnen, das durch einen einseitig-vermögensordnenden Aspekt begrenzt wird und gegenüber anderen, auch präventiv wirkenden Zahlungsverpflichtungen nur nachrangig zur Geltung kommen soll. Zum anderen würde eine solche Lösung womöglich auch die Grenze zur Pönalität überschreiten – zumindest wäre man wieder bei der Frage angelangt, ob es für die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit maßgeblich auf das Vorliegen eines Strafgedankens ankommt.<sup>2826</sup>

### **(7) Zwischenergebnis**

Eine vorsatzabhängige Rechtsfolge für Lauterkeitsverstöße müsste, um effektiv-präventiv zu wirken, eine Abschöpfung über den Unlauterkeitsgewinn hinaus

---

<sup>2823</sup> *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 684 f. mit Nachw. zu ähnlichen Multiplikatoren bei der Rechtfertigung zusätzlicher *punitive damages* in den USA.

<sup>2824</sup> *Köndgen* RabelsZ 56 (1992), 696, 749.

<sup>2825</sup> Oben Kap. III. D. 4. b); s. auch sogleich unten Kap. V. A. 2. c).

<sup>2826</sup> Vgl. dazu *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 671 sowie 693 m.w.N.

## Kapitel V. Möglichkeiten und Grenzen einer Nachbesserung des § 10 UWG

beinhalten, unter Berücksichtigung der zugleich geringer werdenden Sanktionierungswahrscheinlichkeit sogar einen quasi doppelten Präventionsaufschlag. Eine solche zivilrechtliche Sanktion würde als systemfremd und unangemessen empfunden werden und der Normsystematik, nach der § 10 UWG lediglich in nachrangiger Weise ein Präventionsdefizit ausgleichen soll, zuwiderlaufen.

Aber auch der potentiell fahrlässig Zuwiderhandelnde lässt sich im Wirtschaftsleben über den Anreiz der Gewinnerzielung in seinem Verhalten steuern: Auch der nicht zum bewussten Rechtsbruch bereite Unternehmer wird sein Verhalten zur Schadensvorsorge anpassen und – ein Gedanke, der sich in der Praxis gerade des Lauterkeitsrechts hin und wieder aufdrängt – gegebenenfalls zu „sorglosem“ Verhalten motiviert fühlen, insbesondere wenn er einen recht sicheren Gewinn einer nur „mehr oder weniger“ wahrscheinlichen Schadensersatzlast gegenüberstellt.<sup>2827</sup> Gerade *Köndgen* schlägt für fahrlässige Rechtsverletzungen zwar nicht die Gewinnabschöpfung, sondern einen gegebenenfalls aus Präventionsgesichtspunkten erhöhten Schadensersatz vor; nach seiner Formel müsste allerdings dann dafür gesorgt werden, dass unter Einbeziehung auch der Sanktionswahrscheinlichkeit<sup>2828</sup> der Erwartungswert der zu leistenden Kompensation den erwarteten Gewinn übersteigt.<sup>2829</sup> Dies wird mit dem derzeitigen Sanktionensystem im Lauterkeitsrecht insbesondere wegen der zu vernachlässigenden Rolle der individuellen Kompensationsansprüche schwerlich zu erreichen sein. Die vom Individualanspruch gelöste Gewinnabschöpfung durch Verbände ist demnach für die speziellen Konstellationen des Lauterkeitsrechts auch für fahrlässige Begehungen zunächst als geeignete Reaktion anzusehen.

Die gilt allerdings schon nach den bisherigen Untersuchungsergebnissen nur unter zwei bereits oben getroffenen Einschränkungen: Zum einen kann es in den Fällen fahrlässiger Begehung wegen der immer erforderlichen Abwägung zwi-

---

<sup>2827</sup> Vgl. *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 688.

<sup>2828</sup> Dies gilt zumindest bei bewusster Fahrlässigkeit, vgl. *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 688.

<sup>2829</sup> Vgl. *Köndgen* RabelsZ 64 (2000), 661, 688 f.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
schen den Kosten der Schadensvermeidung und den Risiken der Schadensrealisierung<sup>2830</sup> sehr viel leichter zu einem Übermaß an Prävention, also einer Überabschreckung oder *overdeterrence* kommen, durch das der „positive Nettonutzen“<sup>2831</sup> nach dem Kalkül des potentiell fahrlässigen Rechtsverletzers gestört würde.<sup>2832</sup> Diese Gefahr ist zweitens umso größer, je niedriger die Eintrittsschwelle für Fahrlässigkeitstaten ist. Im Lauterkeitsrecht kann ein unternehmerisch denkender Wettbewerber einfach-fahrlässige Rechtsverletzungen kaum vermeiden; hierzu muss er nicht zwangsläufig auf die geringe Sanktionswahrscheinlichkeit spekuliert haben. Im Ergebnis sollte die Gewinnabschöpfung damit zwar bei grob fahrlässiger, nicht jedoch bei einfach fahrlässiger Begehung greifen. Damit erhöht sich die Sanktionswahrscheinlichkeit gegenüber dem heutigen Vorsatzerfordernis bei gleichzeitiger Verringerung der Nachweisanforderungen aufgrund der objektiven Komponente, die bei der Bewertung auch der groben Fahrlässigkeit von Bedeutung ist. Gleichzeitig kann in solchen Fällen wegen der gesteigerten Vorwerfbarkeit des Verhaltens und der in grober Weise vernachlässigten – und daher stark verbesserungswürdigen – Sorgfaltsanstrengungen des Zuwiderhandelnden die Gewinnabschöpfung immer noch eine erhebliche verhaltenssteuernde Wirkung entfalten, ohne überabschreckend zu wirken.

### **c) Beweiserleichterungen für § 10 UWG?**

Hat man – wie oben gezeigt: vorrangig – in materieller Hinsicht eine Entscheidung über den Verschuldensmaßstab getroffen, so bleibt die Frage, welche Partei im Zweifel die Nachweispflicht über das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung treffen soll. In der bisherigen Literatur zur Gewinnabschöpfung finden sich Beiträge zur Diskussion mehr oder weniger weitgehender Beweiserleichterungen hinsichtlich des geltenden Vorsatzerfordernisses, aber auch hinsichtlich eines denkbaren erweiterten Verschuldensmaßstabes.

---

<sup>2830</sup> Köndgen RabelsZ 64 (2000), 661, 683, 691; krit. Helms, Gewinnherausgabe, S. 144.

<sup>2831</sup> Dazu Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 133 f.

<sup>2832</sup> Vgl. Köndgen RabelsZ 64 (2000), 661, 688.

*Gärtner* schlägt eine Beweislastumkehr aus Gründen der von ihr ausgehenden zusätzlichen Präventionswirkung für den Nachweis sowohl vorsätzlicher als auch grob fahrlässiger Begehung vor.<sup>2833</sup> In Anlehnung an die deliktische Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB solle daher das qualifizierte Verschulden des Zuwiderhandelnden einer Beweislastumkehr unterworfen werden.<sup>2834</sup> Die dort entwickelten Grundsätze seien in den wesentlichen Gesichtspunkten übertragbar, insbesondere hinsichtlich der Problematik des beim Gegner liegenden Gefahren- und Verantwortungsbereichs,<sup>2835</sup> der ungleichen Aufklärungsmöglichkeiten<sup>2836</sup> sowie der vor allem in der Literatur vertretenen Idee, dass das durch die Beweislastumkehr gesteigerte Unternehmerrisiko das Korrelat der mit dem Verstoß bzw. der unternehmerischen Tätigkeit einhergehenden wirtschaftlichen Chancen<sup>2837</sup> sei.<sup>2838</sup> Tatsächlich hält *Gärtner* eine Beweislastumkehr nur im Fall vorsätzlicher Zuwiderhandlungen für erforderlich, zur Vermeidung einer „Zersplitterung“ der Beweislastverteilung innerhalb des Tatbestandes sei diese jedoch bei einer Erweiterung des § 10 Abs. 1 UWG auch auf grob fahrlässige Begehungen auf letztere zu erstrecken.<sup>2839</sup> Bereits *Micklitz* und *Stadler* hatten in ihrem Gutachten zur Unrechtsgewinnabschöpfung eine Beweislastumkehr bezüglich des Verschuldensmaßstabes erwogen; diese Überlegungen bezogen sich allerdings nicht auf ein Vorsatzerfordernis, sondern auf einfaches Verschulden.<sup>2840</sup>

Tatsächlich würde sich eine Beweislastumkehr bezüglich des Vorsatzerfordernisses auch bei einer Neuregelung verbieten.<sup>2841</sup> Blicke es im Ergebnis beim Vorsatzerfordernis, wäre eine Beweislastumkehr wegen der ausschließlichen Subjektivität der zu beweisenden Vorgänge und angesichts des gesteigerten

---

<sup>2833</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 103 ff.

<sup>2834</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 104 ff.

<sup>2835</sup> Dazu BGH NJW 1991, 1948, 1951 m.w.N.; Nachw. auch bei Palandt/*Sprau* § 823 Rn. 184; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 105.

<sup>2836</sup> Etwa BGH NJW 1992, 1039, 1040 m.w.N.

<sup>2837</sup> Nachw. s. bei *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 105 Fn. 510 f.

<sup>2838</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 105 f.

<sup>2839</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 103 mit Verweis auf Palandt/*Sprau* § 823 Rn. 184.

<sup>2840</sup> *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 30.

<sup>2841</sup> Zur jetzigen Rechtslage sei noch einmal verwiesen auf die Darstellungen oben Kap. III. D. 4. b).



A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter Verschuldensvorwurfs nicht angemessen,<sup>2842</sup> auch wenn sie für den Anspruchsberechtigten eine deutliche Verbesserung seiner Rechtsposition herbeiführen und auch die Effektivität der Gewinnabschöpfung als Durchsetzungsinstrument ohne Zweifel profitieren würde. Nicht denkbar ist eine Beweislastumkehr bezüglich des Vorsatzes auch deshalb, weil eine solche rechtspolitisch als pauschale Vorverurteilung sämtlicher auch einfach fahrlässig handelnder Lauterkeitsrechtsverletzer verstanden werden könnte. Dies aber kann angesichts drohender Innovationshemmungen im Wettbewerb weder gewünscht noch verhältnismäßig sein; eine Regelung über eine Beweislastumkehr beim Vorsatz dürfte umgekehrt das Prozessrisiko für den Anspruchsgegner in einer Weise verschärfen, die mit den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht in Einklang zu bringen wäre.<sup>2843</sup> Vielmehr kommt, solange der Anspruch an einen Vorsatz beim Zuwiderhandelnden geknüpft ist, der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 ZPO unter Zuhilfenahme eventueller Indizien oder im Einzelfall angezeigter Beweiserleichterungen wie dem Anscheinsbeweis erhebliche Bedeutung zu.<sup>2844</sup>

Dieses Ergebnis könnte zwar dann anders aussehen, wenn sich eine Beweislastumkehr bezüglich des Merkmals grober oder einfacher Fahrlässigkeit wegen der Einheitlichkeit der Beweisanforderungen innerhalb eines Tatbestandes auf den Vorsatz mit erstreckte. Zu Recht aber hält selbst *Gärtner* für grob fahrlässige Begehungen auch unter Berücksichtigung der betroffenen Gefahren- und Verantwortungsbereiche eine Beweislastumkehr nicht für erforderlich.<sup>2845</sup> Dann kann es aber umso weniger angehen, eine für den Vorsatz nicht denkbare Beweislastumkehr über den Umweg der Fahrlässigkeit zu installieren.

---

<sup>2842</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 286.

<sup>2843</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2844</sup> Vgl. oben Kap. III. D. 4.; ebenso *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 124.

<sup>2845</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 107.

**d) Ergebnis**

Wie oben gezeigt, hat die Abschöpfung der Unrechtsgewinne nach § 10 UWG eine Bestrafung weder zum Ziel, noch wirkt sie sich entsprechend im Verhältnis zum Zuwiderhandelnden aus – sie ist keine verkappte Strafnorm.<sup>2846</sup> Vielmehr neutralisiert sie – insoweit ähnlich wie der Verfall – einen zu Unrecht beim Rechtsverletzer vorhandenen Gewinn. In seiner jetzigen Ausgestaltung insbesondere als Nettoabschöpfung der kausalen Unrechtsgewinnanteile<sup>2847</sup> erfordern es unter diesem Gesichtspunkt daher weder der Normzweck noch die Wirkungsweise des Gewinnabschöpfungsanspruchs, ihn an vorsätzliches Handeln des Anspruchsgegners zu knüpfen.<sup>2848</sup> Vielmehr spricht umgekehrt einiges dafür, dass eine effektive Verhaltenssteuerung über einen vorsatzabhängigen Abschöpfungsanspruch im Lauterkeitsrecht erst zu erreichen wäre, wenn dessen Rechtsfolge sich über den erwirtschafteten kausalen Nettogewinn hinaus auf Teile des sonstigen Vermögens des Zuwiderhandelnden erstreckte.

Betrachtet man im Übrigen noch einmal die Abschöpfung des im Vermögen des Rechtsverletzers „zuviel“ vorhandenen objektiven Unlauterkeitsgewinns als solche, so ist zunächst zuzugeben, dass es sich um einen bereicherungsausgleich-ähnlichen, nach Billigkeitsgesichtspunkten kaum angreifbaren Vorgang der Neutralisation und Bereinigung einer rechtswidrigen Vermögenssituation, aber auch des zu Gunsten des Zuwiderhandelnden verschobenen Konkurrenzverhältnisses zum lauterem Wettbewerber handelt.<sup>2849</sup> Insofern ließe sich über eine im äußersten Fall verschuldensunabhängige Gewinnhaftung im Lauterkeitsrecht nachdenken. Damit würden die Anreize für den rechtstreuen Wettbewerber, sich nun ebenfalls unlauter zu verhalten, zunächst deutlich gesenkt. Gleichzeitig muss jedoch die ökonomische Perspektive, insbesondere die Eigenart des Wett-

---

<sup>2846</sup> Vgl. etwa oben Kap. IV. E. 1. d); ebenso *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 3.

<sup>2847</sup> Zur Diskussion zur Absenkung der Kausalitätsanforderungen und zur Einführung einer Bruttoabschöpfung s. sogleich noch unter Kap. V. A. 3.a) und b).

<sup>2848</sup> Ähnlich *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 109.

<sup>2849</sup> Vgl. auch *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 109.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandparameter  
bewerbs und damit auch des Wettbewerbsrechts als sich immer wieder austarierendes, schwebendes Gefüge von spezifischer Dynamik<sup>2850</sup> beachtet werden, das zwar durchaus gesteuert und begrenzt werden muss, seinem Grundsatz nach aber auf einem verfassungsbegründeten Gedanken der Handlungsfreiheit beruht.<sup>2851</sup> Ohne Handlungsfreiheit kann Wettbewerb weder entstehen noch sich entfalten.<sup>2852</sup> Das Ausprobieren neuer Wege, auch im Rahmen des innovativen Marketings, ist dabei ökonomisch grundsätzlich erwünscht und kommt im besten Fall allen Marktteilnehmern zugute.<sup>2853</sup>

Zwar mag man darüber streiten, ob der einzelne fahrlässig Zuwiderhandelnde, der es selbst in der Hand hatte, sein Verhalten im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben zu steuern, für sich genommen als schutzbedürftig<sup>2854</sup> oder schutzwürdig anzusehen ist. Das Risiko, dass eine bei jeder Form eines fahrlässigen Lauterkeitsverstoßes drohende Gewinnabschöpfungsklage ein unerwünschtes Hemmnis für Innovationen im Wettbewerb, insbesondere für die Werbewirtschaft, bedeuten würde, ist aber nicht von der Hand zu weisen. Auch ohne strafende Ausrichtung und Wirkungsweise stellt der Gewinnabschöpfungsanspruch gegenüber den bisher im Lauterkeitsrecht vorherrschenden zivilrechtlichen Regulierungsinstrumentarien des negatorischen Rechtsschutzes eine gewisse Mehrbelastung für den Normadressaten dar. Diese ergibt sich aus dem neuen materiellen Anspruch, den der Zuwiderhandelnde gegen sich entstehen sieht, aber auch schon aufgrund der prozessualen Implikationen des Auskunft- und Rechnungslegungsanspruchs. Insofern sind auch die faktischen Belastungen eines Gewinnabschöpfungsverfahrens in die Abwägung mit einzubeziehen.

---

<sup>2850</sup> *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 10. Diese erfordert im Übrigen auch eine ständige Anpassung der entsprechenden Regelungen, weshalb dem Wettbewerbsrecht auch eine Funktion als „Schrittmacher“ der Rechtsentwicklung insgesamt nachgesagt wird, vgl. *Alexander* a.a.O. m.w.N.

<sup>2851</sup> Vgl. *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, Einl. Rn. 1.17.

<sup>2852</sup> So *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, Einl. Rn. 1.17.

<sup>2853</sup> Vgl. *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 89; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, Einl. Rn. 1.17.

<sup>2854</sup> Verneinend *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 109.

## Kapitel V. Möglichkeiten und Grenzen einer Nachbesserung des § 10 UWG

Bei einer zu niedrigen Eintrittsschwelle wären daher Defizite hinsichtlich Rechtssicherheit, Absehbarkeit und wirtschaftlicher Planbarkeit sowie Freiheits- und Innovationshemmungen, wie sie ähnlich bereits bei der nur Fahrlässigkeit voraussetzenden Gewinnerausgabe als dreifache Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht beklagt werden, zu befürchten. Eine Beschränkung wiederum auf grob fahrlässige Rechtsverstöße würde zum einen die erforderliche Rechtssicherheit – auch hinsichtlich etwaiger Prozessrisiken – für diejenigen Unternehmer bieten, denen ein Lauterkeitsverstoß nur aus einfacher Fahrlässigkeit unterläuft, und damit die hemmende Wirkung auf den Wettbewerb minimieren. Sie wäre zum anderen immer noch Gewährleistung für die in den Gesetzesmaterialien geforderte<sup>2855</sup> Unterscheidung zwischen den Verschuldensanforderungen individueller Schadensersatzansprüche und der Gewinnabschöpfung durch Verbände.<sup>2856</sup>

Im Ergebnis ist daher festzuhalten: Je niedriger die Verschuldensvoraussetzung, desto größer sind zwar Anwendungsbereich und Anwendungswahrscheinlichkeit einer Vorschrift, so dass bezogen auf die Gewinnabschöpfung insoweit die größte unmittelbare Wirkung bei einer verschuldensunabhängigen Haftung erreicht würde. Zum einen ist aber die Frage des Verschuldensmaßstabes einer gesetzgeberischen Unrechtswertung vorbehalten, die auch Fragen der Angemessenheit berücksichtigt. Außerdem wird, wo es um Prävention, ergo Verhaltenssteuerung geht, eine zu niedrige Eintrittsschwelle beim Verschulden ökonomisch betrachtet auch nicht mehr effizient sein, da stets das Verhältnis zum Vermeidungsaufwand gewahrt sein muss. Soweit die Herausgabe des Verletzergewinns etwa im Patent- oder Urheberrecht für lediglich fahrlässig begangene Verletzungshandlungen kritisiert wird, könnten sich Gewinnabschöpfung und dritte Schadensberechnungsmethode in ihren Voraussetzungen insoweit womöglich am sinnvollsten „in der Mitte“, bei der Voraussetzung grober Fahrlässigkeit nämlich, treffen.

---

<sup>2855</sup> Vgl. bereits Begr. RefE UWG, abgedr. GRUR 2003, 298, 309 (zur groben Fahrlässigkeit) sowie Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2856</sup> Vgl. *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 89.

### A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter

Es bietet sich daher zunächst an, am Hebel der Sanktionierungswahrscheinlichkeit anzusetzen und den Gewinnabschöpfungsanspruch für grob fahrlässige Begehungen zu öffnen. Über die objektive Komponente der groben Sorgfaltspflichtverletzung würde der Anwendungsbereich erweitert und zugleich der Nachweis des schuldhaften Verstoßes erleichtert. Eine Beweislastumkehr jedenfalls wäre bei Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses nicht angemessen, bei einer Öffnung der Gewinnabschöpfung auch für grob fahrlässige Begehungen hingegen nicht erforderlich. Je nach Fallgestaltung stehen ohnehin prozessuale Erleichterungen über Indizienbeweis und den Beweis *prima facie* zur Verfügung. Ob neben oder doch anstelle einer Absenkung des Verschuldensanfordernisses im Ergebnis noch weitere Tatbestandsänderungen in Betracht kommen, wird im Folgenden untersucht.

### **3. Gewinnermittlung**

Ist die Hürde des Vorsatzerfordernisses genommen, stellt die Ermittlung des Unlauterkeitserfolgs für einige Fallgruppen in der Praxis ein weiteres Hindernis für eine effektive Präventionswirkung des Gewinnabschöpfungsanspruchs dar<sup>2857</sup> – insbesondere in Fällen von Vertragsschlüssen nach belästigender Werbung, von Lockangeboten, von Werbung mit unzutreffenden oder veralteten Testurteilen und insgesamt in Fällen, in denen die Unlauterkeit sich nur in einem Element von mehreren eines komplexen Werbe- und Absatzvorgangs niederschlägt. Im Folgenden wird daher untersucht, ob auch insoweit Tatbestandsänderungen in Frage kommen, mit denen sich die Anwendung des Gewinnabschöpfungsanspruchs in Hinblick auf dessen materielle Anforderungen oder die der Nachweisführung in sinnvoller und verhältnismäßiger Weise erleichtern und mit denen sich das Instrument der Gewinnabschöpfung effektiver gestalten ließe.

---

<sup>2857</sup> Vgl. die Pressemitteilung des vzbv vom 16.1.2009, <https://www.vzbv.de/go/presse/1109/index.html> [zuletzt aufgerufen am 19.4.2011].

**a) Kausalität**

Zunächst erweist sich, wie oben bereits dargelegt,<sup>2858</sup> die Zuordnung des kausal durch die Unlauterkeitshandlung erwirtschafteten Gewinns oder Gewinnanteils in verschiedenen Fallkonstellationen als schwierig, und zwar nicht nur auf der Nachweisebene, sondern schon materiell bei der Frage, welche Verursachungsanteile bei der Gewinnberechnung vom Gesamterlös jeweils abzuziehen sind.

Im Rahmen der Tatbestandsuntersuchung wurde gezeigt, dass sich aus den bisherigen Erfahrungen aus der Praxis der dritten Schadensberechnungsart, insbesondere zur Bestimmung der kausal auf eine Schutzrechtsverletzung zurückgehenden Verletzergewinnanteile, einige Schlüsse für die Anwendung des § 10 UWG *de lege lata* ziehen lassen.<sup>2859</sup> Dabei ergeben sich im Detail allerdings je nach Fallgestaltung ganz unterschiedliche Probleme. Exemplarisch für die diversen denkbaren Zuwiderhandlungen, die über § 10 UWG zumindest dem Grunde nach sanktionierbar sind, werden vor der folgenden Übersicht über weitere denkbare Lösungsansätze zur Kausalitätsproblematik *de lege ferenda* daher zunächst nochmals einige wichtige Fallkonstellationen und die bei ihrer Handhabung verbleibenden Hauptfragen dargestellt.

**(1) Fallgruppen**

Die Praktikabilität des Kausalitätserfordernisses wird schon in den verschiedenen von der Gesetzesbegründung beispielhaft aufgeführten Anwendungsfällen<sup>2860</sup> ganz unterschiedlich zu bewerten sein. Dass die Einziehung geringer Beträge ohne Rechtsgrund oder die Abrechnung eines Mehrwertdienstes ohne Gegenleistung insoweit recht unproblematisch sein dürften, wurde bereits oben gezeigt.<sup>2861</sup> Aber schon bei den sogenannten „Abofallen“ im Internet, einem insgesamt auf Irreführung gerichteten Geschäftsmodell, ist eine Zurechnung des er-

---

<sup>2858</sup> Ausführlich oben ab Kap. III. E. 6. b) (3).

<sup>2859</sup> Vgl. die Zusammenfassung oben unter Kap. III. E. 11.

<sup>2860</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 23.

<sup>2861</sup> Nachw. oben unter Kap. III. E. 6. b) (3).

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
zielten Gewinns nach der bisherigen Rechtsprechung nicht eins zu eins möglich, sollen doch hierbei die Erträge aus solchen Vertragsschlüssen abzuziehen sein, die Verbraucher trotz und in Kenntnis der in ihrer Darstellung der Preisangabenverordnung widersprechenden Kostenpflicht getätigt haben, da insoweit ein Kausalzusammenhang nicht bestehe.<sup>2862</sup> Sind allerdings wie in den Fällen der Mogelpackungen die Elemente der Rechtsverletzung in Bezug zu einem Verletzungsgegenstand prozentual klar abgrenzbar, so wird der Gewinnberechnung der entsprechende prozentuale Anteil des Gesamterlöses zugrunde gelegt.

Bei den verbleibenden Fällen irreführender Werbung sollte der Grundsatz gelten, dass der Gewinn stets dann aus allen Erlösen des beworbenen oder vertriebenen Produkts zu berechnen und als Unlauterkeitsgewinn abzuschöpfen ist, wenn die Zuwiderhandlung sich deutlich als Hauptursache für die erzielten Erlöse darstellt oder wenn das den Gewinn verursachende Geschäft ohne die Zuwiderhandlung nicht oder nicht mit Gewinn hätte stattfinden können; geringfügige Nebeneffekte und solche Elemente, die schon im Rahmen der Kosten in Ansatz gebracht werden konnten, sind dann nicht zu berücksichtigen.<sup>2863</sup> Dieser aus der neueren immaterialgüterrechtlichen Rechtsprechung übernommene Grundsatz der Berücksichtigungsfähigkeit lediglich „besonderer“ Verursachungsanteile wird jedoch in Fallgruppen wie etwa der Werbung mit einem unzutreffenden Warentest-Urteil oder in der hochumstrittenen Fallgruppe der Vertragsabschlüsse nach belästigender Werbung immer noch sehr schwierig umzusetzen sein bzw. über die Grundprobleme nicht hinweghelfen, die sich für die Ermittlung des kausalen Unrechtsgewinnanteils immer dann ergeben, wenn die tatbestandsmäßige Zuwiderhandlung lediglich ein mitwirkendes Element in einem komplexen Werbe- und Vertriebsvorgang darstellt. Es bedarf hier in jedem Ein-

---

<sup>2862</sup> Vgl. OLG Frankfurt CR 2009, 253, 256.

<sup>2863</sup> S. bereits oben Kap. III. E. 11.

zelfall einer gesonderten richterlichen Bewertung der Frage, welcher Verursachungsanteil auf das lauterkeitswidrige Werbe- oder Vertriebsselement entfällt.

Einen möglichen Anwendungsfall der Gewinnberechnung auf dem direkten Wege des Vergleichs zum hypothetischen Lauterkeitsgewinn dagegen stellt die filialbezogene Umsatzsteigerung aufgrund eines lauterkeitswidrigen Lockangebots (vgl. Nr. 5 Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG) dar.

## **(2) Aufgabe des strengen Kausalitätserfordernisses**

Der Gewinnabschöpfung gerade für die problematischen Fallgruppen einen höheren Wirkungsgrad zu verleihen, ist das Ziel des bereits oben<sup>2864</sup> ausführlich dargestellten Auslegungsansatzes von *Goldmann*: Um eine wirkungsvolle Abschreckung zu gewährleisten, dürfe der Unternehmer nicht in der Sicherheit belassen werden, in keinem Fall mehr als den konkret durch die Unlauterkeit erzielten Gewinn herausgeben zu müssen.<sup>2865</sup> Es müsse daher der gesamte zeitlich nach dem Wettbewerbsverstoß entstandene Gewinn, der mit den beworbenen oder angebotenen Produkten erzielt wurde, vom Gewinnabschöpfungsanspruch umfasst sein.<sup>2866</sup>

### **(a) Gefahr der Pönalisierung**

Diesem Ansatz *Goldmanns* kann allerdings nicht gefolgt werden. Neben ihrer bereits dargelegten Unvereinbarkeit mit dem aktuellen Wortlaut<sup>2867</sup> hätte seine Anspruchskonzeption auch bei einem nachgebesserten Gewinnabschöpfungsanspruch *de lege ferenda* gewichtige Argumente gegen sich stehen. Insbesondere schösse eine Regelung, die bewusst auch die Abschöpfung lauterer Gewinnan-

---

<sup>2864</sup> Kap. III. E. 6. b) (1).

<sup>2865</sup> Andernfalls sieht *Goldmann* den Effekt einer „geltungserhaltenden Reduktion“ unlauterer Werbung eintreten; der Richter würde gar zum „Handlanger“ des vorsätzlich unlauter Handelnden, wenn diesen etwa durch Zulassung des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens kein gegenüber dem lauter Handelnden gesteigertes finanzielles Risiko treffe, *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 88.

<sup>2866</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 92 f.

<sup>2867</sup> Auch hierzu s. oben Kap. III. E. 6. b) (1).



A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandparameter  
teile in Kauf nähme, wohl über das präventive Regelungsziel hinaus.<sup>2868</sup> In Fäl-  
len etwa, in denen ein unternehmerischer Gewinn nur zu einem geringen Teil  
auf der Unlauterkeit beruhte, käme es bei der Abschöpfung des Gesamtgewinns  
oder lauter erwirtschafteter Gewinnanteile zu einer unerwünschten Überkom-  
pensation im Sinne einer exzessiven Abschreckung und faktisch einer Bestra-  
fung des Rechtsverletzers;<sup>2869</sup> es könnte sich dann der intendierte Präventions-  
zweck zumindest auf der Wirkungsseite deutlich in Richtung einer pönalen, also  
tatsächlich strafend oder zumindest überabschreckend wirkenden Sanktion ent-  
wickeln.<sup>2870</sup> Auch nach *Köndgen* muss ein abzuschöpfender Gewinn dem Grun-  
de nach stets kausal auf die Rechtsverletzung zurückverfolgbar sein, wenn die  
Gewinnabschöpfung nicht „in pure Bestrafung umschlagen“ solle.<sup>2871</sup> In letzte-  
rem Fall würde sich eine alte Diskussion neu eröffnen, nämlich über die Frage,  
wie viel Strafwirkung ein präventiv-zivilrechtlicher Anspruch vermitteln darf,  
um noch systemkonform zu sein. Eine Herabsenkung des Verschuldensmaßstabs  
auf grobe Fahrlässigkeit wäre damit jedenfalls kaum noch denkbar.<sup>2872</sup>

### **(b) Abhängigkeit der Rechtsfolge von der Tatfolge**

Die Aufhebung des Kausalitätserfordernisses in § 10 UWG würde die lauter-  
keitsrechtliche Gewinnabschöpfung aber insbesondere ihrer inneren Legitimat-  
ion berauben, die einen logisch-kausalen Zusammenhang zwischen der  
Unlauterkeitshandlung und ihren Folgen einerseits und der Art und Höhe des  
Zahlungsanspruchs andererseits voraussetzt.<sup>2873</sup> Diese Anforderungen erfüllen  
auf ihre Art sowohl Kompensations- als auch Bereicherungsansprüche, Ab-  
schöpfungsinstitute aus anderen Rechtsgebieten<sup>2874</sup> und selbst spezielle Haf-

---

<sup>2868</sup> Vgl. auch *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 181; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 136.

<sup>2869</sup> Für Fälle des Vertragsbruchs *Köndgen* *RabelsZ* 56 (1992), 696, 724.

<sup>2870</sup> Ähnlich *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 95.

<sup>2871</sup> *Köndgen* *RabelsZ* 64 (2000), 661, 675 mit Verweis auf entsprechende Grundsätze aus dem englischen Recht.

<sup>2872</sup> Auch *Goldmann* rechtfertigt sein Verständnis von einem weiten, konditionalen Haftungszusammenhang gerade mit dem geltenden Vorsatzerfordernis, vgl. *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 93.

<sup>2873</sup> Ähnlich *Alexander*: Nur eine anteilige Gewinnabschöpfung ermögliche eine dem konkreten Verletzungsfall entsprechende Sanktionierung, *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 555.

<sup>2874</sup> Dazu *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 96 f.

tungsarten wie etwa die Lizenzanalogie bei der dreifachen Schadensberechnung. Auch eine ganz präventiv ausgerichtete Rechtsfolge wie die durch die Rechtsprechung entwickelte Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen, die immaterielle Schäden quasi materialisiert, bleibt selbst in den Fällen, in denen sie einen präventiv motivierten „Aufschlag“ enthält, insoweit im Rahmen gerade des Gewinns, den der Verletzer mit der Verletzung erwirtschaftet hat, und nimmt diesen zum Maßstab, ohne über ihn hinauszugehen. Und auch bei der doppelten Lizenzgebühr, die bereits heute als sogenannter GEMA-Zuschlag gewährt wird, knüpft die Berechnung zunächst wieder an den Kausalzusammenhang des Schadens mit der ungerechtfertigten Nutzung und im Übrigen an einen wenn auch pauschalierten weiteren Schaden bzw. Aufwendungen der Verwertungsgesellschaft an.<sup>2875</sup> Denn es ist schließlich gerade die Verknüpfung zwischen Tat, Taterfolg und Rechtsfolge, die für den Täter wie für den Verletzten die zivilrechtliche Sanktion unmittelbar spürbar und nachvollziehbar macht und die aus einer anderen Perspektive für Rechtssicherheit und die notwendige Begrenzung sorgt, welcher deliktische Ansprüche unter Privaten ebenso dringend bedürfen wie Strafvorschriften. Ohne diesen inneren Zusammenhang fehlte der Gewinnhaftung die notwendige Begrenzung des abschöpfbaren Vermögensanteils, es wäre unter Umständen eine Art Dambrucheffekt – auch für die übrigen gewinnbezogenen Haftungsarten – im Sinne einer potentiell ausufernden und kaum vorhersehbaren Haftung zu befürchten. In diesem Sinne ist schließlich auch die Anrechenbarkeit anderweitig erbrachter Leistungen nach § 10 Abs. 2 UWG zu verstehen: In diesen Fällen ist das Präventionsziel insoweit bereits erreicht, und es besteht insoweit keine Schutzlücke mehr.<sup>2876</sup>

---

<sup>2875</sup> Auch *Dreier* kommt bei seiner Untersuchung tauglicher Präventivinstrumentarien für das Immaterialgüterrecht zu dem Schluss, dass letztendlich kaum eine geeignetere Lösung verbleibe als für die Zahlung feste Betragsgrößen „in Abhängigkeit vom tatsächlich eingetretenen Schaden“ vorzugeben, vgl. *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 546.

<sup>2876</sup> Vgl. oben Kap. III. E. 8. b).

**(c) Weitere systematische Bedenken**

Eine Entwertung des Kausalzusammenhangs als Voraussetzung und Begrenzung der Gewinnabschöpfung wäre insgesamt ein Systembruch innerhalb der Zivilrechtsordnung, der weit über das hinausginge, was die Einführung eines gewinnbezogenen Anspruchs für das deutsche Recht bereits an Innovation bedeutet. Die Anreizsteuerung des Gewinnabschöpfungsanspruchs soll gerade durch die Abschöpfung des wirtschaftlichen Unlauterkeitserfolges – unlauterer Wettbewerb soll sich nicht mehr lohnen –, nicht aber durch eine darüber hinausgehende Zahlungsverpflichtung geschehen.<sup>2877</sup> Geht man von dieser gesetzgeberischen Prämisse aus, so ergibt sich schon hieraus das Erfordernis, den Gewinn nur in Höhe des kausal auf die Zuwiderhandlung zurückgehenden Anteils abzuschöpfen.<sup>2878</sup> Anders ausgedrückt: Entscheidet man sich für eine Gewinnabschöpfung als Rechtsfolge einer sonderdeliktischen Handlung, so muss diese in einem kausalen Zusammenhang zum Unrechtsvorwurf stehen; ansonsten würde man sich von der Wertung her in Richtung Vermögensstrafe oder Pauschal Schadensersatz bewegen. Solche Modelle hat der Gesetzgeber bewusst beiseite gelassen mit der Begründung, eine schätzungsweise oder pauschalierte Abschöpfung von Vermögensteilen des Zuwiderhandelnden, bei der dieser über den erzielten Unrechtsgewinn hinaus belastet werden könne, widerspreche „rechtsstaatlichen Grundsätzen“.<sup>2879</sup> Gemeint ist hiermit wohl eine echte Strafwirkung, die weitestgehend der Kriminalstrafe vorbehalten bleiben soll.<sup>2880</sup>

**(d) Zwischenergebnis**

Im Ergebnis ist der Kausalzusammenhang zwischen Gewinn und Unlauterkeitshandlung im Rahmen des § 10 UWG also auch *de lege ferenda*

---

<sup>2877</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24, 43; vgl. auch *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 109; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 97.

<sup>2878</sup> Ähnlich i.E. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 109.

<sup>2879</sup> Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/1487, S. 43; gegen ein Tax- oder Pauschalensystem auch *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 145.

<sup>2880</sup> Wie *Bauer* formuliert, soll damit für eine bessere Integrierbarkeit des Gewinnabschöpfungsanspruchs in das zivilrechtliche Anspruchssystem gesorgt werden, *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 160.

nicht entbehrlich.<sup>2881</sup> Andernfalls verlöre die Gewinnabschöpfung einen Großteil ihrer Legitimation und vor allem den Kern ihres bisherigen Normcharakters. Ob die Vorschrift damit selbst unter Berücksichtigung der verschärften *Gemeinkostenanteil*-Grundsätze bei der Gewinnberechnung dem Ziel einer wirksamen Abschreckung für alle Fallgruppen gerecht wird, kann damit allerdings bezweifelt werden;<sup>2882</sup> diese Zweifel gelten insbesondere für die Fälle von Verträgen nach belästigender Werbung, Werbung mit Mondpreisen sowie Werbung mit falschen Testergebnissen und ähnlichen Fällen einzelner, nicht-dominierender unlauterer Elemente in einer komplexen Vertriebs- und Werbesituation. Dennoch: Zum einen bedarf ein zivilrechtlicher Gewinnabschöpfungsanspruch schon aus Gründen der Systematik sowie der Rechtssicherheit und Bestimmtheit einer kausalen Begrenzung. Zum anderen liefe ein entsprechender Alternativentwurf der maßgeblichen Funktionszuweisung durch den Gesetzgeber zuwider, nach der eine lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung nur einen Präventionsausfall kompensieren und daher auch nur in diesem Umfang präventiv wirken soll.

### **(3) Beweislastumkehr**

Gleichsam als Gretchenfrage der Unrechtsgewinnermittlung bleibt dann für die Anwendung in der Praxis zu entscheiden, zu Lasten welcher Partei Zweifel bei der Bestimmung des kausalen Gewinnanteils gehen sollen. In der Praxis scheint sich das Problem der kausalen Zuordnung von Gewinnanteilen bei der Durchsetzung des § 10 UWG nämlich als ein noch stärkeres Durchsetzungshemmnis auszuwirken, als es bereits das Vorsatzerfordernis tut; dies legt zumindest der Blick auf die bisher belegten Abschöpfungssummen<sup>2883</sup> nahe. Zur Abhilfe wird, wie oben dargestellt, bereits bei der Auslegung der gültigen Tatbestandsfassung des § 10 Abs. 1 UWG von Teilen der Literatur eine Beweislastumkehr vorgeschlagen, wie auch für die dritte Schadensberechnungsmethode zumindest im

---

<sup>2881</sup> Ähnlich *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 181, aus der Perspektive eines Rechtsvergleichs mit den USA und einer Gesamtschau vor allem öffentlich-rechtlich geprägter Abschöpfungsinstitute im deutschen Recht.

<sup>2882</sup> Insoweit wohl a.A. *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 96 f.

<sup>2883</sup> Nachw. s. oben Kap. IV. C. 2, Fn. 2460.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
Ansatz diskutiert wurde, inwieweit die Beweislastumkehr bezüglich ausnahmsweise abzuziehender Gemeinkosten auch auf Ermittlung neben der Rechtsverletzung zu berücksichtigender andere Verursachungsfaktoren zu übertragen wäre.<sup>2884</sup>

#### **(a) Möglicher Nutzen einer Beweislastumkehr**

Tatsächlich ließe sich mit einer Beweislastumkehr hinsichtlich der nicht auf der Zuwiderhandlung beruhenden Gewinnanteile für die verbleibenden, besonders problematischen und gleichwohl häufig vorkommenden Fallkonstellationen wohl eine erhebliche Steigerung der Anwendungswahrscheinlichkeit und – zumindest kurzfristig – der Effektivität der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung erreichen; dies gälte zum Beispiel für Fälle der Werbung mit falschen Testergebnissen oder auch von Vertragsschlüssen nach belästigender Werbung, die den Abnehmer nicht zugleich etwa durch eine objektive Irreführung benachteiligen. Der werbende Unternehmer müsste in diesen Fällen nachweisen, inwieweit die Lauterkeitsverletzung gerade nicht ursächlich für den mit dem betroffenen Produkt erzielten Umsatz und damit für seinen Gewinn war; dies dürfte für ihn regelmäßig ebenso schwer bis unmöglich sein wie umgekehrt bisher für den Anspruchsteller der Nachweis der Kausalität.<sup>2885</sup> Eine solch generelle Beweislastumkehr müsste allerdings tatbestandlich verankert werden.<sup>2886</sup>

Im Fall der belästigenden Werbung würde dies dazu führen, dass der illegale Direktvertrieb die Unlauterkeit des gesamten abgeschöpften Gewinns quasi indizierte. In dieser Konstellation – ähnlich wie im Fall der „Abofallen“ im Internet – mag insoweit der Präventionszweck der Norm diese „Gefährdungshaftung“<sup>2887</sup> noch rechtfertigen, bedient sich doch der Unternehmer zum Absatz seines Pro-

---

<sup>2884</sup> Vgl. oben Kap. III. E. 9. (2) (c).

<sup>2885</sup> Vgl. bereits oben Kap. III. E. 9. (2) (c); ähnlich *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 253; zur dritten Schadensberechnungsart im Patentrecht *Haedicke* GRUR 2005, 529, 534.

<sup>2886</sup> Vgl. auch hierzu schon oben Kap. III. E. 9. (2) (c); hierfür spricht sich etwa *Fehle* aus, s. *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 240.

<sup>2887</sup> So im Zusammenhang mit einer generellen Beweislastumkehr *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 146.

dukts eines von Grund auf unlauteren Mittels. Es scheint daher auf den ersten Blick vertretbar, ihm das Risiko aufzuerlegen, dass zwischen den Kunden, die wegen der Unlauterkeit des Vertriebs und solchen, die trotz dieser Unlauterkeit mit ihm kontrahieren, auf tatsächlicher Ebene nicht hinreichend differenziert werden kann.<sup>2888</sup>

### **(b) Gefahr der Entwertung des materiellen Kausalitätserfordernisses**

Eine (generelle) Beweislastumkehr hinsichtlich des Kausalitätsnachweises bei § 10 UWG wäre aber aus verschiedenen Gründen bedenklich. Zum einen ergäbe sich die Folgefrage, inwieweit die Einführung einer Beweislastumkehr unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit an die Bedingung einer Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses zu knüpfen wäre.<sup>2889</sup> Unabhängig davon dürfte es außerdem für viele Fallgruppen von Lauterkeitsrechtsverletzungen wiederum an der Erforderlichkeit einer solchen Beweislastumkehr fehlen: Wie oben gezeigt, werden sich einige Fallgruppen mit den Grundsätzen aus der jüngeren Rechtsprechung zur Verletzergewinnermittlung im Immaterialgüterrecht auch ohne Beweislastumkehr befriedigend lösen lassen.<sup>2890</sup>

Vor allem aber geht es bei den verbleibenden Konstellationen, in denen sich die Unlauterkeit lediglich als einzelnes, nicht-beherrschendes Element in einem komplexen Werbe- und Vertriebsvorgang darstellt, bei genauer Betrachtung

---

<sup>2888</sup> Dies hat das OLG Frankfurt in der *Kostenfallen*-Entscheidung auch ohne Beweislastumkehr allerdings recht großzügig über Erfahrungssätze und das Verfahren der richterlichen Schätzung für lösbar erachtet: Im Betragsverfahren „dürfte zu berücksichtigen sein, dass nach der Lebenserfahrung nur ein relativ kleiner Anteil derjenigen Abnehmer, die die Kostenpflichtigkeit übersehen hatten, die Beklagte (...) auf ihren Irrtum hingewiesen haben werden“; der Umstand, dass ein Kunde ‚kommentarlos‘ zahle, spreche somit noch nicht dafür, dass er sich über die Kostenpflichtigkeit bei Abschluss des Vertrages im Klaren gewesen sei. Die umgekehrte Annahme, dass die Vertragserklärung der Kunden nicht auf einem Irrtum über die Entgeltlichkeit beruht habe, sieht der Senat nur etwa in solchen Fällen indiziert, in denen die Kunden die Leistungsangebote der Beklagten nach dem Ablauf des Abo-Zeitraums erneut in Anspruch genommen hätten, vgl. OLG Frankfurt CR 2009, 253, 256 (Parallelentscheidung OLG Frankfurt MMR 2009, 341 ff.).

<sup>2889</sup> So führt etwa *von Braunmühl* auch das Vorsatzerfordernis als Argument dafür an, dass eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität nicht als unverhältnismäßig zu bewerten wäre, vgl. *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 327 f.; dies ablehnend insb. wegen der Einbeziehung des Eventualvorsatzes *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 146; wiederum anders *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 240, der bezüglich der Kausalität eine Beweislastumkehr selbst für den Fall für möglich hält, dass der Verschuldensmaßstab auf Fahrlässigkeit abgesenkt würde.

<sup>2890</sup> Vgl. Kap. III. E. 11.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
nicht um *Nachweisprobleme*, sondern um die vorgeschaltete Entscheidung, welche zusätzlichen Verursachungsanteile bei der Kausalitätsermittlung überhaupt zu berücksichtigen sind. Diese rein materielle Frage über eine Beweislastumkehr lösen zu wollen, liefe – zumindest für die letztgenannte Fallgruppe – faktisch tatsächlich auf eine Aushebelung des Kausalitätserfordernisses als solches hinaus, wie sie von weiten Teilen der Literatur bereits im Zusammenhang mit einer entsprechenden Tatbestandsauslegung *de lege lata* befürchtet wurde.<sup>2891</sup> *Gärtner* verweist in diesem Zusammenhang auf die vergleichbaren Regelungen zur Beweislastumkehr beim *consumer redress* und beim *disgorgement* in den USA, die die dortige Rechtsprechung für eine effektive Abschöpfung von Unrechtsgewinnen als erforderlich ansah.<sup>2892</sup> Diese Beweislastumkehr in dem Sinne, dass zunächst davon ausgegangen werde, dass der Gesamtgewinn unlauter erzielt wurde, habe in den USA zu einer „strengen Haftung“ des Zuwiderhandelnden geführt.<sup>2893</sup> Da der Beweis für einen fehlenden Kausalzusammenhang gerade im Bereich unlauterer Werbung vom Zuwiderhandelnden oftmals nicht zu erbringen sei, würde der Abschöpfungsanspruch auf diese Weise dann regelmäßig den Gesamtgewinn des Anspruchsgegners erfassen,<sup>2894</sup> so dass regelmäßig auch lauter erwirtschaftete Gewinnanteile betroffen wären. Dies ginge auch nach Ansicht *Gärtners* zu weit; eine „angemessene Haftungsverteilung“ fände dann in den schwierigen Fallkonstellationen nicht mehr statt.<sup>2895</sup> Auch *Bauer* sieht in einer Beweislastumkehr gleichsam eine „Negierung“ der Kausalitätsanforderungen und befürchtet die Schaffung einer Art „Gefährdungshaftung“.<sup>2896</sup>

---

<sup>2891</sup> Zur entsprechenden Diskussion vgl. oben Kap. III. E. 9. c) (2) (c) sowie etwa *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 254; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 131 f.; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 126; *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 146 f.; zur dritten Schadensberechnungsmethode *Haedicke* GRUR 2005, 529, 534.

<sup>2892</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 131.

<sup>2893</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 132.

<sup>2894</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 132 mit ausdrücklichem Bezug auf *Haedicke* GRUR 2005, 529, 534.

<sup>2895</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 132.

<sup>2896</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 146.

**(c) Zwischenergebnis**

Eine Abkehr von den bisherigen Grundsätzen der Beweislastverteilung ist für den lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch daher nicht angezeigt; sie wäre darüber hinaus auch nur von zweifelhaftem Nutzen. Bei der Werbung mit unzutreffenden Testurteilen beispielsweise dürfte sich das Unlauterkeitselement in den meisten Fällen objektiv als eines von mehreren maßgeblichen Verursachungsanteilen darstellen; bei einer Kausalitätsvermutung zu seinen Lasten könnte der Unternehmer den Gegenbeweis ähnlich wie bei der jetzigen Rechtslage nur über die Argumentation *prima facie* führen oder es griffe wieder die objektive richterliche Schätzung der Verursachungsanteile. Damit wäre in der Praxis nicht viel gewonnen, der Schutz des Kausalitätsprinzips ginge im Zweifel verloren und eine eventuelle kurzfristige Effektivitätssteigerung der Rechtsdurchsetzung würde unter Umständen mit dem Preis nicht mehr sachgerechter Ergebnisse, einer geringen Normakzeptanz und einer tatsächlich unangemessenen Belastung des Zuwiderhandelnden erzielt.

Im Ergebnis wäre daher eine generelle, für alle Fallgruppen im Tatbestand verankerte Beweislastumkehr bezüglich des Kausalitätserfordernisses schon unabhängig von Fragen des Zusammenspiels mit dem geltenden oder einem abgesenkten Verschuldensmaßstab verfehlt.

**(4) Richterliche Schätzung und Auskunftsanspruch**

Das Kausalitätsprinzip muss damit als im Ergebnis unverzichtbar bestehen bleiben, auch wenn es in der Praxis die Effektivität des § 10 UWG durchaus einschränkt. Wer die notwendige Durchsetzungskraft des Gewinnabschöpfungsanspruchs allein schon über die richterliche Schätzungsbefugnis für gewährleistet hält, der übersieht, dass deren Wirkung wiederum von der Ermittelbarkeit der erforderlichen Schätzungsgrundlagen und damit vor allem von der Reichweite



A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter des Auskunftsanspruchs abhängt.<sup>2897</sup> Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens im Rahmen der Anhörung vor dem Rechtsausschuss hat überdies auch der heutige Vorsitzende des I. Zivilsenats am BGH *Bornkamm* einen zurückhaltenden Umgang der Gerichte mit ihrer Schätzungsbefugnis in Fällen schwer ermittelbarer Gewinne im gewerblichen Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht festgestellt und daraus die Prognose abgeleitet, bei der Anwendung von § 10 UWG würden aufgrund der daraus entstehenden Prozessrisiken für den Kläger in der Praxis ohnehin die „klaren Fälle“ im Vordergrund stehen.<sup>2898</sup>

Im Rahmen der Tatbestandsanalyse wurde gezeigt, dass eine Versagung des Auskunftsanspruchs in Fällen der richterlichen Schätzung die Durchsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs für die Kläger in der Praxis weiter erschweren würde.<sup>2899</sup> Es wäre daher im Lauterkeitsrecht eine ausdrückliche Normierung des Auskunftsanspruchs von Vorteil,<sup>2900</sup> zumal der Gesetzgeber selbst von dessen „regelmäßigem“ Bestehen ausging.<sup>2901</sup> Dies gilt auch und gerade für die Fälle etwa der Werbung mit unzutreffenden Testurteilen und für alle Konstellationen, in denen die Zuordnung der Unlauterkeitselemente zu entsprechenden Gewinnanteilen vergleichbar schwierig ist. Allerdings ist dabei zu bedenken, dass die aus der Rechtsprechung bekannte Abwägung zwischen Informationsinteresse des Klägers und Geheimhaltungsinteressen und Aufwand beim Beklagten sich im Falle nur (grob) fahrlässig begangener Rechtsverstöße weniger eindeutig zugunsten der Kläger darstellt als bisher. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung für die dritte Schadensberechnungsmethode selbst in den Fällen, in denen sie von einem nur eingeschränkten Umfang des Auskunftsan-

---

<sup>2897</sup> So geht etwa *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 181, von einem uneingeschränkten Auskunftsanspruch aus.

<sup>2898</sup> *Bornkamm* bei der Anhörung vor dem Rechtsausschuss (6. Ausschuss) vom 14.1.2004, 15. Wahlperiode, Protokoll Nr. 38, S. 36 f.

<sup>2899</sup> Oben Kap. III. E. 10. b) (b).

<sup>2900</sup> I.E. ebenso *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 122 f.; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 140.

<sup>2901</sup> Vgl. die Gegenäußerung der Bundesregierung auf die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/1487, S. 43.

spruchs ausgeht, als Berechnungsgrundlage für den Unrechtsgewinn die Umsatzerlöse des Anspruchsgegners heranzieht; anschließende Zweifel im Rahmen der Auskunftslage gehen daher zunächst ohnehin zu dessen Lasten.<sup>2902</sup> Durch eine Normierung des Auskunftsanspruchs könnte aber etwa sichergestellt werden, dass sich die Auskunftspflicht in jedem Fall auf die gesamten Erlöse aus einem Produkt und einem Vertriebsvorgang beziehen muss und dass einer möglichst exakten Berechnung oder Schätzung des Gewinns durch Anspruchsteller oder Gerichte nicht durch eine Beschränkung der Auskunftspflicht nur auf den anteiligen Erlös die Grundlage entzogen würde.<sup>2903</sup>

### b) Bruttoerlösabschöpfung

Zur Sicherstellung der Effektivität eines lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsanspruchs fordern *Stadler/Micklitz*, anstelle der Gewinnabschöpfung eine *Umsatzabschöpfung* einzuführen. Nach dem Vorbild des im Rahmen des strafrechtlichen Verfalls in §§ 73 ff. StGB inzwischen geltenden Nettoprinzips soll die Abzugsfähigkeit von Kosten des Zuwiderhandelnden gestrichen werden.<sup>2904</sup> Die Autoren begründen dies zum einen mit dem Hinweis auf die Saldierungs- und Berechnungsschwierigkeiten in der Praxis, die schon beim Verfall dazu geführt hatten, dass der Gesetzgeber überhaupt vom Brutto- auf das Nettoprinzip umgeschwenkt war.<sup>2905</sup> Eine Gleichbehandlung von Verfall und Gewinnabschöpfung sei insoweit unbedenklich, als den Rechtsinstituten vergleichbare Funktionen übertragen worden seien und dabei der Verfall lediglich eine rechtswidrige Tat, die Gewinnabschöpfung im Lauterkeitsrecht dagegen ein (qualifiziertes) Ver-

---

<sup>2902</sup> Vgl. BGH GRUR 1965, 313, 314 – *Umsatzauskunft*.

<sup>2903</sup> Für die dritte Schadensberechnungsmethode vgl. insoweit *Rojahn* GRUR 2005, 623, 630, zu § 10 UWG vgl. den entsprechenden Tenor ohne vorherigen Abzug bei OLG Stuttgart, Urt. v. 2.11.2006, Az. 2 U 58/06, insoweit nicht abgedr. in GRUR 2007, 435 ff. sowie OLG Frankfurt, Urt. v. 4.12.2008, Az. 6 U 187/07, insoweit nicht abgedr. in CR 2009, 25 ff.

<sup>2904</sup> *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 561 f; ebenso *Micklitz/Stadler* in *Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht*, S. 1339 f.; *Stadler* in *Augenhöfer, Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, S. 117, 136; *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 152 f.; v. *Braunmühl* in *Fezer, UWG*, § 10 Rn. 219; zust. *Fehlemann*, *Abschöpfungsansprüche*, S. 172; für eine Erlösabschöpfung auch *Dittschar*, *Gewinnabschöpfung*, S. 262; krit. *Sieme*, *Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung*, S. 252.

<sup>2905</sup> *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 561; zu den Ermittlungsschwierigkeiten beim Verfall vgl. näher *Gärtner*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 66 f. m.w.N.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
schulden verlange.<sup>2906</sup> Die Nichtbeachtung des Rechtsgedankens aus § 817 S. 2 BGB, nach dem „das in ein verbotenes Geschäft Investierte unwiederbringlich verloren“ sein müsse,<sup>2907</sup> führe außerdem zu Wertungswidersprüchen innerhalb der Rechtsordnung.<sup>2908</sup>

### **(1) Berechnungsprobleme bei der früheren Verfallsregelung**

Bereits *Gärtner* hat gegen diese Argumente einige Einwände vorgetragen.<sup>2909</sup> Er weist zum einen darauf hin, dass die Berechnungsprobleme beim Verfall in seiner früheren Form des Nettoprinzips vor allem durch „strafrechtliche Besonderheiten begründet“ waren und insoweit kaum auf die privatrechtlich ausgestaltete Gewinnabschöpfung übertragbar sind.<sup>2910</sup> So oblag es nach dem Untersuchungsgrundsatz des § 244 Abs. 2 StPO dem Richter, in einem zusätzlichen Ermittlungsschritt von Amts wegen neben dem Taterlös die abzuziehenden Kosten zu ermitteln.<sup>2911</sup> Anders als im Falle grundsätzlich legalen, aber in einzelnen Punkten unlauteren Geschäftsgebarens war in dortigen Fällen selten mit hinreichenden Aufzeichnungen zu rechnen, so dass ohne die Mithilfe des Täters eine – zeitnahe, denn der Verfall muss grundsätzlich mit dem Strafurteil angeordnet werden<sup>2912</sup> – Berechnung oder zumindest Schätzung<sup>2913</sup> des Verfallbetrages wenig aussichtsreich war und der Verfall nach §§ 442 Abs. 1, 430 Abs. 1 StPO oftmals aus dem Verfahren ausgeschlossen und damit fallen gelassen wurde.<sup>2914</sup>

---

<sup>2906</sup> *Stadler* in Augenhöfer, Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, S. 117, 137; *Stadler/Micklitz WRP* 2003, 559, 562.

<sup>2907</sup> U.a. mit der Ableitung dieses Grundgedankens aus § 817 S. 2 BGB und einer Befürchtung vor Wertungswidersprüchen „nach der Gesamtsystematik der Rechtsordnung“ hatte die Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuchs und anderer Gesetze die Umkehr vom Nettoprinzip bei der Verfallberechnung zum Bruttoprinzip gerechtfertigt, vgl. RegE AWG/StGBÄG, BT-Drucks. 12/1134, S. 12; hierzu krit. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 117 Fn. 565.

<sup>2908</sup> *Stadler/Micklitz WRP* 2003, 559, 561 f.; vgl. auch *Stadler* in Augenhöfer, Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, S. 117, 136.

<sup>2909</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 117 f.

<sup>2910</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 117.

<sup>2911</sup> Zu diesem und weiteren Problemen bei der Sicherstellung des Verfalls s. *Eberbach* NStZ 1987, 486, 49.

<sup>2912</sup> Vgl. *Fischer*, StGB, § 73 Rn. 40.

<sup>2913</sup> Auch die nach § 73b StGB mögliche Schätzung des dem Verfall unterliegenden Betrages erforderte eine belegbare Tatsachengrundlage, vgl. *Eser* in Schönke/Schröder, StGB, § 73b Rn. 6; *Fischer*, StGB, § 73b Rn. 5, jew. m.w.N.

<sup>2914</sup> Vgl. die Zusammenfassung mit Nachw. bei *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 66 f.; i. E. ebenso *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 252.

Dem ist noch hinzuzufügen, dass im Fall des Parteienprozesses bei der Gewinnabschöpfung der Passivlegitimierte ein demgegenüber wesentlich gesteigertes Interesse an der Aufklärung und Offenlegung ihm entstandener anrechnungsfähiger Kosten haben wird.

## (2) *Systematische Diskussion*

Die von *Stadler/Micklitz* aufgeworfene Frage eines möglichen Wertungswiderspruchs innerhalb des gesamten Rechtsfolgensystems kann im Ergebnis kaum abschließend beantwortet werden, auch wenn sich die Auffassung der Autoren insoweit mit der Argumentationslinie des Bundesverfassungsgerichts zur Frage der Pönalität der neuen Verfallsregelungen deckt. Nach der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des erweiterten Verfalls nach § 73d StGB vom 14.1.2004<sup>2915</sup> soll die Maßnahme des Verfalls wie oben bereits angesprochen<sup>2916</sup> – und entgegen einer verbreiteten Ansicht in der strafrechtlichen Literatur<sup>2917</sup> – auch nach der Einführung des Bruttoprinzips keinen „strafähnlichen Charakter“ haben, auch wenn das Gesetz dem Täter nun über die bloße Kondiktion hinaus eine wirtschaftliche Einbuße zumute.<sup>2918</sup> Der Gesetzgeber habe sich vielmehr eine an Wortlaut und Gesetzssystematik des zivilrechtlichen Bereicherungsrechts orientierte Sichtweise zu Eigen gemacht, die insbesondere dem Bösgläubigen wirtschaftliche Verlustrisiken zuweise. Diesem werde, ebenso wie dem vom Verfall Betroffenen, lediglich eine rechtliche Begünstigung versagt.<sup>2919</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit dieser Begründung wiederum weitgehend den Gesetzesmaterialien zur Einführung des Bruttoprinzips in §§ 73 ff. StGB angeschlossen. Hier wie dort findet sich auch der von *Micklitz/Stadler*<sup>2920</sup> aufgegriffene Rechtsgedanke des § 817 S. 2 BGB wieder,

---

<sup>2915</sup> Az. 2 BvR 564/95, abgedr. NJW 2004, 2073 ff.

<sup>2916</sup> Oben Kap. IV. E. 1. d).

<sup>2917</sup> Vgl. nur die in der Entscheidung aufgeführten Nachw., BVerfG NJW 2004, 2073, 2075 ff.

<sup>2918</sup> BVerfG NJW 2004, 2073, 2075 f.; vgl. bereits BGH NJW 2002, 3339, 3340 f.; zum Ganzen auch *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 251 f.

<sup>2919</sup> BVerfG NJW 2004, 2073, 2076 m.w.N.

<sup>2920</sup> *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 561.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter nach dem das in ein verbotenes Geschäft Investierte unwiederbringlich verloren sein solle.<sup>2921</sup>

Ob diese Argumentation tatsächlich zu zwingenden systematischen Schlussfolgerungen für die Ausgestaltung einer lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung führen muss, konkreter: ob eine Nettoabschöpfung damit insoweit tatsächlich als inkonsequent anzusehen sein ist,<sup>2922</sup> ist allerdings zweifelhaft. Selbst *Gärtner*, der in seiner Untersuchung gerade von einer Nähe der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung insbesondere zu den hoheitlich geprägten Abschöpfungsinstituten ausgeht, kommt etwa zu dem Schluss, dass hinsichtlich des Umfangs der Abschöpfungsansprüche eben gerade „keine zwingende Systematik festzustellen“ sei, der durch die Einführung einer Bruttoabschöpfung gefolgt werden müsse.<sup>2923</sup> Zu Recht weist er darauf hin, dass umgekehrt gerade die jüngere Entwicklung im Bereich der Vorteilsabschöpfung nach §§ 34, 34a GWB hin zu einer Nettoabschöpfung eher für eine Abzugsfähigkeit angefallener Kosten spricht, will man denn insoweit systematisch argumentieren.<sup>2924</sup> Dem stehen auch nicht die oben ausführlich behandelten konzeptionellen Unterschiede zwischen Gewinnabschöpfung und Herausgabe des Verletzergewinns als Schadensberechnungsmethode entgegen,<sup>2925</sup> auch wenn sich dafür zunächst einige Argumente anbieten: So kann das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot mangels kompensatorischen Ansatzes bei § 10 UWG nicht unmittelbar zum Tragen kommen; auf dieses „Prinzip der Gegenabwehr“ soll sich aber die Abzugsfähigkeit von Kosten bei der Gewinnherausgabe im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung stützen.<sup>2926</sup> *Fehle mann* schließt daraus etwa, dass wegen der

---

<sup>2921</sup> BVerfG NJW 204, 2073, 2076 mit Verweis auf Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuchs und anderer Gesetze, BT-Drucks. 12/1134, S. 12; vgl. bereits BGH NJW 2002, 3339, 3341.

<sup>2922</sup> So v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 219 m.w.N.

<sup>2923</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 117; zust. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 252.

<sup>2924</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 118.

<sup>2925</sup> So aber *Fehle mann*, Abschöpfungsansprüche, S. 231 ff.

<sup>2926</sup> *Fehle mann*, Abschöpfungsansprüche, S. 232 mit Verweis auf *Lehmann* BB 1988, 1680, 1687, der dort allerdings begrifflich von einem „Prinzip der Gewinnabwehr“ spricht.

Ausrichtung der Gewinnabschöpfung auf eine wirksame Abschreckung „für Gerechtigkeitsgedanken entsprechend der §§ 249 ff. BGB kein Raum“ bleibe.<sup>2927</sup> Auch nach Ansicht *Bauers* hätte der Gesetzgeber schon aufgrund des „Sanktionszwecks“ der Vorschrift auch Erlöse ohne jeden Abzug in die Abschöpfung nach § 10 UWG einbeziehen können.<sup>2928</sup> Immerhin schöpft auch § 10 UWG rechtswidrig erworbenes Vermögen ab – zumindest solange man die Voraussetzung einer Kausalität zwischen Lauterkeitsverstoß und herauszugebendem Gewinnanteil beibehält – und ist auch insoweit dem Verfall ähnlich: Dort soll sich auch nach der Rechtsprechung des BGH die Zufügung des erheblichen wirtschaftlichen Nachteils, den die Bestimmung des Verfallbetrages nach dem Bruttoprinzip darstellt, schon dadurch rechtfertigen, dass „nicht auf wohl erworbenes, sondern auf Vermögen zugegriffen wird, das durch vorausgegangene rechtswidrige Taten bemakelt ist.“<sup>2929</sup> Hinzu kommt noch, dass § 10 UWG nach seiner jetzigen Ausgestaltung gerade keinem (privaten) Kläger, sondern dem Bundeshaushalt zugute kommt, insoweit also dem Verfall wesentlich näher steht als dem unmittelbar vom Bereicherungsverbot betroffenen Schadensrecht, und nach bisheriger Fassung auch kaum das Risiko missbräuchlicher Geltendmachung birgt.

Wie oben dargestellt, stammt der Gewinnabschöpfungsanspruch des § 10 UWG aus einem Rechtsbereich, in dem der Schwerpunkt der Rechtsdurchsetzung deutlich bei den privatrechtlichen Sanktionen liegt.<sup>2930</sup> Insoweit steht er in derselben Tradition wie weite Teile des gewerblichen Rechtsschutzes und das Urheberrecht oder auch der Schutz von Persönlichkeitsrechten. Im Rahmen der entsprechenden Rechtsfolgensysteme wäre, das zeigt insbesondere der Vergleich mit den übrigen in dieser Untersuchung angesprochenen Haftungsarten, ein privatrechtlicher Herausgabeanspruch auf (noch) mehr als den dem Verletzer tatsäch-

---

<sup>2927</sup> *Fehle*mann, Abschöpfungsansprüche, S. 233.

<sup>2928</sup> *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 164 f.

<sup>2929</sup> BGH NJW 2002, 3339, 3341.

<sup>2930</sup> Dazu s. nur oben Kap. II. A. 5.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
lich erwachsenen Nettovorteil wiederum systemwidrig. Umgekehrt würde die Einführung des Bruttoprinzips eine eventuell sinnvolle Anreizsetzung gegenüber den Verbänden wohl unmöglich machen, da sich in diesem Fall ganz eigene Fragen etwa eines Verstoßes gegen das Bereicherungsverbot stellen würden. Sehr fraglich ist letztlich auch, ob der vorsätzliche oder gar nur grob fahrlässige Lauterkeitsrechtsverletzer wertungsmäßig ebenso unproblematisch und ohne weiteres mit dem nicht mehr gutgläubigen Bereicherungsschuldner gleichgesetzt werden kann wie der rechtswidrig und tatbestandlich (also auch vorsätzlich oder fahrlässig) handelnde Straftäter.

Angesichts der ganz unterschiedlichen bestehenden rechtlichen „Systeme“, zu und mit denen die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung zwar Parallelen und Berührungspunkte aufweist, denen gegenüber sie aber autark bleibt, dürften die Diskussionen um eine Systemwidrigkeit des ihr zugrundeliegenden Nettoprinzips sowohl im Zusammenhang mit dem straf- und ordnungsrechtlichen Verfall als auch mit der zivilrechtlichen Gewinnherausgabe als dritter Schadensberechnungsmethode daher fast müßig sein. Eine eindeutige Antwort aus übergeordneten Grundsätzen oder einer gesamtrechtlichen Systematik ergibt sich für die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung jedenfalls nicht.

### ***(3) Umsatzabschöpfung im Lichte von Normzweck und Normwirkung***

Auch vor dem Hintergrund von Normintention und Normwirkung des Gewinnabschöpfungsanspruchs stellt sich die Einführung einer Umsatzabschöpfung für das Lauterkeitsrecht zumindest nicht als zwingende Lösung dar.

Das Bundesverfassungsgericht orientiert sich bei seiner Bewertung des Normcharakters der Verfallsregelungen in hohem Maße am in der Gesetzesbegründung festgehaltenen Normzweck, an der systematischen Einordnung des Verfalls als Maßnahme neben der Strafe sowie an dessen Entstehungsgeschichte: Bei der Beurteilung des pönalen Charakters einer Rechtsfolge seien neben der

faktischen Wirkung als „Übel“ weitere, wertende Kriterien wie insbesondere der Rechtsgrund ihrer Anordnung und der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck heranzuziehen.<sup>2931</sup> Der Gesetzgeber wolle mit dem Verfall nicht Schuld oder Unrecht vergelten, sondern verfolge lediglich vermögensordnende und normstabilisierende Ziele,<sup>2932</sup> die zudem „klar zukunftsbezogen und präventiv“ ausgerichtet seien.<sup>2933</sup> Nun dient auch die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung nach dem Willen des Gesetzgebers vorrangig der Prävention und gerade nicht der Sühne oder Vergeltung. Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass sie je nach ihrer Ausgestaltung und Auslegung eine Wirkung entfaltet, die über das sinnvolle Maß der Verhaltenssteuerung hinausgeht. Eine Steigerung der kurzfristigen Effektivität eines Anspruchs um jeden Preis kann sich dann mittel- und langfristig schädlich auf die Rechtsdurchsetzung als solche auswirken, die Norm wäre in diesem Fall ökonomisch betrachtet nicht mehr effizient. Sie würde aber rechtlich betrachtet auch ihren Charakter verändern, und zwar unabhängig von einer gesetzgeberischen Absichtsbekundung, da ab einer gewissen Intensität und Schärfe der Haftung eine Rechtsfolge zumindest vom Normadressaten nicht mehr als nur verhaltenssteuernd und anreizversagend, sondern auch als zusätzliche Belastung seines rechtmäßigen Vermögens und daher als strafend empfunden werden wird. Wenn schon die jüngere Rechtsprechung des BGH zur grundsätzlichen Nichtanrechnung von Gemeinkosten – die der Gesetzgeber mit der Begründung zu § 10 Abs. 1 UWG ja übernommen hat – von der Rechtslehre als deutliche Verschärfung des Präventions- und Sanktionsgehaltes des immaterialgüterrechtlichen Schadensersatzanspruchs gewertet wurde, bestünde in einer gänzlichen Versagung von Kostenabzügen für einen zivilrechtlich ausgestalteten Anspruch wohl im Ergebnis ein deutliches präventives Übergewicht, das möglicherweise zu einer Art ungewolltem „Strafcharakter“ oder strafähnli-

---

<sup>2931</sup> BVerfG NJW 2004, 2073, 2074 f. m.w.N., insb. mit Verweis auf die Begr. zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes vom 9.3.1990, BT-Drucks. 11/6623, S. 4, 7 ff. sowie zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 25.7.1991, BT-Drucks. 12/989, S. 1, 23.

<sup>2932</sup> BVerfG NJW 2004, 2073, 2074; vgl. bereits BGH NJW 2002, 3339, 3341.

<sup>2933</sup> BVerfG NJW 2004, 2073, 2075; vgl. zum Präventionsaspekt auch BGH NJW 2002, 3339, 3340.



A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
chem Charakter,<sup>2934</sup> zumindest aber ökonomisch zur Gefahr einer  
„*overdeterrence*“ führen würde.

Des Weiteren darf in diesem Zusammenhang nicht vergessen werden, dass trotz der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH in der strafrechtlichen Literatur die Strafneutralität der Maßnahme des Verfalls seit der Einführung des Bruttoprinzips zumindest hinsichtlich des über den Nettovorteil hinausgehenden Anteils in Frage gestellt wird; vielmehr wird von Teilen der Literatur insoweit ein zumindest „strafähnlicher“ Charakter des Verfalls angenommen.<sup>2935</sup> Im Übrigen müssen auch die unterschiedlichen jeweiligen Regelungszusammenhänge beachtet werden: Ein entscheidender Unterschied zwischen strafrechtlichem Verfall und lauterkeitsrechtlicher Gewinnabschöpfung liegt schließlich darin, dass letztere auch im Falle ausschließlich zivilrechtlich sanktionierter Rechtsverletzungen greift. Die Maßnahme des Verfalls erfordert dagegen das Vorliegen einer wenn zwar nicht schuldhaften, so doch rechtswidrigen und tatbestandsmäßigen (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) Straftat, also die Feststellung eines grundsätzlich strafbewehrten Vergehens oder Verbrechens, und eine darauf folgende gerichtliche Anordnung.

Auch hieraus lassen sich, von den unterschiedlichen Funktionen staatlicher und privater Rechtsdurchsetzung abgesehen, die unterschiedlichen Berechnungsmaßstäbe bei Verfall und Gewinnabschöpfung begründen.<sup>2936</sup> So soll im Lauterkeitsrecht der Innovationsschutz gewahrt bleiben, der insoweit beim strafrechtlichen Verfall in den wenigsten Fällen relevant sein dürfte. Außerdem kann für die meisten im Lauterkeitsrecht relevanten Fallgruppen im Regelfall von einem dem Grunde nach legalen Wirtschaftskreislauf ausgegangen werden, dem nicht

---

<sup>2934</sup> Vgl. zum Ganzen *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 75.

<sup>2935</sup> Vgl. statt aller *Eser* in Schönke/Schröder, StGB, Vorbem § 73 Rn. 19 m.w.N.; weitere Nachw. auch bei *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 47 Fn. 118; s. auch *Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 75 f.

<sup>2936</sup> So auch *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 118.

über die Maßen Kapazitäten entzogen werden sollten. Soweit *Stadler/Micklitz* dieser Argumentation mit dem Einwand begegnen, gegenüber der an ein gesteigertes Verschulden geknüpften Gewinnabschöpfung verlange die Verfallsvorschrift des § 73 StGB ausdrücklich nur eine rechtswidrige Tat und sei damit verschuldensunabhängig,<sup>2937</sup> kann dies im Übrigen nicht überzeugen. Zum einen wird in der strafrechtlichen Literatur durchaus vertreten, dass eine Bruttoabschöpfung bei schuldlosem Verhalten gerade nicht möglich sei, sondern in diesen Fällen nur der Nettorerlös dem Verfall unterliege.<sup>2938</sup> Zum anderen kann der strafrechtliche Verfall zwar unabhängig von der persönlichen Schuld des Täters verhängt werden, der strafrechtliche Schuldbegriff ist jedoch bekanntlich nicht deckungsgleich mit dem des Verschuldens im Privatrecht. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind vielmehr Kriterien des subjektiven Tatbestandes und daher – je nach Anforderungen der verletzten Strafvorschrift – für die Anordnung des Verfalls zwingende Voraussetzung.<sup>2939</sup> Zwar greift der strafrechtliche Verfall damit auch im Fall reiner Fahrlässigkeitsdelikte, diese müssen aber immerhin kriminalstrafrechtlich bewehrt sein.<sup>2940</sup> Der Aspekt des grundsätzlich härteren Unrechtsvorwurfs in Fällen der Kriminalstrafe wird durch die Schuldunabhängigkeit der Verfallsregelung daher nicht zwangsläufig berührt oder gar neutralisiert.

Die Abschreckungswirkung einer Umsatzabschöpfung wäre letztlich zwar größer als die einer Gewinnabschöpfung nach den Vorgaben der *Gemeinkostenanteil*-Rechtsprechung; sie würde sich allerdings in der Abwägung mit den schützenswerten Interessen des freien und innovativen Wettbewerbs und auch zu Lasten der Normakzeptanz leicht in einen Bereich der Überabschreckung hineinbewegen. Dies gälte umso mehr, wenn ein überarbeiteter Gewinnabschöpfungsanspruch bereits bei grober Fahrlässigkeit griffe und auch wirtschaftliche

---

<sup>2937</sup> *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 562.

<sup>2938</sup> Vgl. m.w.N. *Eser* in Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. § 73 Rn. 19, § 73 Rn. 2.

<sup>2939</sup> Vgl. nur *Eser* in Schönke/Schröder, StGB, § 73 Rn. 4. m.w.N.

<sup>2940</sup> Wie etwa beim Verfall des Gewinns, der aus einem fahrlässig als Lebensmittel in Verkehr gebrachten gesundheitsgefährdenden Stoff gezogen wurde, *Eser* in Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. § 73 Rn. 19, § 73 Rn. 4.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
Anreize für die aktivlegitimierten Verbände bereithielte. Vielmehr ergäben sich zwangsläufig Folgeprobleme wie die Frage der Vereinbarkeit mit dem schadensrechtlichen Grundsatz des Bereicherungsverbots und der Verfassungsmäßigkeit des Anspruchs, würde doch wahrscheinlich die im Strafrecht nach wie vor virulente Diskussion zur Pönalität einer Bruttoabschöpfung für § 10 UWG neu angefacht und auch die eigentlich überwundene Frage nach der Vereinbarkeit des § 10 UWG mit dem staatlichen Strafmonopol wieder aufgeworfen.<sup>2941</sup>

#### **(4) Keine Lösung für problematische Fallgruppen**

Nach allen genannten Erwägungen sprechen im Ergebnis auch ganz pragmatische Gründe gegen eine Erweiterung des Abschöpfungsanspruchs im Sinne des Bruttoprinzips. Insbesondere würde die Einführung einer Umsatzabschöpfung nicht über die Anwendungsprobleme hinweghelfen, die sich aufgrund des Kausalitätserfordernisses bei einzelnen verbleibenden Fallgruppen ergeben. Der Anspruch würde weder in Fällen belästigender Werbung noch dort leichter und breiter anwendbar, wo sich das Unlauterkeitselement als eines von vielen gleichberechtigten Werbeelementen darstellt. Es würde sich nur bei den „klaren“ Fallgruppen im Einzelfall der Zahlungsbetrag erhöhen. Diese Erhöhung wäre aber wohl darüber hinaus in den meisten Fällen nur gering, hat doch der Gesetzgeber insoweit die Grundsätze der immaterialgüterrechtlichen Rechtsprechung übernommen, die die Anrechnung von Gemeinkosten und damit das „Kleinrechnen“ von Gewinnen stark einschränken. Auch angesichts der gleichzeitig nur geringen potentiellen Verbesserungen hinsichtlich Anwendungsweite und Durchsetzungskraft der Vorschrift lässt sich auch in dieser Frage die „Feinjustierung“ möglicher Tatbestandsänderung *de lege ferenda* bereits vorab zugunsten eines niedrigeren Verschuldensmaßstabes entscheiden.

---

<sup>2941</sup> Keine „Interferenzen“ mit dem staatlichen Strafmonopol auch bei einer Bruttoabschöpfung sieht allerdings *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 235.

**c) Vorteilsabschöpfung**

Eine weniger einschneidende, aber dennoch – zumindest in der Theorie – erhebliche Erweiterung der von § 10 UWG erfassten Abschöpfungsmasse könnte mit der Änderung seiner Rechtsfolge in eine Abschöpfung des „wirtschaftlichen Vorteils“ erzielt werden.<sup>2942</sup> *Gärtner* führt hierfür an, dass alle von ihm zum Vergleich herangezogenen (hoheitlichen) deutschen Abschöpfungsregelungen vom betriebswirtschaftlichen Vokabular des „Umsatzes“ und des „Gewinns“ gelöst worden seien; tatsächlich zielt der Verfall auf ein „erlangtes Etwas“ und § 17 Abs. 4 OWiG sowie die §§ 34, 34a GWB auf einen „wirtschaftlichen Vorteil“.<sup>2943</sup> Angesichts dieser in sich uneinheitlichen Terminologie könnte durch die Änderung der Gewinnabschöpfung in einen Abschöpfungsanspruch auf den „wirtschaftlichen Vorteil“ eine „größere systematische Übereinstimmung“ höchstens mit den Abschöpfungsinstituten des § 17 Abs. 4 OWiG sowie vor allem der §§ 34, 34a GWB,<sup>2944</sup> nicht aber mit der dritten Schadensberechnungsart im Immaterialgüterrecht erzielt werden. Interessant ist an dem Vorschlag allerdings insbesondere die Möglichkeit, neben dem Gewinn jeden weiteren wirtschaftlichen Vorteil, also auch „alle anderen wirtschaftlich messbaren Besserstellungen“ zu erfassen.<sup>2945</sup> Nach dem Vorbild des § 17 Abs. 4 OWiG, aber auch der Vorteilsabschöpfung im GWB könnten dann als Mehrwert neben geldwerten Vorteilen auch sonstige wirtschaftliche Verbesserungen wie etwa eine günstigere Marktposition, Imagegewinn, Ersparungen von Aufwendungen oder sichere zukünftige Gewinne, kurz jede irgendwie „messbare wirtschaftliche Besserstellung“ abgeschöpft werden.<sup>2946</sup> *Gärtner* befürwortet eine solche Vor-

---

<sup>2942</sup> So der Vorschlag von *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 118 f.; zust. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 252 f.

<sup>2943</sup> Vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 119.

<sup>2944</sup> Vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 119; s. auch *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 252; zu Besonderheiten der Ermittlung des abzuschöpfenden „Vorteils“ im Sinne der § 17 Abs. 4 OWiG bzw. §§ 34 ff. GWB vgl. bereits oben Kap. III. E. 7. b).

<sup>2945</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 119; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 252 f.

<sup>2946</sup> Vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 57 m.w.N. sowie S. 119, 123; zust. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 252 f.; zu § 34a GWB vgl. Begr. RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 55 f.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
teilsabschöpfung vor allem unter Verweis auf den Normzweck des § 10 UWG, nach dem sich unlauteres Verhalten nicht lohnen soll: Nur so könne weitestmöglich gewährleistet werden, dass der Rechtsverletzer „keinerlei Vermögensvorteil“ zurückbehalte.<sup>2947</sup>

Die Vorteile der Einführung einer Vorteilsabschöpfung im Lauterkeitsrecht dürften allerdings – insoweit vergleichbar der Frage nach einer Bruttoerlösabschöpfung – kaum in der Lage sein, die mit ihr verbundenen Nachteile aufzuwiegen. Der Zugewinn an Präventionswirkung würde mit hohen zu erwartenden Nachweis- und Praktikabilitätsschwierigkeiten beispielsweise bei der Bemessung einer verbesserten Marktposition und den hierfür maßgeblichen Zeiträumen erkaufte. Dieser zusätzliche Ermittlungsaufwand sowie die zu befürchtenden Effektivitäts- und Praktikabilitätseinschränkungen dürften dabei so weit gehen, dass die geringe Anwendungswahrscheinlichkeit der erweiterten Abschöpfungsbefugnisse auch das theoretische Mehr an Abschreckungswirkung neutralisieren würde.<sup>2948</sup>

#### **d) Wahlrecht zwischen alternativen Berechnungsformen**

Mehrfach aufgegriffen wird des Weiteren der Vorschlag *Micklitz'* und *Stadlers*, Problemen der Gewinnberechnung, die für bestimmte Fallgruppen – namentlich der des unlauteren Direktmarketings – regelmäßig abzusehen seien, mit einem Wahlrecht zwischen alternativen Berechnungsarten zu begegnen. Ähnlich wie die Herausgabe des Verletzergewinns an den Schadensersatz – bei der in vergleichbarer Weise die Schwierigkeiten bei der Bestimmung eines konkreten Schadens Pate standen – wäre diese zwar an die Voraussetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs gebunden, würde aber den Normzweck gegebenenfalls in

---

<sup>2947</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 119.

<sup>2948</sup> Zur Sanktionswahrscheinlichkeit als Variable zur Bestimmung der Präventionswirkung vgl. schon oben Kap. V. A. 2. b) (6) (c); tatsächlich wird auch in der Literatur zu §§ 34 ff. GWB der Begriff des „wirtschaftlichen Vorteils“ im Kern am Umsatz festgemacht, vgl. *Rehbinder* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, KartellR, § 34 Rn. 3.

*anderer Weise* erfüllen. Ausgehend von der Vermutung, dass eine Werbemaßnahme grundsätzlich rentabel angelegt ist, könnte nach *Micklitz/Stadler* ein Mindestgewinn in Höhe der für die Rechtsverletzung – etwa eine Werbeaktion über unlauteres Direktmarketing – aufgewandten Verletzerkosten ermittelt werden.<sup>2949</sup> Denkbar wäre dies im Sinne einer widerleglichen oder auch, wie bei der dreifachen Schadensberechnung, unwiderleglichen<sup>2950</sup> Vermutung. Eine Ausgestaltung als echtes Wahlrecht<sup>2951</sup> käme ebenso in Betracht wie eine subsidiäre Anwendung, falls die Gewinnermittlung auf anderem Wege scheitert.

### **(1) Keine hinreichende Grundlage für eine unwiderlegliche Vermutung**

*Sieme* sieht in den Aufwendungen des Zuwiderhandelnden allerdings keinen Anhaltspunkt für die Höhe des Unlauterkeitsgewinns; im Zweifel müsse der Zuwiderhandelnde die bereits ausgegebenen Aufwendungen ein zweites Mal bezahlen.<sup>2952</sup> Genau hierin sehen bereits *Micklitz* und *Stadler* selbst ein „eindeutig punitives Element“ ihres Vorschlags.<sup>2953</sup> Nicht nur angesichts dieser Feststellung regen sich Zweifel daran, ob ein solches fallgruppenübergreifendes Wahlrecht noch verhältnismäßig wäre, insbesondere für den Fall einer Ausweitung des Verschuldensmaßstabes auf (grob) fahrlässige Begehungen.

Für den von *Micklitz/Stadler* gewählten Beispielsfall des unlauteren Direktmarketings dürfte dies wenig problematisch sein, handelt es sich hier doch wohl in den meisten Fällen um vermeidbare, oft ganz bewusst kalkulierte Verstöße. Hier – womöglich beschränkt auf Fälle vorsätzlicher Begehung – könnte eine subsi-

---

<sup>2949</sup> *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 96 f., 122; *dies.* in *Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 1339, 1345; *Micklitz* in *MüKo-Lauterkeitsrecht*, § 10 Rn. 151; mit Einschränkungen zust. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 178; *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 237; ablehnend *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 253.

<sup>2950</sup> So wohl der Regelungsvorschlag bei *Micklitz/Stadler* in *Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 1350; dem folgend *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 237, 241.

<sup>2951</sup> Regelungsvorschlag bei *Micklitz/Stadler* in *Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 1350; ebenso *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 237, 241

<sup>2952</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 253 mit Verweis auf *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 96.

<sup>2953</sup> Wobei sie dieses als vom Regelungszweck ihres Vorschlages umfasst ansehen: *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 97.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
diäre Berechnung des fingierten Unlauterkeitsgewinns auf Grundlage der aufgewandten Verletzerkosten tatsächlich zu praktikablen Lösungen führen. Allerdings müsste es sich, bestünde der Anspruch doch bereits bei grob fahrlässigen Verstößen, beim Zusammenhang zwischen Verletzerkosten und Unrechtsgewinn um eine durch den Anspruchsschuldner widerlegbare Vermutung handeln; eine etwa der besonderen Situation des Immaterialgüterschutzes – wo eine unwiderlegliche Vermutung dafür besteht, dass der Verletzte den selben Gewinn aus der Verwertung seines Rechts gezogen hätte wie der Verletzte – vergleichbare Interessenlage ist für das Lauterkeitsrecht und in dieser Konstellation nicht ersichtlich. Eine unwiderlegliche Vermutung wäre nur unter Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses überhaupt denkbar; bei rein fahrlässigen Verstößen bestünde dagegen immer die Möglichkeit, dass tatsächlich gerade das Unlauterkeitselement ungewollt oder gewollt – etwa im Zuge einer Mischkalkulation – defizitär wäre. Ein ungewolltes Defizit ist zwar auch bei vorsätzlichen Verstößen denkbar, in solchen Fällen wäre allerdings zumindest der Schluss gerechtfertigt, dass der Zuwiderhandelnde in diesem Fall gerade den Verstoß bewusst im Sinne einer wirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Abwägung kalkuliert hatte. Da allein der Zuwiderhandelnde Kenntnis von der Höhe der Verletzungskosten hat, wäre allerdings auch bei dieser Regelung ein Auskunftsanspruch erforderlich und prozessual der Weg über die Stufenklage naheliegend.<sup>2954</sup>

**(2) *Keine Praktikabilitätsvorteile für den Großteil der problematischen Fallgruppen***

Für den Großteil der übrigen Fallgruppen wären durch die alternative Berechnungsart dagegen keine Praktikabilitätsvorteile zu erwarten. Wo sich der Unrechtsgewinn unproblematisch ermitteln lässt, ist eine weitere Berechnungsart nicht erforderlich; vielmehr bestünde hier die Gefahr, dass durch sie das Kausalitätsprinzip ausgehebelt und etwa in Fällen, in denen der Zuwiderhandelnde er-

---

<sup>2954</sup> Vgl. Micklitz/Stadler in Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht, S. 1348 f.

sichtlich keinen oder nur geringen Gewinn gemacht hat, über den Umweg der Berechnung über die getätigten Aufwendungen die auszukehrende Summe erhöht würde. Denn auch eine Vermutungsregelung dürfte keinesfalls zum Wegfall des Kausalitätserfordernisses zwischen Verletzungshandlung und Unlauterkeitsgewinn führen.

Dann wird sich aber gerade für die besonders problematischen Fälle komplexer Wettbewerbshandlungen und –situationen die grundsätzliche Schwierigkeit, kausale Verursachungsanteile zuzuordnen, in der Frage der Zuordnung von anteilig getätigten Aufwendungen fast spiegelbildlich wieder ergeben. So ist etwa im Beispiel der Werbung mit unzutreffenden Test-Urteilen nicht ersichtlich, welche Aufwendungen des Verletzers ein Indiz für den anteiligen Unrechtsgewinn ergeben sollen, will man nicht vollständig auf das Kausalitätsprinzip verzichten und die gesamten Aufwendungen für Herstellung und Vertrieb des beworbenen Produkts veranschlagen oder sich beispielsweise auf die anteiligen Druckkosten für das unzutreffende Werbeelement beschränken. Ähnlich verhält es sich bei jeder komplexen unlauteren Werbung, bei der gerade die auf das Unlauterkeitselement entfallenden Verletzerkosten individualisiert werden müssten.

***(3) Ergebnis: Sinnvolle Anwendung höchstens für Fälle von Lockangeboten***

Nur die Fälle unzureichend vorgehaltener Lockangebote (vgl. Nr. 5 Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG), bei denen der Zuwiderhandelnde seinen Gewinn über den Absatz anderer Produkte als des beworbenen erwirtschaftet, könnten für eine Vermutungsregelung daher noch ein sinnvolles Anwendungsfeld ergeben – solange es für den grob fahrlässig handelnden Unternehmer bei einer widerleglichen Vermutung bliebe. Hier jedenfalls dürften einerseits die kausalen Zusammenhänge zwischen der Zuwiderhandlung und einem lokal und temporär gesteigerten Umsatz des Zuwiderhandelnden besonders schwer zu fassen sein, andererseits ließe sich die Vermutung, dass das Unternehmen zumindest die – womöglich defizitär kalkulierten – Aufwendungen für das Lockprodukt wieder einzunehmen erwar-



A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
tet hat, nach der Lebenserfahrung ohne weiteres auch für nur grob fahrlässig be-  
gangene Lauterkeitsrechtsverletzungen rechtfertigen.

#### e) **Schätzungsbefugnis und Auskunftsanspruch**

Die ausdrückliche Festschreibung der richterlichen Schätzungsbefugnis<sup>2955</sup> wird angesichts des insoweit regelmäßig ausgeübten Ermessens der Gerichte und der in der Literatur unumstrittenen Anwendbarkeit des § 287 ZPO auch für die Gewinnabschöpfung<sup>2956</sup> keine Effektivitätsvorteile bringen. Auch von ihrer Ausdehnung auf das „Ob“ der Gewinnerzielung sind keine Vorteile zu erwarten;<sup>2957</sup> zum einen umfasst auch § 287 ZPO bereits das „Ob“ des Schadenseintritts, zum anderen ließe sich die Frage des Nachweises der Tatbestandsvoraussetzungen, wenn man tatsächlich insoweit Regelungsbedarf annähme, eher über eine Anpassung des Wortlauts in § 10 Abs. 1 UWG bewerkstelligen. Wie oben gezeigt, dürfte sich die diesbezügliche Tatbestandsformulierung auch im Wege der Auslegung hinreichend erschließen lassen.<sup>2958</sup>

Anders liegt, wie soeben schon im Zusammenhang mit den Kausalitätsanforderungen angesprochen,<sup>2959</sup> die Situation beim Auskunftsanspruch:<sup>2960</sup> Angesichts der oben angeführten Einschränkungen, die die Rechtsprechung zur dritten Schadensberechnungsmethode bezüglich des Auskunftsanspruchs dann vornimmt, wenn der Verletzergewinn offensichtlich geschätzt werden muss, kann die ausdrückliche Normierung eines weitreichenden Auskunftsanspruchs für § 10 UWG durchaus sinnvoll sein. So würde auch in den vielen zu erwartenden Fällen, in denen der Gewinnbetrag über die richterliche Schätzung festgestellt

---

<sup>2955</sup> So vorgeschlagen von *Micklitz/Stadler* in *Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht*, S. 1349; dem folgend *Fehlemann*, *Abschöpfungsansprüche*, S. 240; *Sieme*, *Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung*, S. 263; ebenso *Gärtner*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 181.

<sup>2956</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>2957</sup> A.A. *Gärtner*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 181.

<sup>2958</sup> Vgl. Kap. III. E. 3.

<sup>2959</sup> S. Kap. V. A. 3. a) (4).

<sup>2960</sup> Für die ausdrückliche Regelung des Auskunftsanspruchs der Gläubiger auch *Micklitz/Stadler* in *Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht*, S. 1348 f.; *Gärtner*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 181; *Sieme*, *Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung*, S. 263.

werden muss, eine vorherige Ermittlung differenzierter Umsatz- und Kostenbeiträge ermöglicht, die zu einer treffsicheren Schätzung beitragen können. Auch wenn die Schätzung ohnehin grundsätzlich von den Umsatzzahlen des Zuwiderhandelnden ausginge, könnte so einer möglicherweise zu vorsichtigen richterlichen Schätzungspraxis vorgebeugt werden. Solange der Tatbestand der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung noch mindestens an grob fahrlässiges Verhalten anknüpft, dürfte auch bei der notwendigen Abwägung mit den schützenswerten Interessen des Anspruchsgegners das Durchsetzungsinteresse nach wie vor regelmäßig überwiegen.<sup>2961</sup>

#### **4. Zusammenhang zwischen Abnehmernachteilen und Unrechtsgewinn**

Anders als das Kausalitätsprinzip ist der umstrittene Tatbestandsteil „zu Lasten“, der die Frage eines zusätzlichen Zusammenhangs zwischen der Zuwiderhandlung und einem wirtschaftlichen Nachteil auf Abnehmerseite aufwirft, weder aus Gründen der Rechtssicherheit noch aus Verhältnismäßigkeitserwägungen unverzichtbar.

##### **a) Verzicht auf das Erfordernis wirtschaftlicher Schlechterstellung**

Bereits jetzt wird im Sinne einer effektiveren Anwendbarkeit des § 10 UWG von Teilen der Literatur vorgeschlagen, das Merkmal „zu Lasten“ möglichst weit auszulegen.<sup>2962</sup> Es sollen damit solche Beeinträchtigungen, die sich lediglich als eine unlautere Beeinflussung der Abnehmer darstellen, ohne eine messbare vermögenswerte Schlechterstellung hervorzurufen, gleichgestellt werden mit Beeinträchtigungen in Form von „handfesten“ vermögenswerten Nachteilen.<sup>2963</sup> Entsprechend sollen unter den Begriff der Abnehmer „alle von einer un-

---

<sup>2961</sup> Ausführlich zum Ganzen oben Kap. III. E. 10. b) (3).

<sup>2962</sup> Dazu s. eingehend oben Kap. III. F. 2. c) (1); v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 190 f.; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 123; zust. *Fehle mann*, Abschöpfungsansprüche, S. 227; ähnlich *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 182 f.; a.A. insb. *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 9 f.

<sup>2963</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 127; vgl. auch *Fehle mann*, Abschöpfungsansprüche, S. 227: Das Bewerben eines Joghurts mit einem unzulässigen Gewinnspiel solle genauso mithilfe des Gewinnabschöpfungsanspruchs sanktioniert werden können wie der Einsatz von Mogelpackungen; ähnlich *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 182 mit Verweis auf die Erfahrungen in den USA.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter lauterer Handlung Betroffenen“ gefasst werden, „die keine Mitbewerber sind“, so dass eine bestehende vertragliche Beziehung zum Zuwiderhandelnden nicht erforderlich ist.<sup>2964</sup>

Dem ist wie oben dargelegt<sup>2965</sup> zuzustimmen. Um den Gewinnabschöpfungsanspruch zu einem effektiven Instrument gegenüber verbraucher- und allgemein abnehmerfeindlichen Geschäftsmodelle zu machen, sollte schon materiell auf eine vermögenswerte Schlechterstellung des Abnehmers verzichtet werden. Der Gesetzgeber hat im Novellierungsverfahren 2004 quasi in letzter Minute einen Schritt in diese Richtung getan, indem er das Merkmal „auf Kosten“ durch „zu Lasten“ ersetzte. Ein nächster Schritt wäre es, das Merkmal „zu Lasten“ wiederum durch den neutralen Begriff der „Beeinträchtigungen“ zu ersetzen.<sup>2966</sup> Tatsächlich sollten von der Gewinnabschöpfung nur solche Wettbewerbsverstöße ausgenommen werden, die keine Abnehmerrelevanz ausweisen, deren Beeinträchtigung also ausschließlich Mitbewerber trifft.<sup>2967</sup>

## **b) Präventionsbedarf unabhängig vom Schadenseinschlag**

Die Verhängung einer vom Nachweis oder gar Eintritt eines Schadens unabhängigen Sanktion rechtsverletzenden Verhaltens rechtfertigt sich für das Lauterkeitsrecht ganz anders als im Fall der dritten Schadensberechnungsmethode im Immaterialgüterrecht; dies hängt mit den unterschiedlichen Schutzrichtungen von vor allem ordnungspolitisch ausgerichtetem Wettbewerbs- und gegenstandsbezogenem Immaterialgüterrecht zusammen. So kann bereits die Vornahme einer unlauteren Handlung als Störung der gesetzlich festgelegten wettbewerbsrechtlichen Verhaltensordnung ein Reaktions- bzw. Präventionsinteresse auslösen, ohne dass auf der ordnungsrechtlichen Ebene das Eintreten eines

---

<sup>2964</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 181.

<sup>2965</sup> S. Kap. III. F. 2. (e) (3).

<sup>2966</sup> *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 127; dem folgend *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 228.

<sup>2967</sup> Zur Argumentation s. bereits oben Kap. III. F. 2. e) (1); *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 130; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn.194; *Alexander* WRP 2004, 407, 418.

Schadens erforderlich wäre.<sup>2968</sup> Ein Präventionsinteresse besteht also bereits bei einer objektiven Zuwiderhandlung; zieht der Unternehmer bis zum Empfang einer Abmahnung oder der Verhängung einer Unterlassungsverfügung aus dieser einen Gewinn, so entsteht eine dem Präventionsgedanken entgegenlaufende Anreizsituation. Um diese zu neutralisieren, soll der entstandene Gewinn abgeschöpft werden.<sup>2969</sup> Schon *Schulz* sah den Vorteil des „Rechts auf den Eingriffserwerb“ darin, dass damit, „eben weil vom Schaden abstrahiert wird“, auf Rechtsverletzungen reagiert werden könne, „die noch keinen Vermögensschaden herbeigeführt haben, und bei denen die Rechtsordnung nach unserm Gefühl doch nicht stumm bleiben sollte“.<sup>2970</sup>

Unangemessene Belastungen des Zuwiderhandelnden und ein Ausufern des Präventionsziels im Sinne einer *overdeterrence* werden – wie oben gezeigt – dadurch verhindert, dass die Gewinnabschöpfung an ein (gesteigertes) Verschulden anknüpft<sup>2971</sup> und einen strengen Kausalzusammenhang zwischen Wettbewerbsverstoß und abzuschöpfendem Gewinn verlangt. Eine zusätzliche Einschränkung im Sinne einer den Gewinn unmittelbar ergebenden Vermögensbeeinträchtigung bei den einzelnen Abnehmern ist dagegen schon materiell nicht erforderlich.<sup>2972</sup> Daher spielt es auch keine Rolle, ob der Rechtsverstoß im Sinne eines echten Bagatell- und Streuschadens einen ganz minimalen wirtschaftlichen Schaden in Höhe weniger Cent oder eben gar keinen unmittelbar messbaren

---

<sup>2968</sup> So *Dreier* zum Zurücktreten des kompensatorischen gegenüber dem präventiven – in diesem Zusammenhang vor allem negatorischen – Rechtsschutz, vgl. *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 488 f.

<sup>2969</sup> Ähnlich im Ergebnis *Gärtner*, der die Angemessenheit der Abschöpfung in diesem Fall allerdings nicht aus Präventionsgesichtspunkten, sondern mit dem grundsätzlichen Rechtsgedanken begründet, dass bereits das objektive Vorhandensein zu Unrecht erlangter Vorteile beim Verletzer die Abschöpfung rechtfertige, vgl. *Gärtner*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 150 mit Verweis auf die Grundsätze und Rechtsprechung zum Verfall, insb. BVerfG NJW 2004, 2073, 2074 sowie Art. 13 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Abl EU Nr. L 195 vom 2.6.2004, S. 16, 23. Gleichwohl wiege eine unlautere Handlung tatsächlich dann schwerer, wenn neben Gewinn auch noch ein Nachteil auf Gegenseite entstanden sei, *Gärtner*, a.a.O., m.w.N.

<sup>2970</sup> *Schulz* AcP Bd. 105 (1909), 1, 443.

<sup>2971</sup> Ähnlich in diesem Zusammenhang *Gärtner*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 150.

<sup>2972</sup> Anders allerdings *Neuberger*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 97, der das Merkmal „zu Lasten“ als Begrenzung gegen ein Ausufern der Abschreckungswirkung sieht, dafür aber eine Differenzierung danach, welcher Anteil des aus dem Verstoß resultierenden Gewinns gerade auf der Unlauterkeit beruhe, für verfehlt hält.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
Schaden angerichtet hat – gerade in letzterem Fall besteht ohne Gewinnabschöpfung ein erhebliches Rechtsdurchsetzungsdefizit und damit eine für die Verhaltensordnung des Lauterkeitsrechts ungünstige Anreizsituation. Schließlich erkennt das Lauterkeitsrecht, anders als das vor allem objektbezogene Immaterialgüterrecht, neben dem Interesse eines einzelnen Verletzten auch ein schutzwürdiges gemeinschaftliches Interesse an, das eben nicht allein mit der Summe der unmittelbar verletzten Einzelinteressen gleichzusetzen ist.<sup>2973</sup>

### c) Ergebnis

Von einer Tatbestandsänderung, die erkennbar auf einen unmittelbaren und messbaren wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Beeinträchtigung beim Abnehmer und der Zuwiderhandlung verzichtet, ist eine massive Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 10 UWG zwar nicht zu erwarten. Zum einen scheint die Rechtsprechung dem Merkmal „zu Lasten“ schon bisher durchaus lösungsorientiert gegenüberzustehen,<sup>2974</sup> zum anderen blieben gerade für die Fallgruppen des unlauteren Direktmarketings, von sogenannten Mondpreisen und von Lockangeboten immer noch die Fragen der kausalen Zuordnung virulent. Dennoch wäre eine Klarstellung schon im Sinne einer dogmatischen Bereinigung wünschenswert, und sie würde im Einzelfall die Anwendung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung erleichtern, ohne diese in ihrer Wirkung unverhältnismäßig oder überabschreckend zu machen. Die Diskussion um eine Beweislastumkehr zumindest „für besonders evidente Fälle“<sup>2975</sup> wäre damit obsolet.

---

<sup>2973</sup> So im Zusammenhang mit der (negatorischen) Klagebefugnis der Verbände im Wettbewerbsrecht *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 492; für eine terminologisch genaue Unterscheidung zwischen „Verletzung“ und „Schaden“ auch im Immaterialgüterrecht *Dreier*, a.a.O., S. 25.

<sup>2974</sup> Dazu oben Kap. III. F. 2. c) (3).

<sup>2975</sup> Wobei hier bereits der Anscheinsbeweis greifen dürfte, vgl. aber *Fehle*, *Abschöpfungsansprüche*, S. 228.

## 5. Anspruchsbegünstigter

Der abgeschöpfte Unrechtsgewinn kommt nach der bisherigen Fassung des § 10 UWG nicht dem aktivlegitimierten Verband zu, der den Anspruch auf eigenes Risiko geltend gemacht hat, sondern dem Bundeshaushalt. Nur im Falle der erfolgreichen Geltendmachung und begrenzt durch die tatsächlich abgeschöpfte Gewinnsumme kann der Kläger vom Bund überhaupt die Erstattung seiner Aufwendungen verlangen, die er vom Anspruchsschuldner nicht ersetzt bekommt, vgl. § 10 Abs. 4 S. 2, 3 UWG. Laut Gesetzesbegründung soll mit dieser Regelung insgesamt verhindert werden, dass der Anspruch aus „dem letztlich sachfremden Motiv der Einnahmeerzielung heraus“ geltend gemacht werde.<sup>2976</sup> Ein wirtschaftlicher Anreiz zur Geltendmachung der Gewinnabschöpfung ist für die klagenden Verbände damit jedenfalls ausgeschlossen; der höchst mittelbare Effekt, dass das Geld dem Bundeshaushalt zufließt, der wiederum etwa den Verbraucherzentrale Bundesverband (mit-) finanziert, ist mangels einer verbindlichen Regelung zur konkreten Verwendung der Mittel zu vernachlässigen. Das Gesetz bietet den Verbänden darüber hinaus auch keinen Risikoausgleich für die zur Rechtsverfolgung eingesetzten Ressourcen an.

### a) Anreizdefizit und altruistische Bestrafung

Damit verlangt der Staat dem klagenden Verband den gänzlich altruistischen Einsatz eigener Mittel zur Verfolgung solcher Rechtsverstöße ab, die ihn als Institution gar nicht verletzen. Ob diese Ausgangslage sich tatsächlich negativ auf die Effektivität der Gewinnabschöpfung auswirkt,<sup>2977</sup> ist allerdings eine empirische Frage, die im Rahmen dieser Arbeit nicht beantwortet werden kann. Tatsächlich wäre zwar zunächst der wirtschaftliche Einnahmeanreiz ein taugliches ökonomisches Argument: Wenn gegenüber dem Täter eine Verhaltenssteuerung

---

<sup>2976</sup> Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 25; zum Ganzen und zur Kritik vgl. bereits oben Kap. III. B. 3 sowie vor allem *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 127; v. *Braunmühl* in *Fezer*, UWG, § 10 Rn. 154; *Stadler/Micklitz* WRP 2003, 559, 562.

<sup>2977</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 134 hält es allerdings für „unbestritten, dass die klagebefugten Einrichtungen klagefreudiger wären, wenn ihnen die abgeführten Gewinne zukommen würden“.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandparameter  
durch wirtschaftliche Verteuerung der Zuwiderhandlung gewählt wird, sollte dann nicht als „Kehrseite der Medaille“ auf Seiten der Anspruchsberechtigten ein „wirtschaftlicher Anreiz“ geschaffen werden, „damit Rechtsverstöße durch Private aufgedeckt und verfolgt werden“, wo der Staat nicht selbst verfolgend eingreifen möchte?<sup>2978</sup> Ist nicht rein ökonomisch betrachtet zur Ermutigung gerade privater „*enforcement*-Anstrengungen“ die Schaffung auch finanzieller Anreize daher geradezu unerlässlich?<sup>2979</sup>

Umgekehrt handeln die Verbände, gerade die Verbraucherverbände, bereits jetzt altruistisch und ohne finanzielle Anreize; dies zeigt neben den ersten Erfahrungen mit der Gewinnabschöpfung – immerhin machen die Verbände entgegen mancher Erwartungen<sup>2980</sup> Abschöpfungsansprüche nach § 10 UWG durchaus geltend – insbesondere die langjährige Erfahrung mit der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen durch die Verbände.<sup>2981</sup> Auch bezüglich der „positiven“ Verhaltenssteuerung der Klagebefugten muss für die Anwendbarkeit ökonomischer Modelle überdies gelten, was bereits hinsichtlich der Prävention beim Normadressaten festgestellt wurde: Dass nämlich ökonomische Theorien umso geeigneter zur Unterstützung der Rechtsgestaltung sind, als es sich bei der Regelungsmaterie vor allem um rein wirtschaftlich orientiertes Verhalten handelt, und dass dies umgekehrt umso weniger gilt, als wirtschaftliche Entscheidungskriterien in den Hintergrund treten.<sup>2982</sup>

Die Motivationslage der aktivlegitimierten Verbände mit einem rein ökonomischen Entscheidungsmodell erklären zu wollen, wäre daher wohl verfehlt; es dürften insoweit zumindest ganz grundlegende Unterschiede zu den Handlungs-

---

<sup>2978</sup> Alexander JZ 2006, 890, 895; ähnlich Oppermann/Müller GRUR 2005, 280, 284 für eine zumindest zweckgebundene Verwendung der Mittel im Bundeshaushalt, da sonst zu wenig Verfolgungsanreize bestünden.

<sup>2979</sup> So Köndgen RabelsZ 56 (1992), 696, 734.

<sup>2980</sup> Vgl. die dann doch zu kritischen Prognosen bei Stadler/Micklitz WRP 2003, 559, 562; Oppermann/Müller GRUR 2005, 280, 284; Mönch ZIP 2004, 2032, 2037.

<sup>2981</sup> Hierauf stellt auch die Gegenäußerung zur entsprechenden Kritik des Bundesrates ab, BT-Drucks 15/1487, S. 40, 43.

<sup>2982</sup> Vgl. bereits oben Fn. 2347; Dreier, Kompensation und Prävention, S. 415 Fn. 4 a.E.

interessen des kalkulierenden Unternehmers im Wettbewerb bestehen. Zur Begründung altruistischer Rechtsverfolgung (bzw. im Sinne der Ökonomik „altruistischen Bestrafung“<sup>2983</sup>) werden diverse wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Theorien herangezogen, insbesondere auch die Ergebnisse spieltheoretischer Experimente.<sup>2984</sup> Dabei zeigen die Versuche zum sogenannten „*Third-Party Punishment*“ oder den „*Third-Party Sanctions*“ zumindest bzw. sogar auf der Individualebene, dass bestimmte (Einzel-) Personen für eine Bestrafung normabweichenden Verhaltens auch dann Kosten aufzuwenden bereit sind, wenn sie selbst an der ökonomischen Transaktion unbeteiligt, d.h. von dem Normverstoß nicht unmittelbar betroffen sind.<sup>2985</sup> Auf der Individualebene, so eine neuroökonomische Studie, scheint die Vornahme einer altruistischen Bestrafung das Belohnungszentrum im Gehirn anzusprechen.<sup>2986</sup> Sie gilt jedenfalls als eines der Schlüsselmotive sozialer Kooperation beim Menschen.<sup>2987</sup> Von einer einem bestimmten gemeinnützigen Verbandszweck verpflichteten Einrichtung – deren handelnde Personen sich dem Verbandszweck verpflichtet fühlen – könnte dann umso eher ein altruistisches Verhalten zu erwarten sein.

### b) Prozess- und Kostenrisiko

Dennoch sind auch die Verbände zu wirtschaftlichem Denken gezwungen, soweit es um die Abwägung eigener finanzieller Risiken geht. Im Zusammenhang mit der Frage des fehlenden Anreizes für ein bestimmtes Verhalten stellt sich immer auch die Frage der aufzuwendenden Kosten, im Falle eines Rechtsanspruchs vor allem aber die der Risiken seiner Geltendmachung. Im Falle des

---

<sup>2983</sup> Der Terminus der „Strafe“ bzw. „Bestrafung“ umfasst hier in einem weiten Sinne neben von Vergeltung und Rache geprägten Reaktionen alle übrigen negativen Sanktionen auf einen Normbruch, vgl. *Gresser*, Altruistische Bestrafung, S. 2 m.w.N.

<sup>2984</sup> Insoweit sei hier nur verwiesen auf die Arbeit von *Gresser*, die ausdrücklich die Ansätze verschiedener Fachrichtungen, insbesondere der Sozialpsychologie und der Ökonomik berücksichtigt, *Gresser*, Altruistische Bestrafung, S. 10 ff., 44 ff. m.w.N.

<sup>2985</sup> Vgl. dazu etwa die spieltheoretische Untersuchung bei *Bendor/Mookherjee* in *Jnl. of Law, Economics, & Organization* 6(1), 33, 34 ff. [1990]; zusammenfassend und m.w.N. *Gresser*, Altruistische Bestrafung, S. 84 ff. m.w.N.

<sup>2986</sup> *De Quervain/Fischbacher* et al. in *Science* Vol. 305, 1254, 1258 [2004].

<sup>2987</sup> *Fehr/Gächter* in *Nature* Vol. 415, 137, 138 [2002].



A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
§ 10 UWG müssen die klagenden Verbände nicht nur das uneingeschränkte Prozessrisiko, sondern auch das Vollstreckungsrisiko kalkulieren: Da der Aufwendersatz nach § 10 Abs. 4 S. 3 UWG auf die Höhe des tatsächlich abgeführten Gewinns beschränkt ist, trifft allein den Verband das gesamte Ausfallrisiko bezüglich seiner Kosten, wenn ein zur Gewinnherausgabe verurteilter Zuwiderhandelnder nicht zahlt oder nicht mehr zahlen kann.<sup>2988</sup> Bei der Rechtsdurchsetzung im Zivilprozess sind außerdem vor allem Beweisprobleme bzw. beweisnotbedingte Durchsetzungsdefizite für die Kosten-Nutzen-Analyse von Bedeutung,<sup>2989</sup> die sich im Fall des Gewinnabschöpfungsanspruchs *de lege lata* aufgrund seiner Vorsatzabhängigkeit und bei der Ermittlung des kausalen Unrechtsgewinnanteils in besonders deutlicher Weise auswirken.<sup>2990</sup> Auch parallele Abschöpfungsverfahren können mangels Vernetzung der Aktivlegitimierten und der gleichzeitigen Beschränkung der maximalen Abschöpfungssumme auf den einmal erwirtschafteten Unlauterkeitserfolg zu einer Erhöhung des Prozessrisikos führen.<sup>2991</sup> Sie können sich umgekehrt hinsichtlich der Kostentragungspflicht allerdings auch als Risiko für den Zuwiderhandelnden erweisen.<sup>2992</sup> Ob dies nach der jetzigen Tatbestandsausgestaltung überhaupt wahrscheinlich ist, sei dahingestellt. Jedenfalls lassen sich hier verschiedene praktikable Lösungsmöglichkeiten denken, etwa eine Koordination über die Meldepflicht nach § 10 Abs. 4 S. 1 UWG<sup>2993</sup> oder die Einführung eines zentralen Klageregisters,<sup>2994</sup> die die Risiken insoweit minimieren könnten.

---

<sup>2988</sup> Ebenso *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 158.

<sup>2989</sup> Vgl. *Köndgen* RabelsZ 56 (1992), 696, 723.

<sup>2990</sup> Vgl. die Pressemitteilung des vzbv vom 16.1.2009, <https://www.vzbv.de/go/presse/1109/index.html> [zuletzt aufgerufen 19.4.2011].

<sup>2991</sup> *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 179 m.w.N.

<sup>2992</sup> *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 177 f.; allerdings sollte gerade den Zuwiderhandelnden insoweit eine Aufklärungspflicht treffen, als er bei mehrfacher Inanspruchnahme ähnlich wie dies für Abmahnungen gilt, die Anspruchsteller über die konkurrierende Verfolgung informieren muss, vgl. BGH GRUR 1987, 54, 55 – *Aufklärungspflicht des Abgemahnten*; zu § 10 UWG ebenso *Mönch* ZIP 2004, 2032, 2035; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 185; zust. auch *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 178.

<sup>2993</sup> Näher dazu etwa *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 159 f., 263.

<sup>2994</sup> *Micklitz/Stadler* in *Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 1350 (§ 25 Abs. 6 des Regelungsvorschlags); ähnlich *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 214; *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 179, 241.

**c) Missbrauchsgefahr**

Die Klagebefugnis der Verbände zugunsten des Bundeshaushalts und die Frage, ob die Klageberechtigten den Gewinnabschöpfungsanspruch nicht sinnvollerweise auf eigene Rechnung geltend machen sollten, war während des Gesetzgebungsverfahrens Gegenstand einer lebhaften Diskussion;<sup>2995</sup> in einem besonders negativen Bild wurden die aktivlegitimierten Einrichtungen gar als zukünftige „Kopfgeldjäger“ überzeichnet.<sup>2996</sup> Tatsächlich ist die Frage einer echten Missbrauchsgefahr zu unterscheiden von der Frage, welche Motive für die Verbände nun idealiter ausschlaggebend sein sollen, welche unproblematisch eine Rolle spielen dürfen und welche dagegen als „sachfremd“<sup>2997</sup> angesehen werden müssen. Das laut Gesetzesbegründung insoweit nicht akzeptable Motiv der „Einnahmezielung“ wäre – zumindest solange es nicht das einzige bliebe – in Wirklichkeit sicher noch kein Indiz für eine missbräuchliche Geltendmachung des Anspruchs. Im Sinne effektiver Rechtsdurchsetzung, der Neutralisierung rechtswidriger Vermögenszustände und der Präventionswirkung wäre es vielmehr zu begrüßen, wenn berechtigte Abschöpfungsverfahren aufgrund „parallel laufender sonstiger Motivationen“ durchgeführt würden;<sup>2998</sup> das übergeordnete Bedürfnis, auf unlauter erwirtschaftete Gewinne zu reagieren, entfielen ja nicht dadurch, dass hieran zugleich finanzielle Interessen bei den aktivlegitimierten Verbänden beständen.<sup>2999</sup> Da der Gewinnabschöpfungsanspruch dem öffentlichen Interesse an einem funktionsfähigen Wettbewerb dient, ist es insoweit von sekundärer Bedeutung, von wem der Anspruch geltend gemacht wird, aus welchen Motiven heraus er geltend gemacht wird und wem der abgeschöpfte Ge-

---

<sup>2995</sup> Krit. wegen Befürchtungen echter Missbrauchsgefahr und für die Verhinderung bereits des „bösen Scheins“ eigennütziger Geltendmachung bei der Verquickung mit persönlichen Interessen *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 17; ähnlich *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 42 f.; *Sack* WRP 2003, 549, 558; hiergegen v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 110 f.; *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 71 Fn. 157.

<sup>2996</sup> *Nacke* NJW- Editorial Heft 29/2003; krit. hierzu v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 136.

<sup>2997</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 25; *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 17.

<sup>2998</sup> Vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 157 m.w.N.; ähnlich *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 134; anders *Geis* FS Tilmann 2003, S. 121, 133: Es solle schon nicht der „böse Schein“ entstehen, dass die Verbände „mehr für die eigene Kasse als für den lautereren Wettbewerb“ einträten.

<sup>2999</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 134.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
winn letztendlich zufließt,<sup>3000</sup> zumindest solange der Anspruchsberechtigte nicht mit hoheitlichen oder hoheitsähnlichen Befugnissen ausgestattet und er dem üblichen Risiko eines Zivilprozesses ausgesetzt ist.

Selbst wenn den Verbänden ein gewisser wirtschaftlicher Anreiz oder die Möglichkeit einer Risikoverminderung eröffnet würde, wären Objektivitätsbedenken angesichts der erfahrungsgemäß gemeinwohlbezogenen Handlungsmotive der Verbände und dem Ausschluss der Mitbewerber von der Aktivlegitimation wohl nicht berechtigt.<sup>3001</sup> Der maßvolle, verantwortungsbewusste und an den (gemeinwohlorientierten) Verbandszwecken ausgerichtete Umgang der deutschen klageberechtigten Einrichtungen mit lauterkeitsrechtlichen Durchsetzungsinstrumentarien zeigt sich in deren täglicher Rechtspraxis; es mag überdies auch als Indiz wirken, dass gerade der Verbraucherzentrale Bundesverband in einer Stellungnahme vom 28. Januar 2004 zum Referentenentwurf – im Gegenzug zum von ihm geforderten Verzicht auf das Vorsatzerfordernis – sogar die vollständige Streichung jeglichen Aufwendersatzes vorgeschlagen hat, um insoweit mögliche Bedenken gegen die Verbandsklage zu zerstreuen.<sup>3002</sup>

Im Übrigen beugen bereits die sich aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG ergebenden Anforderungen an die Verbände missbräuchlichen Klagen vor.<sup>3003</sup> Und schließlich sind es stets die Gerichte, denen die Entscheidung über die Zuerkennung eines

---

<sup>3000</sup> So *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 83; ähnlich zunächst *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 4, der sich allerdings dann mit dem Argument der Missbrauchsgefahr dagegen ausspricht, den Verbänden die Abschöpfungsbeträge zu belassen.

<sup>3001</sup> Vgl. *v. Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 147; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 123; *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 135 m.w.N.; ein „Ablasshandel“ in Form außergerichtlicher Vergleichsangebote für Zahlungen an die Aktivlegitimierten unter Umgehung des Bundeshaushalts zeichnet sich bisher auch nicht ab, vgl. aber hierzu noch *Trube* JurPC Web-Dok 228/2004, Abs. 91; krit. auch *Wimmer-Leonhardt* GRUR 2004, 12, 17; *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 43; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 130; a.A. *Micklitz* in MüKo-Lauterkeitsrecht, § 10 Rn. 183; s. auch oben Fn. 1775; noch ferner dürfte die von einigen Kritikern geäußerte Befürchtung liegen, die Verbände könnten durch die Konkurrenz zu einer Art legalen Betriebsspionage eingesetzt werden, vgl. aber *Sack* WRP 2003, 549, 555; ähnlich *Engels/Salomon* WRP 2004, 32, 43.

<sup>3002</sup> Soweit ersichtlich, ist die Stellungnahme nicht veröffentlicht; auf den genannten Passus wird aber in den Materialien zum Siebten Änderungsgesetz zum GWB ausdrücklich Bezug genommen, vgl. Gegenäußerung im RegE GWB, BT-Drucks. 15/3640, S. 89.

<sup>3003</sup> Vgl. *Bergmann* in Harte/Henning, UWG, § 8 Rn. 268 ff.; *Fehleemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 135.

Abschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG obliegt; daher dürfte eine wirklich missbräuchliche Rechtsdurchsetzung nicht nur unwahrscheinlich, sondern wegen der gerichtlichen Kontrolle so gut wie ausgeschlossen sein.<sup>3004</sup>

#### **d) Änderungsvorschläge**

Aus der Kritik an der Zuordnung abgeschöpfter Unrechtsgewinne durch die aktuelle Gesetzesfassung sind in der Literatur in den vergangenen Jahren einige Vorschläge zu alternativen Lösungsansätzen hervorgegangen, deren wichtigste hier kurz dargestellt werden sollen:

##### **(1) *Verband als Zahlungsempfänger***

Bereits die dem Gesetzgebungsverfahren zur UWG-Novelle vorangehenden Gutachten sahen eine Gewinnabschöpfung der Verbände auf eigene Rechnung vor,<sup>3005</sup> die den Abnehmern etwa über die damit ermöglichte Arbeit der Verbraucherverbände zumindest mittelbar zugute kommen sollte<sup>3006</sup> und die auch einer europäischen Tendenz zu „echten“ Verbandsleistungsklagen gerade für Aufgaben des Verbraucherschutzes entsprochen hätte.<sup>3007</sup>

Grundsätzlich ist bei solchen Ansprüchen allerdings die Gefahr – auch wenn sie sich im Fall des Gewinnabschöpfungsanspruchs realiter noch nicht abzeichnet – einer Art Wettlauf der Gläubiger zu beachten, der womöglich vorschnelle unberechtigte oder auch doppelte Inanspruchnahme und die Gefahr einer Überkontrolle mit sich bringen könnte.<sup>3008</sup> Es soll daher nach der Gegenansicht die Zuteilung des Ertrags einer Gewinnabschöpfung nicht von der Zufälligkeit

---

<sup>3004</sup> Ähnlich *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 157.

<sup>3005</sup> *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 110, 125, 129; *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* WRP 2002, 1317, 1322.

<sup>3006</sup> Aus diesem Grund für einen eigenen materiellrechtlichen Anspruch der Verbände auch *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 225.

<sup>3007</sup> S. bereits oben Kap. III. B. 3.; *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 88 ff., 92; *Schaub* GRUR 2005, 918, 922.

<sup>3008</sup> Dazu schon *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 408; ähnlich *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 261.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter abhängen, welcher Verband das Verfahren zuerst eingeleitet oder letztlich durchgeführt hat.<sup>3009</sup>

## (2) *Fonds- oder Stiftungslösung*

*Micklitz/Stadler* diskutieren ein Fondsmodell, bei dem der abschöpfende Verband im Falle der erfolgreichen Geltendmachung den Gewinnbetrag zunächst selbst erhält und ihn nach Abzug seiner außergerichtlichen Kosten und Aufwendungen an einen zweckgebundenen<sup>3010</sup> Fonds abführt.<sup>3011</sup> Dazu sollte der Gesetzgeber Regelungen und Verfahren entwickeln, die es ermöglichen, dass aus dem Fonds zukünftige Verbandsklagen finanziell unterstützt werden können oder eine Art Bürgschaft für das Prozessrisiko übernommen wird.<sup>3012</sup> Durch eine Regelung dieser Art könnte das Problem der Unterfinanzierung der Verbände gerade im Hinblick auf Prozesskostenrisiken bekämpft werden.<sup>3013</sup> Voraussetzung wäre eine strenge Zweckgebundenheit des Fonds und unter Umständen eine staatliche Voreinlage,<sup>3014</sup> in jedem Fall aber auch eine entsprechende Kontrolle des Fonds. Nach *Fehle mann* könnten hiermit dann allerdings auch Probleme bei Mehrfachverfolgungen gelöst werden.<sup>3015</sup>

Die Errichtung einer Stiftung dagegen wurde im Gesetzentwurf wegen des zu erwartenden Verwaltungsaufwandes im Verhältnis zum zu erwartenden Ertrag zu Recht abgelehnt.<sup>3016</sup>

---

<sup>3009</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 158.

<sup>3010</sup> Zur Problematik der Zweckbestimmung s. allerdings sogleich unten.

<sup>3011</sup> *Micklitz/Stadler* in *Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 1343 f., bzw. 1350 unter § 25 Abs. 1 S. 4 des dortigen Regelungsvorschlags; vgl. bereits *dies.*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 108; zust. *Fehle mann*, Abschöpfungsansprüche, S. 238 f.; *Dittschar*, Gewinnabschöpfung, S. 265, 274.

<sup>3012</sup> Mit Verweis auch auf entsprechende Regelungen im Ausland *Micklitz/Stadler* in *Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 1272 ff., 1341 f.; für eine Regelung, bei der aus den abgeschöpften Gewinnen spätere Prozesse abgesichert werden können, auch *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 262 f.

<sup>3013</sup> So auch *Fehle mann*, Abschöpfungsansprüche, S. 238.

<sup>3014</sup> *Fehle mann*, Abschöpfungsansprüche, S. 238.

<sup>3015</sup> *Fehle mann*, Abschöpfungsansprüche, S. 239.

<sup>3016</sup> Die Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 25 begründet dies vor allem damit, dass noch nicht absehbar sei, in welchem Umfang der Anspruch Erträge zur Folge haben werde; *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 135 sieht hierin eine *self fulfilling prophecy*.

### **(3) Zweckgebundene Verwendung im Bundeshaushalt**

Der Verbraucherzentrale Bundesverband hat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf gefordert, die Abschöpfungsbeträge aus § 10 UWG im Bundeshaushalt zweckbestimmt für unabhängige Verbraucherarbeit (etwa Aufklärung oder Information) einzusetzen.<sup>3017</sup> Dieser Vorschlag hat in der Literatur einige Zustimmung gefunden.<sup>3018</sup> Auch die Möglichkeit einer Aufteilung des Abschöpfungsbetrages zwischen Bundeshaushalt und dem erfolgreichen Verband wird diskutiert.<sup>3019</sup> Allerdings ergeben sich hierbei im Detail Fragen bei der Festlegung des genauen Verwendungszwecks. So hält *Sieme* die Verwendung eines Abschöpfungsbetrages für Verbraucherarbeit, nur weil der Betrag „zufällig“ von einem Verbraucherverband eingeklagt wurde, für nicht überzeugend; vielmehr würde dies den Wettlauf der privaten Gläubiger begünstigen.<sup>3020</sup> Nach *Sieme* sollen die abgeschöpften Beträge daher zwar an den Bundeshaushalt gehen, dort allerdings innerhalb einer bestimmten Frist zur Refinanzierung erfolgloser Klagen zur Verfügung stehen, soweit diese im Vorfeld hinreichende Aussicht auf Erfolg versprochen haben und nicht missbräuchlich gewesen sind.<sup>3021</sup>

### **(4) Streichung der Erstattungsbeschränkung**

*Gärtner* schlägt vor, die Regelung des § 10 Abs. 4 S. 3 UWG zu streichen, nach der die Erstattungsansprüche der Klageberechtigten auf die Höhe des tatsächlich abgeführten Gewinns beschränkt werden; es sei nicht gerechtfertigt, dass den Verbänden damit selbst im Fall erfolgreicher Geltendmachung das Durchsetzungs- bzw. Ausfallrisiko bezüglich des abzuschöpfenden Betrages und der Prozesskosten auferlegt werde.<sup>3022</sup> Außer dem mit der Beschränkungsregelung zum

---

<sup>3017</sup> Stellungnahme des vzbv vom 4.7.2003, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/uwg\\_stellungnahme\\_regentwurf\\_07\\_03.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/uwg_stellungnahme_regentwurf_07_03.pdf), S. 7 [zuletzt aufgerufen am 19.4.2011].

<sup>3018</sup> *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 284; *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 158, 182; a.A. *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 261 f.

<sup>3019</sup> *Wagner* Verhandlungen 66. DJT Bd. I, A 114 f.; ablehnend *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 262.

<sup>3020</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 261 f.

<sup>3021</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 262.

<sup>3022</sup> *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 159, 182.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
Ausdruck kommenden entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers dürften sich hiergegen im Sinne einer effektiven Rechtsdurchsetzung kaum durchschlagende Argumente finden lassen, waren doch bereits vor der entsprechenden endgültigen Gesetzesfassung schon Lösungen über eine erweiternde Auslegung im Sinne eines „Risikotopfs“<sup>3023</sup> oder eines Anspruchs wegen berechtigter Fremdgeschäftsführung gegen den Bundeshaushalt<sup>3024</sup> genannt worden.

#### e) **Abwägung**

Die Gefahr einer missbräuchlichen Geltendmachung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung dürfte nach alledem nicht nur unter Berücksichtigung der geltenden strengen Tatbestandsanforderungen<sup>3025</sup> vernachlässigbar gering sein. Im Wesentlichen sollte es bei der Auswahl des richtigen Perzipienten und der Entscheidung über die Verwendung der abgeschöpften Gewinne vielmehr um zwei Aspekte gehen: Steht das Geld im Sinne einer Verteilungsgerechtigkeit einer bestimmten Partei zu, und wo kann es – dem Normzweck der Prävention entsprechend – ansonsten am Besten eingesetzt werden? Zur Frage der Risikoverteilung bliebe außerdem zu berücksichtigen, inwieweit die Durchsetzungsrisiken durch eine Neuformulierung des § 10 UWG tatsächlich bereits materiell gesenkt würden.<sup>3026</sup>

#### **(1) Keine materielle Zuordnung der Abschöpfungserträge an Verbände oder Abnehmer**

Wer wie *Sieme* den Regelungszweck der Gewinnabschöpfung nur in der Neutralisierung einer fehlerhaften Vermögenslage sieht, der kann argumentieren, dass der Gewinnbetrag dem klagenden Verband schlicht nicht gebühre.<sup>3027</sup> Der Bun-

---

<sup>3023</sup> Dazu v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 277.

<sup>3024</sup> So *Spindler* bei der Anhörung vor dem Rechtsausschuss (6. Ausschuss) vom 14.1.2004, 15. Wahlperiode, Protokoll Nr. 38, S. 33.

<sup>3025</sup> So aber wohl *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 136, der neben den Regelungen in § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG gerade auf das Vorsatzerfordernis als „Missbrauchsvorkehrung“ abstellt.

<sup>3026</sup> Vgl. unten Kap. V. B. 5.

<sup>3027</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 261; ähnlich allerdings auch *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 158.

deshaushalt wäre dann mangels praktischer Durchführbarkeit einer Verteilung an die betroffenen Abnehmer an deren Stelle ein überindividueller Empfänger, wenn auch – anders als für den Bereich des Kartellrechts – diese Zuordnung im Lauterkeitsrecht nicht mit der Rechtsdurchsetzungspflicht des Staates begründet werden kann.<sup>3028</sup> Ähnliche Ansätze einer Abführung des über den konkreten Schaden des Verletzten hinausgehenden Gewinns oder eines Präventionszuschlags wurden im Übrigen auch schon für den Bereich des Immaterialgüterrechts und der Persönlichkeitsrechtsverletzungen geäußert.<sup>3029</sup>

Im Gegensatz zum Immaterialgüterrecht steht eine Auskehr der Gewinne an einen Geschädigten aber im Lauterkeitsrecht wohl nicht zur Debatte; dies ergibt sich schon aus der Loslösung des Unlauterkeitsgewinns von der wirtschaftlichen Beeinträchtigung beim Abnehmer. Mit den eingetragenen Verbänden stehen dann vielmehr Einrichtungen der überindividuellen Interessenwahrnehmung zur Verfügung. Allerdings hängt die Durchsetzung des Anspruchs dann auch allein von diesen ab.

## **(2) *Stärkung der Verbände als rechtspolitisches Signal?***

Wenn auch die Auswirkungen auf die Durchsetzungsbereitschaft der Verbände einerseits und die ökonomische Effizienz der Gewinnabschöpfung andererseits im Rahmen dieser Untersuchung nicht abschließend untersucht werden können: Es bleibt die Frage, ob man den Verbänden nicht rechtspolitisch im Sinne einer Stärkung der präventiv ausgerichteten Rechtsverfolgung einen gewissen wirtschaftlichen Anreiz oder zumindest eine Abfederung ihres Prozessrisikos bieten sollte. Auf die Präventionswirkung der Gewinnabschöpfung hat die Frage des Anspruchsbegünstigten zwar nur mittelbaren Einfluss, da die Identität des Zah-

---

<sup>3028</sup> *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 134.

<sup>3029</sup> So hält etwa *Dreier* die Abführung eines den Schaden des Verletzten übersteigenden Gewinns an die Allgemeinheit in Form einer Geldbuße für denkbar, vgl. *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 708; *Maier-Reimer* möchte bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen dem Verletzten nur einen Ausgleich im Wert seiner persönlichen Beeinträchtigung zugestehen und den darüber hinausgehenden, überindividuell-präventiv wirkenden Betrag dem Bundeshaushalt oder einer gemeinnütziger Einrichtung zuweisen, vgl. *Maier-Reimer* Verhandlungen 66. DJT Bd. II/2, L 174 f.



A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
lungsempfängers für die Handlungsentscheidung des potentiell Zuwiderhandelnden keine Rolle spielen dürfte, zumindest solange es sich in keinem Fall um einen Konkurrenten handelt. Soweit sich durch eine Neuregelung, die den klagenden Verbänden eine ihrem wirtschaftlichen Risiko entsprechende Gewinnchance einräumt, die Wahrscheinlichkeit (erfolgreicher) Rechtsverfolgung erhöht, ist dies im Sinne der ökonomischen Effizienz aber erwünscht, solange nicht die Gefahr einer Anreizverzerrung und Überverfolgung<sup>3030</sup> droht. Denn es soll umgekehrt nicht der Fall eintreten, dass die klagebefugten Verbände von der Verfolgung schwerer, dem Grunde nach über § 10 UWG sanktionierbarer Verstöße aus Sorge vor den damit einhergehenden wirtschaftlichen Risiken absehen. Das wird aber hinsichtlich der Gewinnabschöpfung als (Stufen-) Klageverfahren schon wegen der höheren Streitwerte, insbesondere aber der aktuell hohen Tatbestands- bzw. Nachweishürden eher der Fall sein als bei den bewährten Instrumenten des verschuldensunabhängigen negatorischen Rechtsschutzes.

### **(3) *Wirtschaftlicher Anreiz und Anreizverzerrung***

Es fragt sich also tatsächlich, weshalb dem Durchsetzungsrisiko seitens der Verbände nicht ein wirtschaftlicher Anreiz für den Erfolgsfall gegenüberstehen sollte, zumal dieser auch nicht in persönlichen Vorteilen für die handelnden Personen bestünde, sondern allenfalls zu einem größeren Einfluss und einer besseren Positionierung etwa der Verbraucherverbände als Institutionen beitragen könnte. Die jetzige Regelung stellt die aktivlegitimierten Verbände und Einrichtungen dagegen außerhalb aller wirtschaftlichen „*incentives*“ und ermöglicht kaum eine ökonomisch-rationale Abwägung zwischen der diesbezüglichen Erledigung ihrer Verbandsaufgaben und den damit verbundenen Risiken.

Eine unmittelbare Einziehung des Gewinns auf eigene Rechnung hätte den Vorteil einer gewissen Verschlinkung der Verwaltungsabläufe; andererseits müsste

---

<sup>3030</sup> Dazu sogleich unten.

## Kapitel V. Möglichkeiten und Grenzen einer Nachbesserung des § 10 UWG

eine objektive Aufsicht bezüglich der Anrechnung anderer Ansprüche gewährleistet bleiben. Gegen das Einziehen der Gewinne auf eigene Rechnung spricht der Aspekt des „Wettlaufs der Gläubiger“. Beide Probleme müssten wohl über ein Klage- oder Anspruchsregister gelöst werden.<sup>3031</sup>

Auch wenn das Geld zweckgebunden für Verbraucherschutz oder Lauterkeitsdurchsetzung beim Bund bliebe oder in einen entsprechenden Fonds eingezahlt würde: Angesichts solch „sichtbarer“ Ergebnisse für die Verbände dürfte dies einen angemessenen Anreiz darstellen, das Risiko eines materiellen Verlustes – der womöglich zu Lasten der übrigen Verbandsarbeit gehen könnte<sup>3032</sup> – in Kauf zu nehmen.<sup>3033</sup> Die Festlegung der Gelder auf eine zweckgebundene Verwendung für Belange des Verbraucherschutzes<sup>3034</sup> unabhängig von der Identität des tatsächlich erfolgreichen Klägers wäre insoweit durchaus denkbar. Schließlich sollte gerade die Gewinnabschöpfung der Förderung des Verbraucherschutzes dienen, die eines der wesentlichen Ziele der UWG-Novelle von 2004 war.<sup>3035</sup> Im Übrigen fördern auch die Verbraucherverbände, wenn sie auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts tätig werden, vor allem das öffentliche Interesse an einem lauterem Wettbewerb.<sup>3036</sup>

Der im deutschen Schadensrecht geltende Gedanke des „Bereicherungsverbots“ dagegen sollte in diesem Zusammenhang wenn überhaupt nur insoweit korrigierend eingreifen, als eine „Anreizverzerrung“ oder kontraproduktive Anreizwirkung<sup>3037</sup> zu befürchten wäre, die etwa den Anspruchsinhaber zu ökonomisch und rechtlich unerwünschten Handlungsweisen veranlassen könnte. Eine echte „Anreizverzerrung“ in diesem Sinne wäre aber wohl nur zu erwarten,

---

<sup>3031</sup> Vgl. § 25 Abs. 6 des Regelungsvorschlags bei *Micklitz/Stadler* in *Micklitz/Stadler*, *Verbandsklagerecht*, S. 1350, zust. *Fehleemann*, *Abschöpfungsansprüche*, S. 241 f.

<sup>3032</sup> Vgl. etwa *Micklitz/Stadler* in *Micklitz/Stadler*, *Verbandsklagerecht*, S. 1343.

<sup>3033</sup> Ähnlich *Gärtner*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 183.

<sup>3034</sup> So v. *Braunmühl* in *Fezer*, *UWG*, § 10 Rn. 154; krit. dagegen *Engels/Salomon* *WRP* 2004, 32, 43.

<sup>3035</sup> Vgl. auch *Köhler* *NJW* 2004, 2121.

<sup>3036</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in *Fezer*, *UWG*, § 10 Rn. 8 f.; zust. *Gärtner*, *Gewinnabschöpfungsanspruch*, S. 156.

<sup>3037</sup> Zur Gewinnherausgabe nach Vertragsbruch *Köndgen* *RabelsZ* 56 (1992), 696, 734 ff.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
wenn der Verband ohne eigenes Risiko auf eigene Kasse wirtschaften könnte, d.h. wenn etwa ein Prozessfonds für den Unterliegensfall bereitgehalten würde *und* der Verband zugleich im Erfolgsfall den Gewinn behalten dürfte. Eine solche Lösung ist aber nicht abzusehen.

#### **(4) Risikoausgleich für die Verbände**

Eine Alternative zu einer Lösung über einen unmittelbaren wirtschaftlichen Anreiz wäre eine Regelung, die zumindest zu einem gewissen Risikoausgleich für die Verbände führte. Eine Abschwächung des Prozessrisikos – etwa in der von *Sieme* vorgeschlagenen Form der entsprechenden zeitlich begrenzten Vorhaltung zuvor eingezogener Mittel im Bundeshaushalt<sup>3038</sup> – könnte zu einer allgemeinen Steigerung der Klagebereitschaft der Verbände und einem mutigeren Einsatz des Gewinnabschöpfungsanspruchs auch in schwierig zu beurteilenden Fällen führen; die Grenzen des Gewinnabschöpfungsanspruchs könnten in der Praxis erprobt werden. Dies kann zwar zumindest in der Theorie auch zu dem unerwünschten Effekt einer stärkeren Belastung der Gerichte mit Verfahren ungewissen Ausgangs führen. Solange jedoch dieser Risikoausgleich der Höhe nach durch die eingeklagten Mittel beschränkt ist, dürfte dieser Effekt nicht in dem Maße eintreten, dass die Kosten für erfolglose Verfahren den Gewinn aus erfolgreicher Geltendmachung überstiegen. Eine Risikoabfederung über die Einschaltung eines gewerblichen Prozesskostenfinanzierers ist wohl möglich, stößt aber auf eigene Bedenken.<sup>3039</sup> Solange weder ein Risikoausgleich noch eine Verdienstmöglichkeit für die Verbände besteht, muss es schließlich bei der Feststellung von *Stadler* und *Micklitz* bleiben, dass die Verbände als unabhängige

---

<sup>3038</sup> *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 262.

<sup>3039</sup> Vgl. v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 154; hierzu auch krit. *Stadler*, die diese mit staatlicher Zustimmung entwickelte Praxis als aus Sicht des Steuerzahlers „verwunderliche Lösung“ bezeichnet: Der Staat verzichte – anstatt selbst eine Fondslösung zu errichten – im Fall des Obsiegens auf regelmäßig 20 – 30 % des ihm zustehenden Abschöpfungsbetrages zu Gunsten des Prozessfinanzierers; dieser Anteil stehe folglich auch nicht mehr für Verbraucherschutz zwecke oder Allgemeinwohlaufgaben zur Verfügung, vgl. *Stadler* in Augenhöfer, Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, S. 117, 133.

Institutionen vom Gesetzgeber gezielt eingesetzt werden, um „für die Staatskasse die Kastanien aus dem Feuer“ zu holen.<sup>3040</sup>

Auch in den spieltheoretischen Experimenten hat sich die Bestrafungsbereitschaft – die im Falle des *Third-Party Punishments* ohnehin nicht an die des *Second-Party Punishments*<sup>3041</sup> heranreicht, so dass sich in diesen Experimenten rein eigennütziges Verhalten in der Mehrzahl der Fälle immer noch lohnte<sup>3042</sup> – im Übrigen stets in einem negativen Zusammenhang zu ihren Kosten dargestellt.<sup>3043</sup> Auch die altruistische Rechtsverfolgung wird sich daher letztlich immer an einer Kosten-Nutzen-Analyse ausrichten müssen, auch wenn es dabei nicht um den eigenen wirtschaftlichen Vorteil geht. Dies ergibt sich schon aus ganz profanen Gründen: Indem man die Verbände allzu sehr auf ihren Altruismus festlegt, überfordert man sie womöglich nicht handlungspsychologisch, sondern vor allem wirtschaftlich. Denn wie oben dargelegt<sup>3044</sup> sind die Verbände auch und gerade im Hinblick auf ihre satzungsmäßigen Aufgaben gezwungen, mit ihren zum Teil eng beschränkten Ressourcen wirtschaftlich umzugehen.<sup>3045</sup> Die Geltendmachung des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs birgt, insbesondere wenn er an Vorsatz anknüpft, ein hohes Risiko. Insofern besteht zwischen Klageanreiz und Prozessrisiko ein erhebliches Ungleichgewicht,<sup>3046</sup> das allerdings stark von den Anforderungen in der Durchsetzungspraxis insbesondere hinsichtlich des Verschuldensmaßstabes und der Gewinner-

---

<sup>3040</sup> Stadler/Micklitz WRP 2003, 559, 562

<sup>3041</sup> In diesen Konstellation stehen sich nur der Normverletzer und der vom Normbruch Betroffene gegenüber, während in den Experimenten zum *Third-Party Punishment* die Sanktionierung von einem Dritten ausgeht, dessen ökonomischer Ertrag von den dem Normbruch nicht berührt wird, vgl. schon oben Kap. V. A. 5. a).

<sup>3042</sup> Einzelheiten und Nachw. insb. zu einer Studie von Fehr und Fischbacher bei Gresser, Altruistische Bestrafung, S. 87: Selbst in dem Fall, dass etwa 60 % der dritten Parteien bereit waren zu bestrafen, hatte sich das eigennützige Verhalten noch gelohnt.

<sup>3043</sup> Auch hierzu verweist Gresser insbesondere auf eine (weitere) Studie von Fehr und Fischbacher, näheres und Nachw. s. bei Gresser, Altruistische Bestrafung, S. 95 ff.

<sup>3044</sup> S. oben Kap. IV. C. 3. c).

<sup>3045</sup> Zur ersten Insolvenz einer Länder-Verbraucherzentrale (nämlich Mecklenburg-Vorpommern) im Zuge der Finanzknappheit sei nochmals verwiesen auf Micklitz/Stadler in Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht, S. 1270.

<sup>3046</sup> Ebenso Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 135.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
mittlung abhängt und das im Falle einer Tatbestandsänderung womöglich anders zu bewerten wäre.<sup>3047</sup>

## **6. Zusammenfassung und Feinabstimmung der Regelungsalternativen**

Die Gewinnabschöpfung soll dort präventiv- verhaltenssteuernd und vermögensordnend eingreifen, wo bereinigende Marktmechanismen und herkömmliche Rechtsinstrumentarien versagen. Eine Bestrafung des Zuwiderhandelnden im Sinne der Sühne oder Buße ist damit nicht beabsichtigt. Bei der Suche nach einer effektiveren Regelung stehen daher zwei Faktoren von vorneherein fest: Die Nachrangigkeit der Gewinnabschöpfung gegenüber Individualansprüchen<sup>3048</sup> sollte ebenso beibehalten werden wie das Kausalitätserfordernis. Einzelne Änderungsvorschläge, wie etwa eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Vorsätzlichkeit der Zuwiderhandlung, können darüber hinaus aus dogmatischen und Angemessenheitsgründen bereits im Vorfeld aussortiert werden. Unter den verbleibenden Ansätzen versprechen bestimmte Vorschläge bezogen auf den Normzweck deutlich mehr Effektivitätsgewinn als andere. Die greifbaren Ergebnisse der sich daraus ergebenden „Feinabstimmung“ der besprochenen Änderungsvorschläge lassen sich wie folgt zusammenfassen:

### **a) Keine zwingende gesetzgeberische Wertung im Sinne des Vorsatzerfordernisses**

Eine verschuldensunabhängige Ausgestaltung wie auch eine Eröffnung des Tatbestandes bereits bei einfach fahrlässigen Lauterkeitsverstößen kommen aus Gründen der Angemessenheit und der Gefahr ökonomisch ineffizienter *overdeterrence* letztlich nicht in Betracht. Bezüglich der verbleibenden Alternativen für einen sinnvollen Verschuldensmaßstab – Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses oder Eröffnung des Tatbestandes auch für grob fahrlässige Zuwiderhandlungen – stellt sich dann die Frage der geeigneten Normgestaltung aus

---

<sup>3047</sup> Dazu noch unten Kap. V. B. 5.

<sup>3048</sup> Ähnlich *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 246.

zwei Perspektiven. Zum einen sind Kriterien der Normeffektivität, insbesondere der Durchsetzbarkeit und Reichweite der Rechtsfolge, zu berücksichtigen. Zum anderen ist eine wertende Entscheidung grundsätzlicher Art zu treffen: Soll der Anspruch auch den treffen, der sich „nur“ rücksichtslos und grob fahrlässig verhält?

In den Gesetzesmaterialien finden sich hierzu jedenfalls keine stichhaltigen Gegenargumente. Der Unternehmer soll vor einem zu hohen Prozessrisiko geschützt werden, insbesondere, wenn kein Mitbewerber einen „echten“ Schaden erlitten hat.<sup>3049</sup> Ganz davon abgesehen, dass § 10 UWG wie gezeigt in erster Linie dem Verbraucherschutz und nur mittelbar dem Mitbewerberschutz dient,<sup>3050</sup> im übrigen das Lauterkeitsrecht vor allem über seine Verhaltensordnungen, weniger über Güterzuordnungen wirkt und das Argument damit schon systematisch „hinkt“ und vielmehr eine gewisse Minderbewertung des Verbraucher- bzw. Abnehmerschutzes innerhalb der Schutzzwecktrias<sup>3051</sup> des UWG zum Ausdruck bringt: Es ist nicht ersichtlich, wieso der Abschreckungsgedanke aus Gründen der Angemessenheit auch für Fälle grob fahrlässiger Verstöße zurücktreten sollte, zumal die Fälle, die der Gesetzgeber ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen sehen will, solche einfacher Fahrlässigkeit sind.

#### **b) Verhältnismäßige und effektivere Verhaltenssteuerung bei Öffnung für grob fahrlässige Zuwiderhandlungen**

Welcher also ist im Sinne einer effektiven und angemessenen Präventionswirkung der richtige Verschuldensmaßstab? Das Vorsatzerfordernis in § 10 UWG

---

<sup>3049</sup> Vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 24.

<sup>3050</sup> Dazu bereits oben Kap. III. A. 4. a); s. auch Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 13; v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 4; *Goldmann* in Harte/Henning, UWG, § 10 Rn. 9 m.w.N.; vgl. auch *Köhler* GRUR 2003, 265.

<sup>3051</sup> Wohingegen *Fezer* seit der Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (oben Fn. 11) sogar von einem „Schutzzweckdualismus“ von verbraucherbezogenem und mitbewerberbezogenem Lauterkeitsrecht spricht, der seinen Schwerpunkt inzwischen im Verbraucherschutz habe, vgl. *Fezer* in Fezer, UWG, § 1 Rn. 63.

A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter ist hoch angesetzt, mit Einbeziehung des bedingten Vorsatzes allerdings nicht unerreichbar hoch. Auch ließe sich unter Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses eine Stärkung der präventiven Ausrichtung des § 10 UWG und eine Verschärfung seiner Rechtsfolge insbesondere hinsichtlich der Höhe des Abschöpfungsbetrages mit den geltenden Wertungen im deutschen Rechtssystem wohl grundsätzlich leichter vereinbaren als mit einem herabgesetzten Verschuldensmaßstab; gravierende Erweiterungen der Haftungsintensität der Gewinnabschöpfung dürften umgekehrt unter dem Gesichtspunkt einer noch angemessenen Belastung des Zuwiderhandelnden und vor allem einer sinnvollen und wirksamen Verhaltenssteuerung sogar von der Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses abhängen. Denn so stark der Präventionsbedarf im Lauterkeitsrecht insbesondere hinsichtlich der Verbraucherschutzbelange sein mag, die Rechtsfolge sollte stets in einem angemessenen Verhältnis zum Unwerturteil gegenüber dem Zuwiderhandelnden und entweder zum Schaden oder dem kausal verursachten Unrechtsgewinn stehen. Eine Regelung im Sinne einer deutlich überschießenden Präventionswirkung wäre hingegen – ähnlich wie im Immaterialgüterrecht diskutiert<sup>3052</sup> – nur bei Vorsatztaten denkbar.

Die Untersuchung hat allerdings gezeigt: Selbst wenn es beim Vorsatzerfordernis bliebe, eröffneten sich dennoch kaum Alternativen unter den weiteren Tatebestandsmerkmalen, die die Gewinnabschöpfung unter Effektivitätsgesichtspunkten deutlich und fallgruppenübergreifend stärken würden, ohne sie gleichzeitig unverhältnismäßig zu machen. Vor allem das in der Praxis der Gewinnabschöpfung zum Teil hochproblematische Tatbestandsmerkmal einer Kausalbeziehung zwischen abzuschöpfendem Gewinn(anteil) und Zuwiderhandlung ist schon unabhängig vom Verschuldensmaßstab aus systematischen Gründen nicht entbehrlich. Die Tatbestandsvarianten einer Umsatz- oder Vorteilsabschöpfung versprechen darüber hinaus gerade für die nach wie vor hinsichtlich

---

<sup>3052</sup> Vgl. die Nachw. oben in Kap. V. A. 2. b) (5) a.E.

der Gewinnermittlung problematischen Fallgruppen keine grundsätzliche Lösung oder allgemeine Steigerung der Durchsetzungskraft der Gewinnabschöpfung, oder diese Steigerung ist wie im Falle der Bruttoerlösabschöpfung als nicht so erheblich anzusehen wie es die Erhöhung der Anwendungswahrscheinlichkeit der Gewinnabschöpfung bei einer Absenkung des Verschuldensanfordernisses wäre. Es ergäben sich im Übrigen bei Einführung einer Bruttoabschöpfung neue Fragen zur Bewertung der Rechtsfolge hinsichtlich ihrer Wirkungsweise. Denn schließlich würde auch umgekehrt die Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses unter dem Gesichtspunkt effektiver Verhaltenssteuerung die Abschöpfung eines über den kausalen Unlauterkeitserfolg hinausgehenden Aufschlages erfordern. Eine solche Rechtsfolge würde allerdings eine neue grundsätzliche Auseinandersetzung mit den Grenzen von Prävention und Pönalität im deutschen Zivilrecht voraussetzen oder zumindest auslösen.

Im Ergebnis ist daher einer Absenkung des Verschuldensmaßstabes auf grobe Fahrlässigkeit der Vorzug vor anderen, konkurrierenden Änderungsansätzen zu geben.

**c) Änderung des Merkmals „zu Lasten“ und Normierung des Auskunftsanspruchs**

Eine andere tatbestandliche Nachsteuerung wäre allerdings neben der Verschuldensfrage aus dogmatischen und Effektivitätsgesichtspunkten dringend notwendig: Der Gesetzgeber sollte sich – ganz unabhängig von der Frage des Verschuldensmaßstabes – endgültig darauf festlegen, dass es für die Anwendung des § 10 UWG nicht auf eine messbare wirtschaftliche Schlechterstellung bei den beeinträchtigten Wirtschaftskreisen ankommt und eine solche schon gar nicht in der Summe dem Unrechtserfolg entsprechen muss. Das Merkmal „zu Lasten“ sollte daher in ein Merkmal schlichter „Betroffenheit“ oder „Beeinträchtigung“ umgewandelt werden. Denn gerade bei Beibehaltung des Kausalitätserfordernisses



A. Änderungsvorschläge zur Gestaltung der wesentlichen Tatbestandsparameter  
ist eine weitere Begrenzung der Abschöpfungsmasse nicht erforderlich; dies ergibt sich schon als Konsequenz der deutlich am Tätervorteil orientierten Abschöpfungsperspektive des § 10 UWG.<sup>3053</sup>

Daneben wäre auch für eine an grobe Fahrlässigkeit anknüpfende Gewinnabschöpfung die ausdrückliche Normierung des Auskunftsanspruchs zu erwägen. Ein entsprechender Regelungsvorschlag findet sich etwa bei *Gärtner*.<sup>3054</sup> Da auch bei grob fahrlässigen Zuwiderhandlungen die Geheimhaltungsinteressen des Anspruchsschuldners regelmäßig geringer zu bewerten sein werden als das Präventions- und Durchsetzungsinteresse auf Seiten der Anspruchsberechtigten,<sup>3055</sup> sollte hier allerdings auch ohne ausdrückliche Normierung grundsätzlich von einer umfassenden Auskunftspflicht selbst für die Fälle ausgegangen werden können, in denen die Gewinnanteile aufgrund der konkreten Fallkonstellation letztlich ohnehin der richterlichen Schätzung unterliegen.

#### **d) Unabhängigkeit der Verschuldensvoraussetzungen von einer vorhergehenden Abmahnung**

Nachteilige Auswirkungen des Gewinnabschöpfungsanspruchs auf die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen<sup>3056</sup> unter dem Gesichtspunkt der Präjudizwirkung<sup>3057</sup> sind im Übrigen auch bei einer Herabsenkung des Verschuldensmaßstabes auf grobe Fahrlässigkeit nicht zu befürchten: Für die Zukunft kann höchstens die Abmahnung als solche die Kenntnis vom rechtlichen Vorwurf und dem Tatbestand indizieren; es ist nicht ersichtlich, inwieweit hierdurch die Bereitschaft zur Abgabe von Unterlassungserklärungen – insbesondere wenn sich der Abgemahnte ohnehin ohne Anerkennung einer Rechtspflicht

---

<sup>3053</sup> Vgl. nur oben Kap. III. A. 5.

<sup>3054</sup> Vgl. § 10 Abs. 3 S. 1 des Regelungsvorschlags für eine „Vorteilsabschöpfung“ bei *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 185: „Soweit Anhaltspunkte für das Bestehen eines wirtschaftlichen Vorteils nachgewiesen wurden, kann Auskunft und Rechnungslegung hinsichtlich des Bestehens und der Höhe des abschöpfbaren wirtschaftlichen Vorteils verlangt werden.“

<sup>3055</sup> S. oben Kap. V. A. 3. e).

<sup>3056</sup> Dazu *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 175.

<sup>3057</sup> Näheres und Nachw. zur entsprechenden Kritik aus der Literatur s. bereits oben Kap. III. D. 3. b) (1).

unterwirft<sup>3058</sup> – bedroht sein soll. Eine vorsätzliche Handlung<sup>3059</sup> gesteht der Zuwiderhandelnde in einem solchen Fall ebenso wenig ein wie eine Vorwerfbarkeit seines Verhaltens im Sinne eines gesteigerten Verschuldens. In jedem Fall sollte allerdings vermieden werden, dass eine Geltendmachung des Gewinnabschöpfungsanspruchs zu eng an eine vorherige Abmahnung geknüpft wird.<sup>3060</sup>

#### e) Ergebnis

Im Ergebnis kann bis hierher festgehalten werden, dass sich für eine effektivere und zugleich verhältnismäßige Ausgestaltung des § 10 UWG die Herabsetzung seines Verschuldensmaßstabes auf grobe Fahrlässigkeit bei Beibehaltung des Prinzips der Nettoabschöpfung und des Kausalitätserfordernisses anbietet. Das Merkmal „zu Lasten“ sollte ersetzt werden. Daneben bleiben allerdings einige der im Laufe der Untersuchung angesprochenen Durchsetzungsprobleme des Gewinnabschöpfungsanspruchs letztlich ungelöst. Abschließend soll daher noch auf die wesentlichen verbleibenden Fragen eingegangen werden.

---

<sup>3058</sup> Vgl. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 221 f.; *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 245.

<sup>3059</sup> Nicht ganz eindeutig insoweit *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 176.

<sup>3060</sup> Ähnlich *Fehle*, Abschöpfungsansprüche, S. 176.

## ***B. Verbleibende Fragen***

Mit den soeben dargestellten Ergebnissen, die sich aus der Abwägung verschiedener Lösungsmodelle für einen effektiveren lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch haben ableiten lassen, lässt sich nicht für alle Fallgruppen eine befriedigende Lösung finden. Vielmehr bleiben an dieser Stelle der Untersuchung einige Fragen bestehen, die insbesondere noch einmal die grundsätzliche Geeignetheit einer Gewinnabschöpfung für bestimmte Fallgruppen unlauteren Wettbewerbs und Aspekte ökonomischer Anreizsteuerung bezüglich des Anspruchsinhabers betreffen.

### **1. Denkbare gesetzliche Sonderlösungen für einzelne Fallgruppen**

Für einzelne Fallkonstellationen könnten nach den Erkenntnissen der obigen Untersuchung zusätzliche gesetzliche Sonderlösungen zur besseren Handhabbarkeit einer Gewinnabschöpfung verankert werden. So ist für Lauterkeitsverstöße in Form unlauteren Direktmarketings und sogenannte Lockangebote grundsätzlich eine Regelung denkbar, die im Sinne einer widerleglichen Vermutung die für die Rechtsverletzung aufgewandten Kosten zur Bestimmung eines hypothetischen Mindestbetrags des erzielten Gewinns heranzöge; eine unwiderlegliche Vermutung käme aus Gründen der Verhältnismäßigkeit hingegen nur im Falle einer Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses in § 10 Abs. 1 UWG in Betracht. Ein echtes Wahlrecht des Aktivlegitimierten, statt des konkreten Gewinns die vom Zuwiderhandelnden für die Rechtsverletzung aufgewandten Kosten als „Mindestgewinn“ abzuschöpfen, träfe den nur fahrlässigen Lauterkeitsrechtsverletzer wie oben dargelegt unangemessen hart.

Denkbar wäre die widerlegliche Vermutung als Hilfsmittel der Gewinnermittlung für den Fall, dass sich der Gewinn in konkreter Form nur schwerlich berechnen lässt. Eine solche müsste dann aber im Ermessen der Richter liegen – ähnlich wie es in § 33 Abs. 3 S. 3 GWB die Ermittlung des Schadens anhand des

Verletzergewinns sein soll – und nicht als unmittelbarer Anspruch der Klageberechtigten ausgestaltet sein.

## 2. Abgrenzung von Verursachungsanteilen als grundlegendes Effektivitätshemmnis

Auch bei einer Herabsenkung des Verschuldensmaßstabes auf grobe Fahrlässigkeit und einer Streichung des Merkmals „zu Lasten“ bleibt ein ganz wesentliches Effektivitätsproblem des § 10 UWG bestehen: Insbesondere dann, wenn sich das Unlauterkeitselement als eines unter vielen kausal wirkenden, ansonsten rechtmäßigen Bestandteilen einer Wettbewerbshandlung darstellt, dessen Wirkung den Werbe- oder Vertriebsvorgang nicht deutlich dominiert, wird der abzuschöpfende Unlauterkeitsanteil nicht nur schwer ermittelbar sein; seine Bestimmung muss auch fast zwangsläufig zu einem Ergebnis führen, das aufgrund der Geringfügigkeit der Forderungsbeträge im Vergleich zum unternehmerischen Gesamtgewinn kaum präventive Wirkung entfalten kann. Auch die soeben angesprochene alternative Berechnungsmethode über die aufgewandten Verletzerkosten als Fiktion eines Mindestgewinns würde einer Kausalitätsbegrenzung hinsichtlich der anteiligen Zuordnung der Kosten unterliegen und daher insoweit vergleichbare Berechnungsprobleme aufwerfen wie die „echte“ Gewinnermittlung.

Auf diese Problematik lässt sich eine Feststellung *Dreiers* zur zivilrechtlichen Prävention durch Schadensersatz übertragen;<sup>3061</sup> danach träte im Falle einer lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung Prävention grundsätzlich nur dann ein, wenn der Gewinnbetrag, der dem Zuwiderhandelnden nach Abzug des kausalen Unlauterkeitsgewinnanteils durch den Gewinnabschöpfungsanspruch noch verbliebe, geringer wäre als ein Gewinn, den er in lauterer Weise hätte erzielen können. Die intensivste Präventionswirkung besteht nach der Formel *Dreiers* also, wenn der abzuschöpfende kausal auf die Rechtsverletzung zurückgehende

---

<sup>3061</sup> Vgl. *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 139.

Gewinnanteil ( $G_{kV}$ ) dem gesamten im Fall der Verletzung erzielten Gewinn entspricht, also  $G_V = G_{kV}$  ist. Nach der Formel  $G_V - G_{kV} < G_{nV}$  ( $G_{nV}$  = der Gewinn im Fall der Nichtverletzung) tritt Prävention in diesem Fall (da  $0 < G_{nV}$ ) solange ein, als der Verletzer nur im Fall der Nichtverletzung keinen Verlust erwirtschaftet hätte.<sup>3062</sup> Die Wahrscheinlichkeit einer präventiven Wirkung der entsprechenden Rechtsfolge wiederum verringert sich mit Abnahme des kausalen herauszugebenden Unrechtsgewinnanteils.

Es stellt sich daher die Frage, ob nicht letztendlich die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung für viele Fallkonstellationen doch als ein schon dem Grunde nach ungeeignetes Instrumentarium zu bewerten ist; denn noch häufiger als im objektbezogenen Rechtsgüterschutz des Immaterialgüterrechts wird es im Lauterkeitsrecht dazu kommen, dass sich die Wirkungen eines unlauteren Werbe- oder Vertriebslements schlecht messen lassen oder dass am Ende des Bemessungsvorgangs ein ganz geringer, vorsichtig zu schätzender Betrag steht, dessen Abschöpfung letztendlich in keinem Verhältnis zum Aufwand der Kläger steht und der kaum eine Präventionswirkung zu entfalten vermag. Die bereits bei der dritten Schadensberechnungsart bestehenden Ermittlungsschwierigkeiten zum Unrechtsgewinn setzen sich hier fort und verstärken sich sogar noch.<sup>3063</sup> Aus genau diesem Grund kommt *Goldmann* zu dem Schluss, dass seine Lösung, den gesamten nach dem Verstoß mit den beworbenen oder angebotenen Waren oder Dienstleistungen erwirtschafteten Gewinn in den Kausalzusammenhang mit einzubeziehen, „als einzige dem Ziel gerecht [werde], gleichermaßen eine wirkungsvolle Sanktion wie Abschreckung gegen massenhaften unlauteren Wett-

---

<sup>3062</sup> Vgl. *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, S. 139 f.

<sup>3063</sup> Zum Verweis der Gegenäußerung der Bundesregierung auf deren praktische Anwendung und die Feststellung, es bestünden bei der Gewinnermittlung zu § 10 UWG keine Schwierigkeiten, die nicht auch bei einer Vielzahl anderer Ansprüche bestehen könnten, vgl. BT-Drucks. 15/1487, S. 43 sowie schon oben Fn. 1597, äußert sich denn auch sehr krit. *Götting*: Die Aussage sei „schlicht falsch“, und angesichts der praktischen Schwierigkeiten der Gewinnberechnung im Immaterialgüterrecht sei es „verfehlt, bestehenden Schwierigkeiten der Schadensberechnung neue hinzuzufügen“, s. *Götting*, *Wettbewerbsrecht*, § 19 Rn. 23.

bewerb zu schaffen.<sup>3064</sup> Wie oben gezeigt, ist dieser Lösungsvorschlag jedoch nicht praktikabel; er weckt stärkste systematische Bedenken und würde zu Rechtsunsicherheit sowie unangemessenen und unkalkulierbaren Belastungen der Zuwiderhandelnden führen. Die Normakzeptanz wäre gefährdet und eine sinnvolle Verhaltenssteuerung erschwert. Dies führt zu dem ernüchternden Schluss, dass sich das Konzept der privatrechtlichen Gewinnabschöpfung womöglich überhaupt nicht in der Weise nachbessern lässt, dass diese für Fallgruppen außerhalb der Konstellationen, in denen eine Zuordnung der kausalen Unlauterkeitsanteile zum Gesamtgewinn wie in den Fällen von Minderabfüllungen oder Mogelpackungen unproblematisch möglich ist, noch zu einem wirklich effektiven Instrument lauterkeitsrechtlicher Rechtsdurchsetzung und Prävention im Sinne des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht würde. Insoweit bestünde vielmehr das bisherige Durchsetzungs- und Präventionsdefizit fort.

### **3. Erfordernis einer weiteren Analyse zu Effizienz und Gewichtung des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht**

Auch auf einer übergeordneten ökonomischen Ebene lässt sich ein drohendes Missverhältnis zwischen Aufwand und Ertrag einer lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung absehen: Im Grunde müsste nämlich, will man sich nicht auf die empirische Erprobung des Anspruchs über einen längeren Zeitraum hinweg beschränken, seriöserweise zusätzlich zu den rechtlichen Untersuchungen potentiell effektivitätssteigernder Tatbestandsänderungen eine umfassende Kosten- Nutzen-Analyse vorgenommen werden, die gerade für die ganz unterschiedlichen Fallgruppen und unter Berücksichtigung der jeweiligen Anwendungswahrscheinlichkeit, Durchsetzungswahrscheinlichkeit und Durchsetzungsrisiken der Gewinnabschöpfung deren ökonomische Bedingungen beleuchtet. Es ist offensichtlich, dass die Verfahren zur Gewinnabschöpfung – insbesondere durch die in der Praxis erforderliche mehrstufige Geltendma-

---

<sup>3064</sup> *Goldmann* in *Harte/Henning*, UWG, § 10 Rn. 93.

chung mit vorgelagerten Auskunftsklagen – zu vergleichsweise hohen Kosten sowohl bei Aktiv- als auch bei Passivlegitimierten führen. Angesichts der in den ersten Jahren erzielten geringen Abschöpfungsbeträge und des entsprechend geringen Präventionseffekts ergibt sich dann die Frage nach der übergeordneten Normeffizienz im Verhältnis zum Aufwand wie auch im Vergleich zu alternativen Durchsetzungsinstrumentarien.<sup>3065</sup>

Darüber hinaus ist schließlich auch die Frage, welches Gewicht und welche Funktion dem Verbraucherschutz im deutschen Rechts- und Wirtschaftssystem in soziologischer, ökonomischer<sup>3066</sup> und gesellschaftspolitischer Hinsicht zukommen, noch nicht abschließend beantwortet. Sie betrifft auch die Vereinbarkeit des Verbraucherschutzes mit einer rein ökonomischen Sichtweise, wie *Tilman* bereits im Jahre 1977 formuliert: „In welchem Umfang dient die beabsichtigte stärkere rechtliche Bewehrung des Verbraucher-Bürgers einer ‚Reinerhaltung‘ des Wirtschaftssystems, also der Sicherung der spezifischen Funktionen dieses Systems, und in welchem Umfang sollen diese Funktionen von andersartigen Zielsetzungen des politischen Systems im umfassenden Sinne beeinflusst und überlagert (...) werden, und welche Rückwirkungen ergeben sich hieraus sowohl für den Bereich der Wirtschaft als auch für den der Politik?“<sup>3067</sup> Das hiermit angesprochene Spannungsverhältnis der Schutzzwecke bleibt auch mit der ausdrücklichen Aufnahme des Verbraucherschutzes in § 1 UWG bestehen.<sup>3068</sup> Und die rechtswissenschaftliche Diskussion zur Verortung des Verbraucherschutzes in Wirtschaftsrecht und Wirtschaftssystem bleibt im

---

<sup>3065</sup> Insgesamt krit. zu den Möglichkeiten der Auslotung von gesellschaftlichen Opportunitätskosten einer gesetzlichen Regelung (auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit) allerdings *Kleinewefers* FS Schürmann 1987, S. 83, 91 f.

<sup>3066</sup> Wobei hier am Rande auf die Ansicht von *Hayeks* hingewiesen sei, nach der gerade Wert und Leistung des von ihm als „Entdeckungsverfahren“ eingeordneten Wettbewerbs empirisch gar nicht nachprüfbar seien, was dann für die Lauterkeit im Wettbewerb entsprechend gelten müsste, vgl. v. *Hayek*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, S. 4.

<sup>3067</sup> *Tilman* ZHR 141 (1977), 32, 22.

<sup>3068</sup> Zu einem entsprechenden „neuen Dualismus“ der Schutzzwecke vgl. *Fezer* in *Fezer*, UWG, § 1 Rn. 61.

Fluss – zumal auch vom Gemeinschaftsrecht in den letzten Jahren erhebliche Verbraucherschutzbezogene Impulse für das Lauterkeitsrecht ausgingen.<sup>3069</sup>

#### 4. Effektivitätsgewinn durch ergänzenden Bußgeldtatbestand?

So lässt sich am Ende dieser Untersuchung nicht abschließend klären, ob die Wahl eines zivilrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs für die überwiegende Zahl der lauterkeitsrechtlichen Zuwiderhandlungen mit Streuwirkung tatsächlich die richtige gesetzgeberische Entscheidung war. Die Frage wäre einer weiteren kritischen Beleuchtung mehr als wert. Gerade die Probleme der Berechnung und Abgrenzung von Verursachungsanteilen lassen sich, will man nicht auf das Kausalitätsprinzip als elementaren Bestandteil zivilrechtlicher Haftung verzichten, bei einem privatrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch im Lauterkeitsrecht kaum umgehen. Soweit dies aber tatsächlich zur Ineffektivität und Ineffizienz der Gewinnabschöpfung führt, sollte über Alternativen nachgedacht werden, die genau diese Probleme durch die Verhängung pauschal<sup>3070</sup> festzusetzender Zahlungsverpflichtungen löst. Wenn diese aber von der Höhe eines kausalen Schadens, eines kausalen Unlauterkeitsergebnisses und der anteilig aufgewandten Verletzungskosten unabhängig wären, sollten sie aus systematischen und rechtsstaatlichen Gründen öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein.

Oben wurde bereits angesprochen, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des lauterkeitsrechtlichen Bußgeldtatbestandes in § 20 Abs. 1 UWG inzwischen eine solche Lösung für die gerade im Zusammenhang mit § 10 UWG viel diskutierte Fallgruppe des unlauteren Direktmarketings geschaffen hat. Der Lauterkeitsverstoß wird dort nicht privatrechtlich durch Verbände, sondern dadurch geahndet, dass die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Kompetenz Verstöße ermittelt

---

<sup>3069</sup> Vgl. hierzu und zur marktfunktionalen Stellung der Verbraucher ausführlich *Fezer* in *Fezer*, UWG, § 1 Rn. 48 ff., 58 ff. m.w.N.

<sup>3070</sup> Einen Mechanismus, der „mit der gebotenen Pauschalierung Vorteile abschöpft und eine wirksame Prävention sichert“ hatte im Gesetzgebungsverfahren angesichts zu erwartender Ermittlungsschwierigkeiten der exakten Gewinnsumme schon der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf gefordert, BT-Drucks 15/1487, S. 34.



und zum Teil ganz erhebliche Bußgelder verhängt.<sup>3071</sup> Eine solche Behörden- bzw. Bußgeldlösung für weite Teile von Lauterkeitsrechtsverstößen widerspräche zwar nicht nur dem privatrechtlich geprägten Durchsetzungssystem im Lauterkeitsrecht, sondern auch einem gewissen „Trend“ der letzten Jahre zu mehr privater Rechtsdurchsetzung im Wettbewerbsrecht insgesamt, also auch im Kartellrecht mit seinem bisherigen Schwerpunkt auf behördlicher Aufsicht und Rechtsverfolgung.<sup>3072</sup> Es stellt sich jedoch die Frage, ob dieser Trend tatsächlich ein begrüßenswerter ist und ob die herkömmlichen Durchsetzungsinstrumente des deutschen Lauterkeitsrechts nicht ohnehin zumindest überdacht werden sollten. Die erste Öffnung des Lauterkeitsrechts für eine behördliche Sanktion<sup>3073</sup> in § 20 UWG könnte insoweit für einen beginnenden Paradigmenwechsel stehen.

**a) Grenzen effektiver zivilrechtlicher Durchsetzung im Lauterkeitsrecht**

Damit soll keinesfalls die Kapitulation des präventiv ausgerichteten, überkompensatorischen oder vermögensordnenden Rechtsschutzes im Zivilrecht herbeigeführt werden; nur ist dieser womöglich – zumal solange er nach wie vor von Rechtsprechung und Gesetzgeber in Deutschland eher vorsichtig gehandhabt wird – insbesondere aus Gründen der Kräfte- und Interessenverteilung im freien Wettbewerb nicht für alle Regelungsbereiche gleich gut geeignet. Für das Kartellrecht etwa kann wohl festgestellt werden, dass die neuen Rechtsfolgenregelungen des § 33 Abs. 3 S. 3 GWB und des § 34a GWB zwar theoretisch dem gesetzgeberischen Wunsch nach einer Stärkung privatrechtlicher Sanktionen entsprechen, bislang in der Praxis aber keine durchgreifende zusätzliche Durchsetzungswirkung entfalten. Im Recht des Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechtsschutzes dagegen funktioniert das System privatrechtlicher Durchsetzung im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes auch für übergeordnete Ordnungsziele

<sup>3071</sup> S. Einzelheiten oben unter Kap. IV. D. 1. d).

<sup>3072</sup> Nachw. s. oben Kap. II. A. 5.

<sup>3073</sup> Vgl. auch *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 30.

trotz aller Kritik und Verbesserungsmöglichkeiten zumindest bei herkömmlichen und nicht-digitalen Verletzungstatbeständen deutlich besser.<sup>3074</sup>

Als ein Ergebnis dieser Arbeit kann wohl festgehalten werden, dass die Gründe für diesen unterschiedlichen Wirkungsgrad der Ansprüche vor allem in der Art der jeweils betroffenen Schutzgüter und in deren Verhältnis zu den von der Rechtsordnung mit der Rechtsdurchsetzung betrauten Parteien liegen: Immaterialgüterrechte und das Persönlichkeitsrecht sind ihren Trägern ausschließlich zugeordnet; jene werden also schon aufgrund des sie individuell treffenden Schadenseinschlages, zumindest aber einer eigenen Betroffenheit immer ein starkes Interesse an der Durchsetzung ihrer Rechte haben. Die Güter- bzw. Ausschließlichkeitsqualität der immaterialgüterrechtlichen und persönlichkeitsrechtlichen Schutzrechte erleichtert darüber hinaus in vielen Fällen die Ermittlung der diesen zuzuordnenden Verwertungs- und Verletzungsvorgänge sowie Erlöse.

Lauterkeits- und Kartellrecht dagegen schützen ohne das Instrument ausschließlicher Sonderrechtszuweisungen und in erster Linie überindividuell Freiheit und Lauterkeit des Wettbewerbs als abstrakte Ziele. Über das rein präventive Instrument des negatorischen Rechtsschutzes, über Vertragsstrafeversprechen und im Einzelfall auch den Schadensersatzanspruch verfügten die Parteien speziell des Lauterkeitsrechts, ergo die Wettbewerber – denn das Lauterkeitsrecht wurde bis zur Reform des UWG von 2004 auf der Individualebene vor allem als Regelung zum Mitbewerberschutz verstanden –, über einen hinreichend starken konkret-individuellen Schutz und genügend Durchsetzungsanreize, um ihre Interessen zu verfolgen. Dieses System stößt dort an seine Grenzen, wo das Lauterkeitsrecht den Verbraucherschutz verstärkt als Schutzziel verfolgen soll, den Verbrauchern oder den Verbänden dabei aber keine eigenen effektiven Durch-

---

<sup>3074</sup> Eine Ausnahme bilden insoweit allerdings neuere Verletzungsformen wie beispielsweise globale Piraterie oder – insbesondere für den Bereich des Urheberrechts – massenhafte Rechtsverletzungen in Filesharing-Netzwerken, auf die allerdings auch eigene rechtliche Antworten gefunden werden müssen, vgl. zu letzterem eingehend *Nümann/Mayer* ZUM 2010, 321 ff.

setzungsmittel an die Hand gibt, die hinsichtlich der vor allem überindividuell relevanten Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen ein effektives und spürbares Gegengewicht gegenüber dem wirtschaftlichen Anreiz von Zuwiderhandlungen darstellen könnten.

Wenn man – bei allen offenen empirischen und handlungstheoretischen Fragen zur Erforderlichkeit ökonomischer Anreize für die aktivlegitimierte Verbände – als Konsequenz der zunehmenden Bedeutung des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht insbesondere den Verbrauchervertretungen eigene Klagerechte einräumt, wie mit § 10 UWG geschehen, so kann dies nur dann Rechtsdurchsetzungsdefizite beseitigen und die ansonsten ausfallende „Auslesefunktion des Marktes simulieren“<sup>3075</sup>, wenn die entsprechenden Ansprüche auch effektiv sind im Sinne einer Sanktionierung rechtswidrigen Verhaltens, das der Markt ansonsten belohnen würde. Hierbei scheint aber der Gewinnabschöpfungsanspruch im Lauterkeitsrecht für viele Fallgruppen von ähnlich begrenzter Wirksamkeit zu sein, wie es die Schadensersatzansprüche unter den Mitbewerbern hinsichtlich spezifisch verbraucherbezogener Sachverhalte bis heute sind. In beiden Fällen können je nach Konstellation ganz erhebliche Probleme bei der Ermittlung eines kausal durch die Zuwiderhandlung herbeigeführten Schadens oder des kausal auf die Zuwiderhandlung zurückgehenden Gewinns bestehen, die das jeweilige Instrument für eine ganze Reihe von Anwendungsfällen nahezu unbrauchbar macht. Damit stößt mangels hinreichender Anhaltspunkte für die konkrete Berechnung von Abschöpfungssummen der kollektive privatrechtliche Rechtsschutz im Lauterkeitsrecht an strukturell vergleichbare Grenzen wie die individuell-kompensatorische Rechtsdurchsetzung.<sup>3076</sup>

---

<sup>3075</sup> Alexander JZ 2006, 890, 894.

<sup>3076</sup> Schricker, der in den 1970er Jahren auch vor rechtsvergleichendem Hintergrund für eine Stärkung der Verbraucherverbandsklage eintrat, sah hingegen die Schwäche des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes noch in dessen bis dahin mangelhafter Organisation. Die Entwicklung vom „französischen“ Modell, das höchstens bei einzelnen Verbraucherbelangen die grundsätzliche privatrechtliche Regulierungssystematik des Lauterkeitsrechts zugunsten öffentlich-rechtlicher Sanktionsinstrumente verließ, hin zum „schwedischen“ Ombudsmanmodell beschreibt Schricker daher wie folgt: „Man versucht das privatrechtliche Sanktionssystem für den Verbraucher-

Insofern können gerade für den erst mit der Reform von 2004 ausdrücklich in das UWG aufgenommenen und seit der Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken<sup>3077</sup> im Jahre 2008 wesentlich gestärkten<sup>3078</sup> Aspekt des Verbraucherschutzes neue Wege der Rechtsdurchsetzung erforderlich werden, zumindest solange es trotz allem bei dem von *Neuberger* konstatierten „Funktionsunterschied“ zwischen Mitbewerber- und Abnehmerschutz im Wettbewerbsrecht bleibt, nach dem die Abnehmer dort nur generell-abstrakten, die Wettbewerber dagegen den bereits genannten individuell-konkreten Schutz genießen,<sup>3079</sup> und soweit – wie im Fall der Bagatell- und Streuschäden – der den Abnehmern bzw. Verbrauchern aus anderen Rechtsquellen zustehende Rechtsschutz in der Praxis typischerweise ausfällt oder nicht wahrgenommen wird. Denn der Wettbewerb als solcher ist blind gegenüber Rechtsverstößen,<sup>3080</sup> und wo das Eigeninteresse der konkret-individuell geschützten Marktteilnehmer an der Rechtsverfolgung fehlt, besteht grundsätzlich die Gefahr von Durchsetzungsdefiziten. Entsprechend unterscheidet im Übrigen etwa die französische und italienische Rechtstradition im Lauterkeitsrecht zwischen Mitbewerber- und Verbraucherschutz: Sobald Verbraucherbelange betroffen sind, greifen über den Bereich des Privatrechts hinaus Sanktionsmittel des öffentlichen Rechts.<sup>3081</sup>

### **b) Modell eines Bußgeldtatbestands neben der Gewinnabschöpfung**

Private Durchsetzungstradition und Verbraucherschutz im Lauterkeitsrecht stehen also in einem Spannungsverhältnis zueinander. Solange eine effektive pri-

---

schutz nutzbar zu machen; sieht sich vor der Notwendigkeit, der Reaktionsschwäche der Verbraucher durch die Initiative staatlicher Stellen aufzuhelfen und endet bei einem stark öffentlich-rechtlich geprägten System, das in das Gebiet des Konkurrentenschutzes hinübergreift.“, *Schricker* GRUR Int 1973, 694, 696. Eine ähnliche Entwicklung wäre nun im deutschen Recht und für einzelne Teilbereiche des Lauterkeitsrechts denkbar, wenn auch nicht mehr aus Gründen mangelnder Bündelung von Verbraucherinteressen, sondern wegen der Grenzen effektiven privatrechtlichen Rechtsschutzes für bestimmte Fallkonstellationen.

<sup>3077</sup> S. oben Fn. 11.

<sup>3078</sup> Vgl. oben Fn. 754.

<sup>3079</sup> Da die Abnehmer individuell-konkreten Schutz über das Allgemeine Zivilrecht genießen, vgl. *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 131.

<sup>3080</sup> Vgl. *Alexander* JZ 2006, 890, 893 f.

<sup>3081</sup> S. hierzu und zu weiteren ausländischen Durchsetzungsmodellen im Lauterkeitsrecht *Schricker* GRUR Int 1973, 694 ff. sowie v. *Braunmühl* in Fezer, UWG, § 10 Rn. 43 ff., jew. m.w.N.

vatrechtliche Rechtsdurchsetzung über den negatorischen Rechtsschutz hinaus in bestimmten Fallgruppen nicht in Sicht ist, spricht daher zumindest für solche Konstellationen vieles dafür, neben dem zivilrechtlichen Rechtsfolgensystem auch die Verhängung einer nach pauschalen Sätzen zu berechnenden Zahlungsverpflichtung durch staatliche Stellen zu ermöglichen. Einen ersten „revolutionären“<sup>3082</sup> Schritt für eine wirksamere Abschreckung in diesem Sinne hat der Gesetzgeber schon getan, indem er mit der Schaffung des § 20 UWG gegenüber belästigendem Telefonmarketing „die Daumenschrauben angezogen“<sup>3083</sup> hat. Der Damm der privaten lauterkeitsrechtlichen Durchsetzungsdoktrin ist damit gebrochen, ohne dass es deshalb zu einem rechtspolitischen Aufschrei gekommen wäre. Auch nach Ansicht *Alexanders* wird es dem Gesetzgeber daher in Zukunft „ein Leichtes“ sein, auf § 20 Abs. 1 UWG weitere Bußgeldtatbestände „aufzusatteln“.<sup>3084</sup> In diesem Fall käme bei den betreffenden Lauterkeitsverstößen auch die öffentlich-rechtliche Officialmaxime zum Tragen, der bei einer privatrechtlichen Lösung zugunsten der Dispositionsmaxime ausfällt.<sup>3085</sup> Auch das Argument, dass im Falle einer behördlichen Rechtsverfolgung die „Zugangsbarriere“ für den einzelnen Verbraucher höher liege als gegenüber Verbraucherverbänden,<sup>3086</sup> kann letztlich nicht überzeugen, da eine bürgernah und effektiv im Sinne des Verbraucherschutzes arbeitende Behörde in der Öffentlichkeit zumindest mittelfristig sicher positiv aufgenommen würde.

Eine solche Sanktion mag daher dem bisherigen Durchsetzungssystem des Lauterkeitsrechts widersprechen, sie könnte sich aber zur Verteidigung der im Übrigen nach wie vor eher vernachlässigten Verbraucherinteressen als erforderlich

---

<sup>3082</sup> So *Glöckner* in Harte/Henning, UWG, Einl. B Rn. 415, über seinen eigenen Vorschlag, in Anlehnung an entsprechende gemeinschaftsrechtliche Tendenzen eine Verbraucherbehörde zur Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zu installieren; s. dazu schon oben Fn. 2542.

<sup>3083</sup> So die anschauliche Formulierung von *Köhler* NJW 2009, 2567, 2568.

<sup>3084</sup> *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 30.

<sup>3085</sup> Vgl. *Micklitz/Stadler* in Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht, S. 1218 f.

<sup>3086</sup> *Oppermann/Müller* GRUR 2005, 280, 284; zust. *Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 65.

erweisen.<sup>3087</sup> Im Übrigen spricht zwar die Abführungspflicht der Abschöpfungserträge an den Bundeshaushalt keinesfalls dafür, dass die Gewinnabschöpfung *de lege lata* zivilrechtsfremd oder gar verkappt strafend ausgerichtet wäre; ein öffentlich-rechtlich ausgestalteter Bußgeldtatbestand wäre jedoch systematisch wesentlich stimmiger, will man den Zuwiderhandelnden tatsächlich gerade zu Gunsten der öffentlichen Hand belasten.<sup>3088</sup> Soweit der Gesetzgeber das Instrument im Sinne eines kollektiv-privatrechtlichen Rechtsschutzes als Bündelung individueller Abnehmerinteressen würde anlegen wollen, ist auch hier noch kein Königsweg gefunden. In keinem der Vorentwürfe war eine anteilige Auskehr der Gewinnbeträge an geschädigte Abnehmer vorgesehen. Gerade in den Fällen nur geringfügiger Einzelschäden oder wirtschaftlich schwer messbarer Beeinträchtigung bei den einzelnen Abnehmern ist eine solche Auskehr schlicht unpraktikabel bis unmöglich; wohl auch deshalb bot sich die Abschöpfung nicht eines Kollektivschadens auf Abnehmerseite, sondern des Unrechtsgewinns auf Seiten des Zuwiderhandelnden als Sanktion an. Die Lösung über einen privatrechtlichen Anspruch war dann allerdings zur Durchsetzung der übergeordneten Ordnungsziele des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit im Wettbewerb keinesfalls zwingend; eine öffentlich-rechtliche Lösung läge bei unbefangener Betrachtung genauso nahe, wenn nicht näher.<sup>3089</sup> Unter Praktikabilitäts- und unter generalpräventiven Gesichtspunkten ist sie den bisherigen zivilrechtlichen Modellen „strukturell überlegen“. <sup>3090</sup> Sie stünde *last but not least* auch im Einklang mit den Entwicklungen zum Verbraucherschutz im Gemeinschaftsrecht,

---

<sup>3087</sup> Anders allerdings ausdrücklich Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 22.

<sup>3088</sup> Ähnlich von *Holleben* zur Frage der Verhältnismäßigkeit einer Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, wenn diese an die öffentliche Hand abgeführt werden müsste: „Eine solche Rechtsfolge hätte im Zivilrecht notwendigerweise keinen Platz und müsste in einer öffentlich-rechtlichen Norm geregelt werden“, allerdings aus dem Grunde, dass der Eingriff in die betroffenen Freiheitsrechte aus Art. 14 Abs. 1, Art. 2 GG dann schwerer wiege, v. *Holleben*, Geldersatz, S. 84 m.w.N.

<sup>3089</sup> A.A. *Schricker* GRUR Int 1973, 694, 698 ff., der sich damals vielmehr für einem Ausbau der privatrechtlichen Verbraucherverbandsklage aussprach; i.E. wohl ebenso *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 408.

<sup>3090</sup> *Glöckner* in *Harte/Henning*, UWG, Einl. B Rn. 417 (Rn. doppelt vergeben).

das insoweit von einer behördlichen Aufsichts- und Durchsetzungsbefugnis auszugehen scheint.<sup>3091</sup>

### c) Möglichkeiten der Ausgestaltung

Anders als im Kartellrecht besteht allerdings im Lauterkeitsrecht bisher keine behördliche Infrastruktur zur Rechtsdurchsetzung.<sup>3092</sup> Im Falle der illegalen Telefonwerbung, die über den Bußgeldtatbestand des § 20 Abs. 1 UWG sanktioniert wird, hat sich die Wahl der Bundesnetzagentur als zuständige Verwaltungsbehörde aufgrund ihrer Sachnähe angeboten. Für die übrigen Fallkonstellationen, in denen die Anwendung des § 10 UWG erschwert ist und für die ebenfalls ein Bußgeldtatbestand in Frage käme – Werbung mit unzutreffenden Urteilen der Stiftung Warentest, mit Mondpreisen oder Lockangeboten etwa oder Werbung oder Vertriebsformen mit einzelnen, in der Kausalitätskette nur schwer isolierbaren Unlauterkeitselementen – liegt kein entsprechender Sonderzusammenhang vor. Insoweit würde es sich vielmehr anbieten, die Zuständigkeit einer Verbraucherschutzbehörde,<sup>3093</sup> etwa dem Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit als selbständiger Bundesoberbehörde (§ 1 BVLG), zu übertragen.<sup>3094</sup> Nicht erforderlich dürfte es dagegen sein, eine entsprechende Behörde erst neu zu installieren.<sup>3095</sup>

Ob eine solche Aufgabenübertragung in Zeiten leerer öffentlicher Kassen umsetzbar und realistisch ist, ist letztlich eine Frage auch der Gewichtung von Ver-

---

<sup>3091</sup> *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 30; vgl. dazu schon oben unter Kap. IV. D. 1. d) sowie die Erwägungsgründe zur Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (oben Fn. 2540), ABl. EU L 364 vom 9.12.2004, S. 1 ff. und *Glöckner* in *Harte/Henning*, UWG, Einl. B Rn. 404 ff.

<sup>3092</sup> Vgl. auch ausführlich und unter rechtsvergleichenden Aspekten *Schricker* GRUR Int 1973, 694, 698 f.

<sup>3093</sup> Zum Vorschlag einer „Abwicklung“ des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs über die Kartellämter vgl. aber *Deuss*, *Paschke* und *Spindler* bei der Anhörung vor dem Rechtsausschuss (6. Ausschuss) vom 14.1.2004, 15. Wahlperiode, Protokoll Nr. 38, S. 39 ff.

<sup>3094</sup> Falls man nicht auch insoweit Kontrolle und Sanktionierung auf lokaler Ebene für notwendig hält, vgl. *Schricker* GRUR Int 1973, 694, 698. Diese Forderung scheint allerdings angesichts der ebenfalls zentral ausgeübten Klagebefugnis der nach § 10 UWG berechtigten Verbände und Einrichtungen nicht zwingend.

<sup>3095</sup> Obwohl *Borck* hierzu etwas mokant anmerkt, dass der Verwaltungsaufwand, der durch die Einrichtung einer entsprechenden Stelle entstünde, wahrscheinlich wesentlich geringer bliebe als der, der sich bereits aus den Regelungen der aktuellen Absätze 2 ff. des § 10 UWG ergeben müsse, *Borck* WRP 2004, 1440, 1443.

braucherschutzbelangen im Lauterkeitsrecht. Die Verbraucher- und Wettbewerbsverbände könnten dann jedenfalls, ohne selbst das Risiko der Rechtsdurchsetzung tragen zu müssen, mit der Verwaltungsbehörde kooperieren und zur Ermittlung von Zuwiderhandlungen durch ihre Vernetzung mit den Verbraucherzentralen und ihren weiteren Mitgliedern beitragen, wo sie nicht selbst eine realistische eigene Klagemöglichkeit etwa über § 10 UWG sehen. Die Verfolgungsintensität könnte hierdurch wohl deutlich gesteigert werden.<sup>3096</sup>

Um eventuellen Vorbehalten gegen eine gleichsam galoppierende „Verstaatlichung“ der lauterkeitsrechtlichen Regulierung vorzubeugen, könnten im Übrigen auch die Bußgeldregelungen, ähnlich wie heute die Gewinnabschöpfung, auf solche Fälle beschränkt werden, in denen es sich bei den Verstößen um Zuwiderhandlungen mit Breitenwirkung und der Folge unmittelbarer Beeinträchtigungen von Abnehmern bzw. Verbrauchern handelte. Damit wäre auch dem Funktionsunterschied zwischen privatrechtlicher Durchsetzung des individuellen Mitbewerberschutzes und öffentlich-rechtlicher Durchsetzung des überindividuellen Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht<sup>3097</sup> Rechnung getragen.

## **5. Offene Fragen zur Tatbestandsgestaltung eines neuen Gewinnabschöpfungsanspruchs**

Von der Entscheidung über eine mögliche Ergänzung der privatrechtlichen Gewinnabschöpfung durch einen auf die generelle Verbesserung des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht ausgerichteten Bußgeldtatbestand sowie den Ergebnissen einer vertieften Analyse der ökonomischen Auswirkungen eines privatrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs sollte schließlich die Entscheidung über die Erforderlichkeit und gegebenenfalls Ausgestaltung weiterer Tatbestandsänderungen abhängig gemacht werden:

---

<sup>3096</sup> Vgl. – wenn auch wohl bezogenen auf die Option einer ausschließlich staatlichen Zuständigkeit – die Anmerkung von *Borck* WRP 2004, 1440, 1443.

<sup>3097</sup> Vgl. noch einmal *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 131.



So wurde oben die Option diskutiert, in Fällen erschwerter Gewinnermittlung dem Richter eine widerlegliche Vermutung an die Hand zu geben, nach der als unlauterer Mindestgewinn der Betrag veranschlagt werden könnte, den der Zuwiderhandelnde für die Verletzung aufgewandt hat. Da auch dieser Betrag einer Kausalitätsbegrenzung unterliegen müsste, wären, wie gezeigt, nützliche Anwendungsfälle einer solchen Regelung eigentlich nur die Fälle unzulässigen Direktmarketings und von Lockangeboten. Inwieweit es angesichts der aufgezeigten Alternativen sinnvoll wäre, nur für diese Fallgruppen eine entsprechende gesetzliche Regelung zu schaffen, ist zweifelhaft, soll hier aber dahingestellt bleiben. Denn die Antwort auf diese Frage sollte zum einen vom Ergebnis einer echten ökonomischen Effizienzanalyse der Gewinnabschöpfung, zum anderen davon abhängig gemacht werden, wie groß die Chancen sind, den Unlauterkeitstatbeständen insgesamt mit einer Bußgeldregelung – die wohl auch für die letztgenannten Fallgruppen hinsichtlich des Verhältnisses von zu erreichender Präventionswirkung zum Prozess- und Verfolgungsaufwand wesentlich effizienter sein dürfte – zu begegnen.

Ähnliches gilt für die Frage der Neujustierung von Durchsetzungsrisiken und – anreizen für die anspruchsberechtigten Verbände. Für die ganz problematischen Fallgruppen wäre mit der Lösung über zusätzliche Bußgeldtatbestände auch die Frage der Anreizdefizite deutlich entschärft, da gerade in Fällen erschwerter Nachweisführung und insbesondere Gewinnermittlung die Entscheidung über die Rechtsverfolgung an die zuständige Behörde weitergegeben werden könnte. In klaren Fällen könnten die Verbände hingegen nach wie vor selbst tätig werden. Ob dies angesichts der Nachrangigkeit, die die Gewinnabschöpfung auch gegenüber diesem neuen Bußgeldtatbestand hätte, überhaupt noch häufig der Fall wäre, oder ob sich nicht eine Konstellation ähnlich wie bei der bisher in der

Praxis völlig irrelevanten Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB ergäbe,<sup>3098</sup> bliebe zwar abzuwarten. Die Chancen für ein ergänzendes Ineinandergreifen der privatrechtlichen Gewinnabschöpfung durch Verbände und Einrichtungen mit Instrumenten öffentlich-rechtlicher Rechtsdurchsetzung dürften allerdings im Lauterkeitsrecht besser stehen als im Kartellrecht, da die Verbände bei der Verfolgung von Lauterkeitsverstößen schon bislang eine ganz wesentliche Rolle spielen, während dies bei Kartellverstößen bisher nicht der Fall ist.

Ebenso wenig kann ohne eine vertiefte Untersuchung der Anreiz- und Durchsetzungsmechanismen bei Verbandsansprüchen eine seriöse Aussage über das erforderliche Maß an wirtschaftlichem Anreiz und Risikoabfederung getroffen werden. Wenn sich der Verband auf die Durchsetzung ganz offensichtlicher Verstöße beschränkte und/oder wenn der Anspruch auf grob fahrlässige Verstöße erweitert würde, blieben auf der Nachweisebene und der Ebene der Gewinnermittlung zwar gewisse Durchsetzungs- und Prozessrisiken bestehen, diese wären allerdings im Vergleich zur jetzigen Rechtslage wesentlich geringer. Was aber wäre dann eine sinnvolle Lösung im Sinne eines angemessenen Risikoausgleichs? Auch diese Frage muss hier weitgehend offen bleiben. Eine Ausgestaltung des Anspruchs auf eigene Rechnung der Verbände stellt sich zwar nach wie vor zunächst als bestechend einleuchtend dar, würde aber tatsächlich die Einführung eines Klageregisters erfordern und vor allem – insbesondere wenn man sich tatsächlich für eine Bußgeldlösung zusätzlich zu § 10 UWG entschiede – womöglich zu ernsthaften Interessenkollisionen unter den Aktivlegitimierten führen.<sup>3099</sup> Ein besserer Anfang wäre stattdessen, wenn der Gesetzgeber zunächst eine zweckgebundene Verwendung der abgeführten Abschöpfungssummen für Verbraucherschutzbelange festschriebe und zu-

---

<sup>3098</sup> Wo die Nachrangigkeit gegenüber behördlichen Maßnahmen im Zusammenhang mit den hohen tatbestandlichen Anforderungen der privatrechtlichen Vorteilsabschöpfung dazu geführt hat, dass der Anspruch in der Praxis bisher völlig bedeutungslos ist, vgl. oben Kap. II. C. 2. b).

<sup>3099</sup> Die Interpretation *Schaubs*, die Anordnung der Abführungspflicht an die Staatskasse erhöhe möglicherweise die Präventionswirkung des § 10 UWG, kann dagegen nicht gänzlich überzeugen, vgl. *Schaub* GRUR 2005, 918, 923.

gleich wenigstens die Erstattungsansprüche des erfolgreichen Verbandes nicht mehr auf die tatsächlich vollstreckbare Summe begrenzt würden.

**C. Fazit**

Die von *Dreier* für den Bereich des Geistigen Eigentums formulierte und letztlich auch für das Wettbewerbsrecht entscheidende Frage, ob das „Programm“ des Deliktsschutzes sich per se auf einen Ausgleich beschränke oder umgekehrt der Ausgleich nur Mittel sei, um den Güterschutz – bzw. für das Wettbewerbsrecht allgemeiner formuliert: die Rechtsgeltung – als oberste Priorität durchzusetzen,<sup>3100</sup> beantwortet die Rechtsprechung zur dreifachen Schadensberechnung seit der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung konkludent in letzterem Sinne. Im Bemühen um eine effektivere Durchsetzung des Lauterkeitsrechts und überindividueller Verbraucherschutzbelange gegenüber lukrativen Zuwiderhandlungen hat der Gesetzgeber die in dieser Rechtsprechung erkennbare Betonung und Verselbständigung zivilrechtlich ausgestalteter Verhaltenssteuerung aufgegriffen und das deutsche Zivilrecht mit dem lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch legitimerweise um ein unmittelbar auf Prävention ausgerichtetes Haftungsinstitut erweitert.

Ob allerdings § 10 UWG – ganz zu schweigen von der Schwestervorschrift des § 34a GWB – sein „Mauerblümchendasein“ wird beenden können,<sup>3101</sup> wird die Zukunft zeigen. Es dürfte Skepsis angebracht sein. Denn der Gewinnabschöpfungsanspruch *de lege lata* leidet unter einigen strukturellen Schwächen, die seine Durchsetzung erheblich erschweren; auch die Möglichkeit, einige Auslegungssätze und Erfahrungen aus der übrigen Rechtspraxis, insbesondere zur Haftung auf den Verletzergewinn im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung, auf § 10 UWG zu übertragen, hilft hierüber nur teilweise hinweg. Namentlich das Vorsatzerfordernis und die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des kausal auf die Unlauterkeit zurückgehenden Gewinnanteils, aber auch das hohe Durchsetzungsrisiko, dem insoweit keine eigenen Ertragsmöglichkeiten der

---

<sup>3100</sup> *Dreier* GRUR Int 2004, 706, 708.

<sup>3101</sup> *Alexander* JZ 2006, 890, 891.

Kläger gegenüberstehen, machen den Anspruch zu einem wenig effektiven Präventionsinstrument. Dabei wären durch Nachbesserungen bei der Tatbestandsgestaltung innerhalb der vorgegebenen Systematik gewisse Effektivitäts- und Effizienzsteigerungen durchaus möglich. Angesichts verbleibender Fragen und der Vielzahl bereits vorliegender Änderungsvorschläge kann und soll an dieser Stelle zwar nicht ein weiterer<sup>3102</sup> vollständiger Regelungsentwurf zur Neufassung des § 10 UWG angeboten werden. Einige Ergebnisse lassen sich dennoch festhalten und in einem fragmentarischen Lösungsvorschlag darstellen:

Um die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG effektiver zu gestalten, sollte ihr Verschuldensmaßstab auf grobe Fahrlässigkeit herabgesenkt werden. Das Prinzip der Nettogewinnabschöpfung unter Berücksichtigung der *Gemeinkostenanteil*-Grundsätze sollte beibehalten, das Merkmal „zu Lasten“ allerdings ersetzt werden: Die Betroffenheit einer „Vielzahl“ von Abnehmern durch die Zuwiderhandlung sollte (nur) als solche Tatbestandsvoraussetzung sein, ohne in einen grammatikalischen Bezug zur Gewinnhöhe gesetzt zu werden.<sup>3103</sup>

Der erste Absatz des § 10 UWG könnte dann wie folgt lauten:

*Wer vorsätzlich oder grob fahrlässig eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, die eine Vielzahl von Marktteilnehmern, die keine Mitbewerber sind, beeinträchtigt, und durch diese einen Gewinn erzielt, kann von den gemäß § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses Gewinns an den*

---

<sup>3102</sup> S. aus jüngerer Zeit vor allem *Micklitz/Stadler* in *Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 1350; *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 243 (weitgehend zurückzuführen auf den vorgenannten Vorschlag von *Micklitz/Stadler*); *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 185; bewusst auf einen Regelungsvorschlag verzichtet dagegen auch *Neuberger*, vgl. *Neuberger*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 212; umfangreiche Verbesserungsvorschläge ohne einen letztendlichen Formulierungsvorschlag macht *Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung, S. 245 ff.

<sup>3103</sup> Ähnlich *Gärtner*, der dies allerdings über ein Vorziehen des Merkmals „zu Lasten“ zur Tatbestandsvoraussetzung der Zuwiderhandlung lösen möchte, vgl. *Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch, S. 185.

*Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden. Der Bundeshaushalt setzt die abgeschöpften Mittel für Aufgaben des Verbraucherschutzes ein.*

Ein Wahlrecht des Verletzers, im Zweifel den Betrag der für die Zuwiderhandlung aufgewendeten Kosten als „Mindestgewinn“ herauszuverlangen, brächte wie oben dargelegt höchstens für Einzelfälle einen Effektivitätsvorteil. Ein entsprechender Regelungsvorschlag findet sich allerdings bei *Fehlemann*.<sup>3104</sup>

Die einschränkende Regelung zur Kostenerstattung in § 10 Abs. 4 S. 3 UWG ist zu streichen.

Darüber hinaus ist festzuhalten: Solange die Durchsetzung des § 10 UWG auf Seiten beider Parteien zu hohen Kosten und insbesondere bei den Aktivlegitimierten zu hohen Risiken führt, während zugleich sein verhaltenssteuernder Effekt fraglich ist, bietet sich unbedingt eine grundlegende juristisch-ökonomische Effizienzüberprüfung des Anspruchskonzepts unter Berücksichtigung der ökonomischen Gewichtung des Abnehmer- und Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht an. Anhand einer solchen ließe sich – bereits unter Berücksichtigung der oben aufgezeigten Möglichkeiten einer relativen Effektivitätssteigerung durch die Herabsenkung des Verschuldensmaßstabes – näher untersuchen, ob eine fallübergreifende privatrechtliche Gewinnabschöpfungsregelung überhaupt ein geeignetes und wirksames Mittel zur verbesserten Rechtsdurchsetzung und Stärkung des Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht darstellen kann.

In der Praxis bleibt ansonsten abzuwarten, ob die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung ohne ausdrückliche Eingrenzung auf einen bestimmten Katalog von Rechtsverstößen bestehen bleiben kann bzw. ob sie sich nicht faktisch über

---

<sup>3104</sup> Vgl. Abs. 1 S. 3 des Regelungsvorschlages bei *Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche, S. 241: „Der Gläubiger kann wahlweise vom Schuldner den Betrag herausverlangen, den dieser für die Vornahme der unlauteren Handlung aufgewendet hat.“

---

kurz oder lang auf bestimmte Fallgruppen beschränken wird. Für die übrigen Fallgruppen könnten einzelne privatrechtliche Sonderregelungen, besser aber weitere Bußgeldtatbestände eine angemessene Lösung oder zumindest eine Ergänzung<sup>3105</sup> des zivilrechtlichen Lauterkeitsschutzes darstellen, die dem übergeordneten Ordnungsziel insbesondere des Verbraucherschutzes gerecht würde. Wann es tatsächlich zu einer effektiveren Rechtsdurchsetzung auch im Sinne des Verbraucherschutzes im deutschen Lauterkeitsrecht kommen wird, ist zuletzt eine rechtspolitische Frage, die insbesondere von den Entwicklungen des europäischen Gemeinschaftsrechts abhängen kann. Bis auf Weiteres sei daher auf eine Aussage *Köndgens* verwiesen, mit der dieser die zivilrechtliche Gewinnabschöpfung als Sanktion von Vertragsbrüchen hochhält: „Irgendeine Sanktion“ sei „immer noch besser (...) als überhaupt keine“.<sup>3106</sup>

---

<sup>3105</sup> Vgl. *Glöckner* in *Harte/Henning*, UWG, Einl. B Rn. 416 f.

<sup>3106</sup> *Köndgen* *RabelsZ* 56 (1992), 696, 724.

## Kapitel VI. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

### Grundlagen (Kap. II)

- Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG, der Herausgabeanspruch auf den Verletzergewinn im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung und der Anspruch auf Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Medien wurzeln in unterschiedlichen Rechtsbereichen, die aber alle durch ein überwiegend privatrechtlich geprägtes Durchsetzungssystem gekennzeichnet sind. Die Einführung des Vorteilsabschöpfungsanspruchs nach § 34a GWB steht daneben für die Absicht des Gesetzgebers, das private *enforcement* auch im Kartellrecht zu stärken. Zum Teil objektbezogen, zum Teil verhaltensbezogen, teils vor allem individuell, teils stark überindividuell ausgerichtet, ist allen genannten Ansprüchen gemeinsam, dass sie aus einem materiellen Spannungsfeld aus Freiheits- oder Innovationsinteressen einerseits und gesteigerten Präventionsbedürfnissen andererseits entstanden sind.
- Ein unmittelbarer Anspruch auf die Herausgabe oder Abschöpfung eines konkret ermittelten Gewinns erwächst dem Aktivlegitimierten nur im Fall der dritten Schadensberechnungsart im Immaterialgüterrecht und der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG. Im Fall der Geldentschädigung nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Medien und bei § 33 Abs. 3 S. 3 GWB ist der Gewinn nur ein Faktor, der neben anderen bei der Ermittlung der Höhe des Herausgabeanspruchs herangezogen werden kann. Da die Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB in der Praxis bisher keine Rolle spielt, ist für die Auslegung des § 10 UWG daher vor allem der Vergleich mit der Gewinnherausgabe im Rahmen der dreifachen Schadensberechnungsart interessant.
- Anders als beim Gewinnherausgabeanspruch im Immaterialgüterrecht, der als Schadensberechnungsmethode grundsätzlich den Voraussetzungen des



Deliktsrechts unterliegt, handelt es sich bei der Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG um eine neuartige privatrechtliche Rechtsfolge *sui generis*, die ausdrücklich nicht dem Schadensersatzrecht und auch sonst keinem systematisch dominanten Element zugeordnet werden kann, und die auch insgesamt mehr ist als eine Kombination von Elementen verschiedener Anspruchstypen.

- Auch wenn der Gewinnabschöpfungsanspruch unter Berücksichtigung seines Normzwecks daher grundsätzlich aus sich heraus „autonom“ auszulegen ist, können Grundsätze und Erkenntnisse aus der Anwendung der immaterialgüterrechtlichen Gewinnhaftung für die Auslegung des § 10 UWG hilfreich sein, soweit zwischen den zugrundeliegenden Problemstellungen und Anspruchskonzeptionen eine Vergleichbarkeit oder ein innerer Zusammenhang bestehen, die aber auch bei der gemeinsamen Rechtsfolge „Gewinnherausgabe“ nicht ohne weitere Überprüfung vorausgesetzt werden können. Schließlich ist stets zu beachten, dass das Immaterialgüterrecht einen vorrangig individuellen und objektbezogenen Schutz bietet, während das Lauterkeitsrecht verhaltensbezogen angelegt und in höherem Maße auf die Wahrung überindividueller Interessen ausgerichtet ist.

### Ergebnisse des Strukturvergleichs (Kap. III)

- Der bei der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts vorherrschende negatorische Rechtsschutz wirkt nur für die Zukunft, Schadensersatzansprüche der Mitbewerber fallen schon wegen der Nachweisschwierigkeiten eines konkreten Schadens oft von vorneherein aus. Auch mit der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen der Abnehmer muss der Zuwiderhandelnde insbesondere bei Bagatell- und Streuschäden nicht rechnen, da die Abnehmer hieran zumeist ein rationales Desinteresse empfinden. Die herkömmlichen Instrumentarien verhindern damit nicht,

dass sich einzelne unlautere Wettbewerbshandlungen für den Zuwiderhandelnden im Ergebnis lohnen. Der Gewinnabschöpfungsanspruch des UWG soll die Rechtsdurchsetzungslücke schließen, die sich im Wettbewerbsrecht insbesondere dort zeigt, wo lukrative Wettbewerbsverstöße sich vor allem zu Lasten der Abnehmer, insbesondere der Verbraucher, zumindest aber nicht unmittelbar nachteilig nur für die Konkurrenten auswirken. Ziel der Vorschrift ist damit vor allem die Prävention, soweit andere (auch) präventiv wirkende Rechtsfolgen versagen. Die unmittelbar am Verbraucherschutz ausgerichtete Regelung soll reflexhaft Schutz auch zugunsten der lauter handelnden Mitbewerber entfalten, die von der Erhaltung und Durchsetzung eines lautereren Wettbewerbs profitieren.

- Begrenzt wird der Präventionsgedanke durch einen einseitigvermögensordnenden Ansatz: Soweit dem Täter der Gewinn bereits aufgrund anderer Zahlungsverpflichtungen entzogen wurde, die ebenfalls auf der Zuwiderhandlung beruhen, besteht ein Präventionsbedürfnis nur noch bezüglich des bei ihm verbliebenen Gewinnanteils. Nicht in diesem Sinne anrechnungsfähig sind dabei nur Rechtsverfolgungs- und Abmahnungskosten. Insbesondere geht auch der strafrechtliche Verfall der Gewinnabschöpfung vor. Bei Geldbußen wird insoweit keine Aufspaltung in sanktionierende und abschöpfende Elemente vorgenommen, auch sie sind vom ursprünglichen Betrag der Abschöpfungssumme vielmehr in vollem Umfang abzuziehen.
- Die Verletzergewinnhaftung als dritte Schadensberechnungsmethode stellt ihrerseits wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit der Immaterialgüterrechte den Verletzten auch bei schon fahrlässigem Verhalten des Verletzers so wie den Geschäftsherrn bei der angemessenen Eigengeschäftsführung. Insbesondere seit der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung des BGH wird auch hierbei – neben dem Kompensationsansatz – der Präventionsaspekt ganz offen betont. Indem die Rechtsprechung seit der *Tripp-*

*Trapp-Stuhl*-Entscheidung auch eine Abschöpfung des Verletzergewinns auf grundsätzlich allen Stufen einer Verletzerkette ermöglicht, erfährt der Aspekt der Verhaltenssteuerung unter den Normzielen des immaterialgüterrechtlichen Gewinnherausgabeanspruchs eine zusätzliche Stärkung.

- Die Schwelle zur Annahme fahrlässigen Verhaltens ist im Wettbewerbsrecht und im Immaterialgüterrecht vergleichbar niedrig. Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG greift jedoch nur bei vorsätzlichen Zuwiderhandlungen. Begründet wird dies mit Erwägungen zum Schutz des unlauter Handelnden vor einem übermäßigen Verfolgungsrisiko.
- Der Vorsatz im Rahmen des § 10 UWG entspricht dem zivilrechtlichen Vorsatzbegriff. Er setzt beim Zuwiderhandelnden ein Wissen und Wollen der Zuwiderhandlung voraus, auch im Sinne eines Bewusstseins der Unlauterkeit. Der Anspruchsteller ist bezüglich des Vorsatzes beim Zuwiderhandelnden beweispflichtig. Eine Beweislastumkehr ist insoweit ausgeschlossen, es kann im Einzelfall höchstens der Anscheinsbeweis greifen. Als Indizien können etwa vorherige Abmahnungen gegenüber dem Zuwiderhandelnden wirken, eine pauschale Präjudizwirkung kommt diesen aber nicht zu. Die Annahme des Vorsatzes sollte jedenfalls (auch zeitlich) nicht von einer vorangegangenen Abmahnung abhängig gemacht werden. Problematisch bleiben die Fragen der Behandlung von Rechtsirrtümern und der Möglichkeit einer Exkulpation in solchen Fällen, in denen der Zuwiderhandelnde im Vorfeld auf rechtliche Risiken hingewiesen wurde. Bei der Durchsetzung des § 10 UWG erweist sich das Vorsatzerfordernis bisher insgesamt als deutliche Hürde für die Anspruchsberechtigten, ohne allerdings den Anspruch unanwendbar zu machen.
- Auch wenn sich ein Wettbewerbsverstoß nicht in vergleichbar regelmäßiger Weise auf einen konkreten Verletzungsgegenstand bezieht wie eine Immaterialgutsverletzung, lassen sich die Grundsätze der Rechtsprechung zum Kostenabzug bei der Gewinnberechnung (Grundsätze der *Gemein-*

*kostenanteil*-Rechtsprechung) aus dem Immaterialgüterrecht auf die Praxis des § 10 UWG übertragen. Weitere Anhaltspunkte lassen sich auch für die Ermittlung des kausal auf die Unlauterkeit zurückzuführenden Gewinnanteils ableiten, etwa dass neben dem Lauterkeitsverstoß nur „besondere“ weitere Verursachungsanteile berücksichtigt werden sollten.

- Darüber hinaus zeigt sich allerdings auch, dass in einer Vielzahl lauterkeitsrechtlicher Fallgruppen, insbesondere in Fällen sogenannter Mondpreise, Lockangebote und einzelner, nicht-beherrschender irreführender Elemente in komplexen Werbe- oder Vertriebszusammenhängen, die herkömmlichen Ermittlungsmethoden nur einen verhältnismäßig geringen unlauteren Kausalanteil am Gesamtgewinn und damit einen geringen Herausgabebetrag ergeben werden.
- Auch im Immaterialgüterrecht können allerdings komplexe Kausalitätszusammenhänge die Ermittlung des Verletzergewinns erschweren. In besonderem Maße gilt dies für das Kennzeichenrecht, das über lange Zeit als reine Verbotsnorm und nicht als Ausschließlichkeitsrecht angesehen wurde und dessen Verletzung insoweit ganz ähnliche Fragestellungen der Erlöszuordnung aufwirft, wie sie bei einigen Lauterkeitsverstößen typischerweise auftreten. Auch dort kann jedoch der Gesamtgewinn aus dem Geschäft mit einem Produkt dann herausverlangt werden, wenn er ganz überwiegend auf der Rechtsverletzung beruht. Dies lässt sich auf die Gewinnermittlung bei § 10 UWG übertragen. Gleiches gilt für die insoweit praktisch sehr bedeutsame Möglichkeit der richterlichen Schätzung nach § 287 ZPO, die für den Gewinnabschöpfungsanspruch analog anzuwenden ist.
- Weiterhin wurde gezeigt, dass es im Rahmen des § 10 Abs. 1 UWG auf die Ermittlung eines hypothetischen Lauterkeitsgewinns als Vergleichsgröße zur Bestimmung des kausalen Unlauterkeitsanteils regelmäßig nicht ankommen kann und diese auch nicht erforderlich sein wird.

- Die Begriffe „zu Lasten“ sowie „Abnehmer“ sind weit auszulegen. Auf einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen Unlauterkeitsgewinn beim Zuwiderhandelnden und einer konkret-vermögenswerten Beeinträchtigung beim einzelnen Abnehmer darf es bei der Anwendung des § 10 UWG weder materiell noch auf der Ebene des Nachweises ankommen. Es ist vielmehr der weiten Auffassung zu folgen, nach der es ausreicht, dass eine nicht unerhebliche Anzahl – grundsätzlich kann von einer Mindestanzahl von 15 ausgegangen werden – von Abnehmern in ihrem, wie *Alexander* es entwirft, lauterkeitsrechtlich geschützten Interessenkreis beeinträchtigt und von dem Verstoß nicht ausschließlich Mitbewerber betroffen sind. Dies ergibt sich auch als Konsequenz aus dem Präventionszweck des Gewinnabschöpfungsanspruchs, der weitgehend unmittelbar auf die Verhaltenssteuerung der Normadressaten und damit auf die Täterperspektive ausgerichtet ist.
- In ähnlicher Weise hat sich der Gewinnherausgabeanspruch im Immaterialgüterrecht längst vom Nachweis eines konkreten Schadens gelöst. Da die einschlägigen Gesetzesmaterialien und die Rechtsprechung inzwischen außerdem einen Schaden bereits im Eingriff in ein Immaterialgut als solchem sehen, könnte auch hier in Zukunft das materielle Erfordernis eines zumindest denkbaren Zusammenhangs zwischen Rechtsgutsverletzung und Vermögensschaden beim Rechtsinhaber entfallen. Die bisherige Rechtsprechung, nach der in manchen Bereichen des Immaterialgüterrechts die objektive Berechnung nach dem Verletzergewinn dann nicht möglich sein sollte, wenn es ausnahmsweise durch die Verletzung zu einer Gewinnsteigerung beim Verletzten gekommen war, wäre dann zugunsten des Präventionsaspekts hinfällig.
- Bei Zuwiderhandlungen innerhalb eines Unternehmens gelten für § 10 UWG die Zurechnungsvorschriften und Anforderungen aus §§ 31, 831

BGB zumindest analog, wobei im Fall des § 831 BGB der Vorsatz nur beim Geschäftsherrn vorliegen muss.

- Der Anspruchsteller nach § 10 Abs. 1 UWG ist zwar grundsätzlich darlegungs- und beweispflichtig für die zur Ermittlung des herauszugebenden Unlauterkeitsgewinns erforderlichen Tatsachen. Für ausnahmsweise anrechenbare eigene betriebliche Aufwendungen ist allerdings der Zuwiderhandelnde selbst darlegungs- und beweispflichtig. Insbesondere zum Nachweis der Kausalität von Gewinn und Zuwiderhandlung kann neben der richterlichen Schätzungsbefugnis in geeigneten Konstellationen der Beweis *prima facie* weiterhelfen. Eine Beweislastumkehr ist dagegen insgesamt und insbesondere für den Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität abzulehnen.
- Dem Aktivlegitimierten des Gewinnabschöpfungsanspruchs steht, wenn er den vorsätzlichen Verstoß nachgewiesen hat, ein umfassender Auskunftsanspruch zu. Soweit eine exakte Berechnung des Unlauterkeitsgewinns nicht möglich ist und der Abschöpfungsbetrag über die richterliche Schätzung ermittelt werden muss, ist zur Gewährleistung einer möglichst effektiven Gewinnabschöpfung zumindest eine hinreichend fundierte Schätzungsgrundlage erforderlich. Der Auskunftsanspruch im Rahmen des § 10 UWG sollte – anders als im Immaterialgüterrecht bei der dritten Schadensberechnungsart – eine umfassende Auskunftspflicht des Zuwiderhandelnden auch dann beinhalten, wenn von vorneherein feststeht, dass die Gewinnermittlung letztlich im Wege der Schätzung vorgenommen werden muss. Dies rechtfertigt sich aus den hohen Verschuldensanforderungen des § 10 Abs. 1 UWG, die bei der Frage der Verhältnismäßigkeit des Auskunftersuchens zu einer anderen relativen Gewichtung der Geheimhaltungsinteressen des Zuwiderhandelnden führen müssen, als dies bei Fahrlässigkeitssanktionen der Fall ist.

## Wirksamkeit und Verhältnismäßigkeit (Kap. IV)

- § 10 UWG ist zwar eine präventiv, also verhaltenssteuernd, nicht aber eine pönal ausgerichtete Sanktion. Der führende Normzweck des Gewinnabschöpfungsanspruchs, die Prävention, stellt allgemein im Zivilrecht und ebenso im verhaltensbezogenen Lauterkeitsrecht ein legitimes gesetzgeberisches Anliegen dar. Rechtssystematische und verfassungsrechtliche Bedenken greifen insoweit nicht durch.
- Der Gewinnabschöpfungsanspruch wirkt auch nicht etwa durch die Intensität der durch ihn angedrohten Rechtsfolge faktisch repressiv oder pönal auf den Normadressaten. Insbesondere der Umstand, dass nur die nach Abzug anderer aus der Tat entstandener Verbindlichkeiten beim Zuwiderhandelnden verbliebenen, kausalen Unlauterkeitsanteile einseitigvermögensordnend abgeschöpft werden, verhindert insoweit ein Übermaß oder ein „Überschießen“ der Präventionswirkung, das dem Gewinnabschöpfungsanspruch Strafcharakter verleihen könnte.
- Aus Sicht der klageberechtigten Verbände und Einrichtungen führen umgekehrt das Vorsatzerfordernis und die Ermittlung des herauszugebenden Gewinns bei der praktischen Anwendung des § 10 UWG in vielen Fällen zu ernüchternden Ergebnissen. Auch die der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung zugrundeliegende Dreierkonstellation zwischen dem anspruchstellenden Verband, dem Anspruchsgegner und dem Bund als Empfänger der ausgekehrten Gewinne, die sich konzeptionell deutlich von herkömmlichen zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzungsinstrumentarien unterscheidet, führt zu einer ungünstigen Anreiz- und Risikoverteilung. Aufgrund dieser strukturell angelegten Durchsetzungshemmnisse stellt sich § 10 UWG *de lege lata* zur Erreichung effektiver Verhaltenssteuerung letztlich als nur eingeschränkt geeignet dar.
- § 10 UWG entfaltet keine unangemessene Wirkung in dem Sinne, dass der Normadressat durch die Sanktion übermäßig, also unverhältnismäßig,

belastet würde. Aus der Überprüfung der Erforderlichkeit ergibt sich aber, dass gerade für die Fälle, in denen vor allem Endabnehmer und Verbraucher von einer Zuwiderhandlung betroffen sind, in Gestalt einer behördlichen Durchsetzungslösung ein ähnlich mildes, womöglich aber effektiveres Präventionsinstrument verfügbar wäre. Ein solches stünde allerdings in gewissem systematischen Widerspruch zum bisher fast ausschließlich zivilrechtlich ausgerichteten Durchsetzungsgefüge des heutigen Lauterkeitsrechts.

### Möglichkeiten und Grenzen einer gesetzgeberischen Nachbesserung (Kap. V)

- Will man den Tatbestand des § 10 UWG im Sinne einer effektiveren Verhaltenssteuerung nachbessern, ist dabei zugleich das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Korrektiv des Sanktionierungsanliegens zu wahren und eine Überabschreckung zu vermeiden. Letztere würde zu einem ökonomisch unerwünschten Maß an Vermeidungsaufwand beim Normadressaten führen, durch das Wettbewerbsfreiheit und Innovation ihrerseits unverhältnismäßig beschränkt bzw. gebremst werden könnten.
- Ob die Gewinnhaftung im Privatrecht an Vorsatz oder Fahrlässigkeit geknüpft wird, ist schon wegen ihrer systematischen Ausnahmestellung weniger eine dogmatische als eine rechtspolitische Entscheidung. Im Sinne effektiver Verhaltenssteuerung empfiehlt sich für § 10 UWG eine Absenkung der Verschuldensanforderungen, die den Anspruch im Ergebnis bereits für grob fahrlässige Zuwiderhandlungen und damit einen breiteren Anwendungsbereich öffnen würde. Da die grobe Fahrlässigkeit auch an objektive Elemente anknüpft, würde hierdurch das Durchsetzungsrisiko, das mit dem Nachweis von Vorsätzlichkeit, also rein innerer Tatsachen, stets verbunden ist, deutlich gesenkt. Umgekehrt dürfte eine Rechtsfolge, die ausschließlich auf Vorsatztäter effektiv verhaltenssteuernd wirken



soll, auch unter Berücksichtigung einer geringeren Sanktionierungswahrscheinlichkeit zusätzlich die Abschöpfung eines über den verbleibenden Unrechtsgewinnanteil hinausgehenden Präventionsaufschlags erfordern.

- Die Nachsteuerung über den Verschuldensmaßstab bietet sich auch deshalb an, weil eine deutliche Effektivitätssteigerung über die Änderung anderer Tatbestandsvariablen des § 10 UWG nicht oder nur mit unverhältnismäßigen beziehungsweise effizienz mindernden Auswirkungen zu erwarten ist. Insbesondere kann weder materiell noch über eine Beweislastumkehr auf den Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen Zuwiderhandlung und abzuschöpfendem Gewinnanteil verzichtet werden. Ebenso wie bei einer Einführung einer Bruttoerlösabschöpfung bestünde wegen des Übergreifens auf das rechtmäßig erwirtschaftete Vermögen des Zuwiderhandelnden die Gefahr ineffizienter Überabschreckung und einer neuen, pönalen Wertung. Der Gesetzgeber liefere zumindest Gefahr, die Grenzen verhältnismäßiger zivilrechtlicher Rechtsdurchsetzung zu überschreiten. Die Einführung einer Bruttoerlösabschöpfung würde außerdem gerade nicht über die Probleme hinweghelfen, die im Zusammenhang mit dem Kausalitätsnachweis auftreten. Eine Vorteilsabschöpfung schließlich wäre wegen der zusätzlichen Berechnungsschwierigkeiten kaum praktikabel.
- Ein Wahlrecht, wonach alternativ ein Betrag in Höhe der anteilig getätigten Aufwendungen des Verletzers als Fiktion eines „Mindestgewinns“ abgeschöpft werden könnte, würde den Normadressaten dagegen nicht unverhältnismäßig belasten und wohl auch zu keiner Überabschreckung führen. Da sich allerdings die Probleme der Zuordnung von Gewinnanteilen bei der Frage der Zuordnung von Kostenanteilen spiegelbildlich wiederholen könnten, würde diese Berechnungsart nur für wenige Fallkonstellationen, insbesondere im Zusammenhang mit unlauteren Lockangebo-

ten oder im Fall des belästigenden Direktmarketings, einen Effektivitätsvorteil gegenüber der herkömmlichen Gewinnberechnung bieten.

- Der Präventionsbedarf bei Zuwiderhandlungen, die eine Vielzahl von Abnehmern betreffen, hängt im Lauterkeitsrecht nicht vom Vorliegen eines vermögenswerten Schadens beim einzelnen Abnehmer ab. Auch sollte neben der haftungsausfüllenden Kausalität nicht auch noch ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Unlauterkeitsgewinn und Schädigung bei den Abnehmern erforderlich sein. Im Sinne einer dogmatischen Klarstellung dieser vorzuziehenden Auslegung und zur Erleichterung der Rechtsanwendung sollte daher das Merkmal „zu Lasten“ durch eine Formulierung ersetzt werden, die die Art der erforderlichen Beeinträchtigung der Abnehmer offen lässt und von der Anwendung des § 10 Abs. 1 UWG vor allem solche Fälle ausschließt, in denen von der Zuwiderhandlung ausschließlich Konkurrenten unmittelbar betroffen sind.
- Die anspruchsberechtigten Verbände, insbesondere die Verbraucherverbände, verfolgen Lauterkeitsverstöße nicht aus finanziellen Motiven. Die Gefahr eines Missbrauchs der Abschöpfungskompetenz ist daher als gering einzustufen. Umgekehrt lässt sich daher auch das Durchsetzungsverhalten dieser Verbände nicht im gleichen Maße über rein finanzielle Anreize steuern, wie das beim wirtschaftlich kalkulierenden Unternehmer im Wettbewerb möglich sein mag. Dennoch kann es sich langfristig als Durchsetzungshemmnis erweisen, wenn den erheblichen Prozess- und Kostenrisiken, denen die klagebefugten Verbände ausgesetzt sind, keine entsprechenden Ertragsmöglichkeiten und nicht einmal den Verbänden mittelbar zugute kommende Refinanzierungen gegenüberstehen. Zumindest sollten daher die abgeschöpften Beträge im Bundeshaushalt für Zwecke des Verbraucherschutzes gebunden werden.
- Wegen des zwingenden und unabdingbaren Erfordernisses eines Kausalzusammenhangs zwischen der Zuwiderhandlung und der Höhe des abzu-

erschöpfenden Anteils am Unternehmensgewinn in § 10 Abs. 1 UWG werden auch in Zukunft für einen Großteil lauterkeitsrechtlicher Fallkonstellationen nur verhältnismäßig geringe Abschöpfungsbeträge zu erwarten sein. Dies gilt insbesondere dort, wo sich die unlautere Maßnahme als eines unter vielen Elementen eines komplexen Werbe- oder Vertriebsvorgangs darstellt.

- Dann steht aber zu vermuten, dass selbst im Falle einer Absenkung des Verschuldenserfordernisses auf grobe Fahrlässigkeit, einer Korrektur des Merkmals „zu Lasten“ und einer Normierung des Auskunftsanspruchs sowie der Schaffung einer besseren Anreizsituation für die anspruchsberechtigten Verbände das Konzept einer privatrechtlich durchzusetzenden Gewinnabschöpfung für etliche praxisrelevante Fallgruppen im Lauterkeitsrecht keinen nennenswerten Zugewinn an Prävention und schon gar keine fallübergreifende Schließung der bestehenden Rechtsdurchsetzungslücken bieten würde. Dies gälte wegen ihres absehbar beschränkten Nutzens auch bei der Einführung einer alternativen (Mindest-) Gewinnberechnung anhand der vom Zuwiderhandelnden für die Zuwiderhandlung anteilig aufgewendeten Kosten.
- Insbesondere vor dem Hintergrund, dass mit § 10 UWG letztlich auf einer überindividuellen Ebene der Verbraucherschutz im Lauterkeitsrecht gefördert werden sollte, liegt daher der Rückgriff auf eine ergänzende Sanktionsform nahe, die ihre Präventionswirkung über die Androhung pauschalierter Zahlungsverpflichtungen entfaltet. Eine solche könnte im Konzept eines behördlich zu verhängenden Bußgeldes nach dem Vorbild des jungen § 20 UWG liegen und grundsätzlich neben einem – im Idealfall für die Zukunft effektiver gestalteten – Gewinnabschöpfungsanspruch der Verbände bestehen.



## Literatur

- Adams, Michael*, Ökonomische Theorie des Rechts – Konzepte und Anwendungen, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 2004 [*Adams*, Ökonomische Theorie]
- Alexander, Christian*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht – Privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb, Tübingen 2010 [*Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung]
- ders.*, Die zivilrechtlichen Ansprüche im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle – Ein Überblick, JuS 2007, 109
- ders.*, Marktsteuerung durch Abschöpfungsansprüche, JZ 2006, 890
- ders.*, Die strafbare Werbung in der UWG-Reform, WRP 2004, 407
- Alexy, Lennert*, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Medien, Hamburg 2009 [*Alexy*, Gewinnabschöpfung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen]
- Androulakis, Nikolaos K.*, Über den Primat der Strafe, ZStW Bd. 108 (1996), 300
- Arlt, Christian*, Marktabschottend wirkender Einsatz von DRM-Technik – Eine Untersuchung aus wettbewerbsrechtlichem Blickwinkel, GRUR 2005, 1003
- Arnold, Bernhard/ Slopek, David E.F.*, Die Herausgabe des Verletzergewinns nach der Tripp-Trapp-Entscheidung des BGH, NJW 2009, 3694
- Assmann, Heinz-Dieter*, Schadensersatz in mehrfacher Höhe des Schadens – Zur Erweiterung des Sanktionensystems für die Verletzung gewerblicher Schutzrechte und Urheberrechte, BB 1985, 15
- Bärenfänger, Jan*, Das Spannungsfeld von Lauterkeitsrecht und Markenrecht unter dem neuen UWG – Symbiotische Theorie zum Kennzeichen- und Lauterkeitsrecht, Baden-Baden 2010 [*Bärenfänger*, Spannungsfeld Lauterkeitsrecht und Markenrecht]

- von Bar, Christian**, Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und allgemeine Schadenstheorie, UFITA Bd. 81 (1978), 57
- Bartelt, Johann Christian**, Beschränkung des Schadensersatzumfangs durch das Übermaßverbot? – Eine Untersuchung der Vereinbarkeit des Grundsatzes der Totalreparation (§ 249 I BGB) mit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip, Berlin 2004 [*Bartelt*, Beschränkung des Schadensersatzumfangs durch das Übermaßverbot]
- Bartholy, Thomas**, Möglichkeiten einer Mehrerlösabschöpfung im Wettbewerbsrecht, Augsburg 1982
- Basedow, Jürgen/ Hopt, Klaus J./ Kötz, Hein/ Baetge, Dietmar** (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess – Verbandsklage und Gruppenklage, Tübingen 1999 [*Beitrag* in Basedow/Hopt et. al., Bündelung gleichgerichteter Interessen]
- Baston-Vogt, Marion**, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 1997 [*Baston-Vogt*, Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts]
- Bauer, Nadja**, Der Gewinnabschöpfungsanspruch der Verbände nach § 10 UWG, München 2007 [*Bauer*, Gewinnabschöpfungsanspruch]
- Beater, Axel**, Nachahmen im Wettbewerb – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu § 1 UWG, Tübingen 1995 [*Beater*, Nachahmen im Wettbewerb]
- Bechtold, Rainer**, Kartellgesetz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 6. Aufl. München 2010 [*Bechtold*, GWB]
- ders.**, Kartellgesetz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Aufl. München 2002 [*Bechtold*, GWB, 3. Aufl.]
- ders.**, Grundlegende Umgestaltung des Kartellrechts: Zum Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle, DB 2004, 235
- Bechtold, Rainer/ Buntscheck, Martin**, Die Siebte GWB-Novelle und die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 2003- 2005, NJW 2005, 2966

- Becker, Carsten/ Hossenfelder, Silke**, Einführung in das neue Kartellrecht, München 2006 [Becker/Hossenfelder, Einführung Kartellrecht]
- Bendor, Jonathan/ Mookherjee, Dilip**, Norms, Third-Party Sanctions, and Cooperation, in: *Journal of Law, Economics, & Organization* Vol. 6, No. 1, 33 – 66 [1990] ) [Bendor/Mookherjee in *Jnl. of Law, Economics and Organization* 6 (1) [1990]]
- van den Bergh, Roger/ Lehmann, Michael**, Informationsökonomie und Verbraucherschutz im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, GRUR Int 1992, 588
- Bergmann, Andreas**, Schadensersatz und das Prinzip der Erschöpfung – Herausgabe des Verletzergewinns wegen Urheberrechtsverletzung in der Absatzkette, GRUR 2010, 874
- Berrisch, Georg M./ Burianski, Markus**, Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche nach der 7. GWB-Novelle – Eine Einschätzung der Zukunft privater Kartellrechtsdurchsetzung mittels Schadensersatzklagen in Deutschland, WuW 2005, 878
- Best, Dominik**, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21.8.2002 – 1 StR 115/02, JR 2003, 335
- Beuchler, Holger R.**, Das „Schreckgespenst“ § 10 UWG: mehr Gespenst als Schrecken ( – Überlegungen im Nachgang zum Urteil des LG Heilbronn, 23 O 136/05 KfH vom 23. Februar 2006), WRP 2006, 1288
- Beuthien, Volker/ Schmölz, Anton Sebastian**, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte – Erlösherausgabe statt nur billige Entschädigung in Geld, München 1999 [Beuthien/Schmölz, Persönlichkeitsgüterrechte]
- dies.**, Persönlichkeitsschutz durch Gewinnherausgabe, K&R 1999, 396
- Beuthien, Volker/ Wasmann, Dirk**, Zur Herausgabe des Verletzergewinns bei Verstößen gegen das Markengesetz – Zugleich eine Kritik an der sogenannten dreifachen Schadensberechnung –, GRUR 1997, 255

- Beyerlein, Thorsten**, Ergänzender Leistungsschutz gemäß § 4 Nr. 9 UWG als „geistiges Eigentum“ nach der Enforcement- Richtlinie (2004/48/EG), WRP 2005, 1354
- Biene, Daniel**, Starkult, Individuum und Persönlichkeitsgüterrecht, Baden-Baden 2004 [*Biene*, Persönlichkeitsgüterrecht]
- Binding, Karl**, Die Normen und ihre Übertretung – Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. I: Normen und Strafgesetze, 2. Aufl. Leipzig 1890 [*Binding*, Die Normen und ihrer Übertretung Bd. I]
- Binninger, Melanie**, Gewinnabschöpfung als kapitalmarktrechtliche Sanktion – Systematik und Konzeption einer Gewinnabschöpfung im Kapitalmarktrecht, dargestellt am Beispiel des deutschen und US-amerikanischen Insiderrechts, Berlin 2010 [*Binninger*, Gewinnabschöpfung als kapitalmarktrechtliche Sanktion]
- Bizer, Kilian**, Die Ökonomik der Verhältnismäßigkeitsprüfung, in: Sofia-Diskussionsbeiträge zur Institutionenanalyse Nr. 99 – 1, Darmstadt 1999, S. 1 [*Bizer*, Ökonomik der Verhältnismäßigkeitsprüfung]
- Bleckmann, Albert**, Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips, JuS 1994, 177
- Borck, Hans-Günther**, Vorläufige Anmerkungen zum „Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)“ vom 3.7.2004, WRP 2004, 1440
- Bornkamm, Joachim**, Der Schutz vertraulicher Informationen im Gesetz zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums – In-camera-Verfahren im Zivilprozess? – , in: *Ahrens* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, S. 893 [*Bornkamm* FS Ullmann 2006]
- Bottke, Wilfried**, Assoziationsprävention – Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke, Berlin 1995 [*Bottke*, Assoziationsprävention]
- Brandner, Hans Erich**, Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR 1980, 359



- Brockhaus** Die Enzyklopädie in 24 Bänden, 20. Aufl., Leipzig/Mannheim 1998
- Bruchhausen, Karl**, Gedanken zur Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Sanktionensystems bei immateriellen Güterrechten in Europa, GRUR 1980, 515
- Bunte, Hermann-Josef**, Kartellrecht, 2. Aufl. München 2008 [*Bunte*, Kartellrecht]
- von Caemmerer, Ernst**, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: *Dölle* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rabel, Band I, Tübingen 1954, S. 333 [v. *Caemmerer* FS Rabel 1954]
- Canaris, Claus-Wilhelm**, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: *Ahrens* u. a. (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 85 [*Canaris* FS Deutsch 1999]
- Coenenberg, Adolf G.**, Kostenrechnung und Kostenanalyse, 5. Aufl., Stuttgart 2003
- Creifelds, Carl**, Rechtswörterbuch, 20. Aufl., München 2011
- Däubler, Wolfgang**, Anspruch auf Lizenzgebühr und Herausgabe des Verletzergewinns – atypische Formen des Schadensersatzes, JuS 1969, 49
- Damm, Renate/ Rehbock, Klaus**, Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in den Medien, 3. Aufl., München 2008 [*Damm/Rehbock*, Widerruf u.a.]
- Delahaye, Hans**, Kernprobleme der Schadensrechnungsarten bei Schutzrechtsverletzungen, GRUR 1986, 217
- Deutsch, Erwin**, Über die Zukunft des Schmerzensgeldes – Pläne zur Reform des Haftungsrechts, ZRP 1998, 291
- ders.**, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.12.1978 – VI ZR 138/77, JZ 1979, 352
- ders.**, Allgemeines Haftungsrecht, Erster Band: Allgemeine Lehren, 1. Aufl. Köln u.a. 1976 [*Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht]
- ders.**, Die Zwecke des Haftungsrechts, JZ 1971, 244
- Deutscher Juristentag**, Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Band II: Sitzungsberichte – Diskussion und

Beschlussfassung, München 2006 [*Beitrag* Verhandlungen 66. DJT Bd. II/1 und Bd. II/2]

**Di Fabio, Udo**, Privatisierung und Staatsvorbehalt – Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe, JZ 1999, 585

**Dittschar, Frank**, Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG: Innovativ, aber unausgereift?, Düsseldorf 2007 [*Dittschar*, Gewinnabschöpfung]

**Dörre, Tanja/ Maaßen, Stefan**: Das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, Teil I: Änderungen im Patent-, Gebrauchsmuster-, Marken- und Geschmacksmusterrecht, GRUR-RR 2008, 217

**Dreier, Horst** (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 2006 [*Bearbeiter* in Dreier, GG, Bd. II]

**Dreier, Thomas**, Ausgleich, Abschreckung und andere Rechtsfolgen von Urheberrechtsverletzungen – Erste Gedanken zur EU-Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum, GRUR Int 2004, 706

**ders.**, Kompensation und Prävention, München 2002

**ders.**, Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht, ZUM 2002, 28

**ders.**, TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, GRUR Int 1996, 205

**Dreier, Thomas/ Schulze, Gernot**, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., München 2008 [*Bearbeiter* in Dreier/Schulze, UrhG]

**Dreier, Thomas/ Stockmar, Kendra**, Open Access vs. DRM ? in: *Lutterbeck* u.a. (Hrsg.), Open Source Jahrbuch 2007 – Zwischen freier Software und Gesellschaftsmodell, Berlin 2007, S. 427 [*Dreier/Stockmar* in *Lutterbeck* u.a., Open Source Jahrbuch 2007]

**Drexel, Josef**, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers – Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemein-

schaftsrechtlicher Bezüge, Tübingen 1998 [*Drexl*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung]

**Eberbach, Wolfram H.**, Zwischen Sanktion und Prävention – Möglichkeiten einer Gewinnabschöpfung nach dem StGB, NStZ 1987, 486

**Ebert, Ina**, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht – von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht, Tübingen 2004 [*Ebert*, Pönale Elemente]

**Ehrhardt, Jan**, Doppelter Schadensersatz für Urheber? („pro“), ZRP 2006, 103

**Eichhorn, Peter**, Das Prinzip Wirtschaftlichkeit – Basiswissen der Betriebswirtschaftslehre, 3. Aufl., Wiesbaden 2005 [*Eichhorn*, Das Prinzip Wirtschaftlichkeit]

**Eidenmüller, Horst**, Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2005  
[*Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip]

**Emmerich, Volker**, Kartellrecht, 11. Aufl. München 2008

**Engels, Stefan/ Salomon, Thomas H.**, Vom Lauterkeitsrecht zum Verbraucherschutz: Die UWG- Reform 2003, WRP 2004, 32

**Ermann, Walter** (Begr.), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I und II, 11. Aufl. Köln 2004 [*Bearbeiter* in Ermann, BGB]

**von Falckenstein, Roland**, Schäden der Verbraucher durch unlauteren Wettbewerb, Köln 1979 [*v. Falckenstein*, Schäden der Verbraucher]

**Fehlemann, Sascha**, Die Verfolgung von Streuschädigungen durch Abschöpfungsansprüche der Verbände im deutschen Lauterkeits- und Kartellrecht, Frankfurt a. M. u. a., 2009 [*Fehlemann*, Abschöpfungsansprüche]

**Fehr, Ernst/ Gächter, Simon**, Altruistic punishment in humans, in: *Nature* Vol. 415, 137 – 140 [2002] [*Fehr/Gächter* in *Nature* Vol. 415 [2002]]

**Fezer, Karl-Heinz** (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. München 2010 [*Bearbeiter* in Fezer, UWG]

**ders.**, Markenrecht, 4. Aufl., München 2009 [*Bearbeiter* in Fezer, Markenrecht]

**ders.**, Das wettbewerbsrechtliche Vertragsauflösungsrecht in der UWG-Reform – Zur Notwendigkeit eines wettbewerbsrechtlichen Vertragsauflösungsrechts wegen Vorliegens verbraucherschützender Regelungslücken und Durchsetzungsdefiziten bei bestimmten Fallkonstellationen unlauteren Wettbewerbs, WRP 2003, 127

**ders.**, Schadensersatz und subjektives Recht im Wettbewerbsrecht, WRP 1993, 565

**ders.**, Markenschutz durch Wettbewerbsrecht – Anmerkungen zum Schutzzumfang des subjektiven Markenrechts, GRUR 1986, 485

**Fischer, Theo**, Schadenberechnung im gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und unlauteren Wettbewerb, Basel 1961 [*Fischer*, Schadenberechnung]

**Fischer, Thomas**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 58. Aufl. München 2011 [*Fischer*, StGB]

**Fromm, Friedrich Karl /Nordemann, Wilhelm**, Urheberrecht – Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, zum Verlagsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 10. Aufl., Stuttgart 2008 [*Bearbeiter* in Fromm/Nordemann, UrhG]

**Fuchs, Andreas**, Die 7. GWB-Novelle – Grundkonzeption und praktische Konsequenzen, WRP 2005, 1384

**Gärtner, Olaf**, 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, München 2006 [*Gärtner*, Gewinnabschöpfungsanspruch]

**Geis, Norbert**, Das Lauterkeitsrecht in der rechtspolitischen Diskussion, in: *Keller* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Winfried Tilmann zum 65. Geburtstag, Köln 2003, S. 121 [*Geis* FS Tilmann 2003]

- Gieseke, Ludwig**, Zur Bereicherungshaftung bei Urheberrechtsverletzungen, GRUR 1958, 17
- ders.**, Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts, Göttingen 1957
- Glöckner, Jochen**, Individualschutz und Funktionsschutz in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts – Der Zweck heiligt die Mittel nicht; er bestimmt sie!, WRP 2007, 490
- Gloy, Wolfgang** (Begr.) / **Loschelder, Michael**/ **Erdmann, Willi** (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl. München 2010
- Götting, Horst-Peter**, Gewerblicher Rechtsschutz, 10. Aufl., München 2010
- ders.**, Wettbewerbsrecht – Das neue UWG, München 2005 [**Götting**, Wettbewerbsrecht]
- ders.**, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995
- Götting, Horst-Peter**/ **Schertz, Christian**/ **Seitz, Walter** (Hrsg.), Handbuch des Persönlichkeitsrechts, München 2008 [**Bearbeiter** in **Götting/Schertz/Seitz**, Handbuch Persönlichkeitsrecht]
- Götz, Wolfgang**, Schaden und Bereicherung in der Verletzerkette, GRUR 2001, 295
- Gotthard, Jürgen**, Doppelte Tarifgebühr für die GEMA bei ungenehmigter öffentlicher Musikwiedergabe oder die Wiederkehr der Drachen, UFITA Bd. 71 (1974), 77
- Gounalakis, Georgios**, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998, 10
- Grabinski, Klaus**, Gewinnherausgabe nach Patentverletzung – Zur gerichtlichen Praxis acht Jahre nach dem „Gemeinkostenanteil“-Urteil des BGH, GRUR 2009, 260
- Grauel, Holger**/ **Luhrenberg, Klaus**, Mehrerlösabschöpfung im UWG?, WRP 1980, 521
- Greger, Reinhard**, Verbandsklage und Prozessrechtsdogmatik- Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung, ZZZ 113. Bd. (2000), 399

- Gresser, Franz Nikolaus**, Altruistische Bestrafung, Köln 2007
- Großkommentar zum UWG**, hrsg. von *Jacobs, Rainer/ Lindacher, Walter F./ Teplitzky, Otto*, 1. Bd., Berlin 2006 [*Bearbeiter in Großkomm-UWG*]
- Güntert, Lothar**, Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion: eine Untersuchung zu den Verfallsbestimmungen des §§ 73 bis 73d des Strafgesetzbuches, Köln 1983 [*Güntert, Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion*]
- Haedicke, Maximilian**, Die Gewinnhaftung des Patentverletzers, GRUR 2005,529
- Haft, Klaus/ Reimann, Thomas**, Zur Berechnung des Verletzergewinns nach der „Gemeinkostenanteil“- Entscheidung des BGH vom 2. November 2000, Mitt. 2003, 437
- Hagen, Horst**, Funktionale und dogmatische Zusammenhänge zwischen Schadens- und Bereicherungsrecht, in *Paulus u.a. (Hrsg.)*, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 867 [*Hagen FS Larenz 1973*]
- Haines, Hartmut**, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb, Köln u.a. 1970 [*Haines, Bereicherungsansprüche*]
- Harte-Bavendamm, Henning/ Henning-Bodewig, Frauke** (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl. München 2009 [*Bearbeiter in Harte/Henning, UWG*]
- dies.**, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 1. Aufl. München 2004 [*Bearbeiter in Harte/Henning, UWG, 1. Aufl.*]
- Hartog, Johanna/ Noack, Britta**, Die 7. GWB-Novelle, WRP 2005, 1396
- von Hayek, Friedrich A.**, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren in *Schneider* (Hrsg.), Kieler Vorträge, Folge 56, Kiel 1968 [*v. Hayek, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*]
- Heck, Philipp**, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929 [*Heck, Schuldrecht*]

- Heermann, Peter W.**, Schadensersatz und Bereicherungsausgleich bei Patentrechtsverletzungen, GRUR 1999, 625
- Heinen, Edmund** (Hrsg.), Industriebetriebslehre: Entscheidungen im Industriebetrieb, 8. Aufl., Wiesbaden 1985 [*Heinen, Industriebetriebslehre*]
- Helms, Tobias**, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Tübingen 2007 [*Helms, Gewinnherausgabe*]
- Hempel, Rolf**, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht – Eine rechtsvergleichende Analyse, Baden-Baden 2002 [*Hempel, Privater Rechtsschutz*]
- ders.**, Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, WuW 2004, 362
- Henning-Bodewig, Frauke**, Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR 2004, 713
- Hesse, Konrad**, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999 [*Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts*]
- von Holleben, Kevin**, Geldersatz bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Medien, Baden-Baden 1999 [*v. Holleben, Geldersatz*]
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim** (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl., München 2007 [*Bearbeiter in Immenga/Mestmäcker, GWB*]
- Ingerl, Reinhard/ Rohnke, Christian**, Markengesetz, 3. Aufl. 2010 [*Ingerl/Rohnke, MarkenG*]
- von Jhering, Rudolph**, Der Zweck im Recht, Bd. I, 2. Aufl. Leipzig 1884 [*Jhering, Der Zweck im Recht Bd. I*]
- Jung, Heike**, Was ist Strafe?, Baden-Baden 2002
- Kahlenberg, Harald/ Haellmigk, Christian**, Neues deutsches Kartellgesetz, BB 2005, 1509
- dies.**, Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle: Tief greifende Änderungen des deutschen Kartellrechts, BB 2004, 389

- Kahlert, Henning**, Datensicherheit bei der elektronischen Auftragsvergabe –  
Rechtliche, ökonomische und technische Aspekte der Umsetzung der Richt-  
linie 2004/18/EG in deutsches Recht, Frankfurt a. M. 2006 [Kahlert, Daten-  
sicherheit]
- Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten**, hrsg. von  
Senge, Lothar, 3. Aufl., München 2006 [Bearbeiter in KK-OWiG]
- Kelker, Alexandra**, Gewinnherausgabe zwischen Schadensersatz- und Bereiche-  
rungsanspruch im Immaterialgüterrecht, Münster 2003 [Kelker, Gewinn-  
herausgabe]
- Kemper, Jutta**, Beweisprobleme im Wettbewerbsrecht, Köln u.a. 1992
- Klees, Andreas**, Anmerkung zu LG Berlin, Urt. v. 25.9.2007 – 16 O 115/06, CR  
2008, 192
- Kleinewefers, Henner**, Ökonomische Theorie des Rechts – Über Unterschiede  
zwischen dem ökonomischen und dem juristischen Denken, in: *Dicke/  
Fleiner-Gerster* (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Festschrift für Leo Schür-  
mann zum 70. Geburtstag, Freiburg (Schweiz) 1987, S. 83 [Kleinewefers  
FS Schürmann 1987]
- Kling, Michael/ Thomas, Stefan**, Kartellrecht, München 2007
- Klüber, Rüdiger**, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, Tübingen  
2007 [Klüber, Persönlichkeitsschutz]
- Kohler, Josef**, Deutsches Patentrecht – systematisch bearbeitet unter verglei-  
chender Berücksichtigung des französischen Patentrechts, Mann-  
heim/Straßburg 1878 [Kohler, Patentrecht]
- ders.**, Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung – Zugleich ein Beitrag zur  
Lehre vom Eigentum, vom Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom  
Individualrecht, Jena 1880 [Kohler, Autorrecht]
- ders.**, Die Idee des geistigen Eigentums, AcP Bd. 82 (1894), 141
- Köbler, Gerhard**, Juristisches Wörterbuch, 14. Aufl., München 2007



- Köhler, Helmut**, Neue Regelungen zum Verbraucherschutz bei Telefonwerbung und Fernabsatzverträgen, NJW 2009, 2567
- ders.**, Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2005, 793
- ders.**, Zur Konkurrenz lauterkeitsrechtlicher und kartellrechtlicher Normen, WRP 2005, 645
- ders.**, Das neue UWG, NJW 2004, 2121
- ders.**, UWG- Reform und Verbraucherschutz, GRUR 2003, 265
- ders.**, Die Begrenzung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, GRUR 1996, 82
- ders.**, Der Schadensersatz-, Bereicherungs- und Auskunftsanspruch im Wettbewerbsrecht, NJW 1992, 1477
- Köhler, Helmut/ Bornkamm, Joachim**, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG, 29. Aufl., München 2011 [*Bearbeiter* in Köhler/Bornkamm, UWG]
- Hefermehl, Wolfgang/Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim**, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG, 26. Aufl., München 2008 [*Bearbeiter* in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 26. Aufl.]
- Köhler, Helmut/ Bornkamm, Joachim/ Henning-Bodewig, Frauke**, Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform, WRP 2002, 1317
- Köhler, Helmut/ Lettl, Tobias**, Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform, WRP 2003, 1019
- Köndgen, Johannes**, Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns – Eine juristisch-ökonomische Skizze, RabelsZ Bd. 64 (2000), S. 661
- ders.**, Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch? – Eine rechtsvergleichend-ökonomische Analyse, RabelsZ Bd. 56 (1992), S. 696

- Körner, Eberhard**, Der Verbrauch gewerblicher Schutzrechte durch Schadensersatzzahlungen nach begangener Verletzung, insbesondere im Hinblick auf parallele ausländische Schutzrechte, GRUR 1980, 204
- Körner, Marita**, Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Bedeutungsgewinn präventiver und punitiver Elemente, NJW 2000, 241
- Koppensteiner, Hans-Georg**, Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes, NJW 1971, 1769
- Koppensteiner, Hans-Georg, Kramer, Ernst A.**, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., Berlin 1988
- Kraßer, Rudolf**, Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht, 6. Aufl., München 2009 [*Kraßer, Patentrecht*]
- ders.**, Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht, GRUR Int 1980, 259
- Kreile, Reinhold/ Becker, Jürgen**, Digital Rights Management und private Vervielfältigung aus der Sicht der GEMA, in: *Ohly u.a. (Hrsg.)*, Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 387 [*Kreile/Becker FS Schricker 2005*]
- Kur, Annette**, The Enforcement Directive - Rough Start, Happy Landing?, IIC Bd. 35 (2004), 821
- dies.**, Prävention – Cui Bono? in *Kur u.a. (Hrsg.)*: „... und sie bewegt sich doch!“ – Patent Law on the Move, Festschrift für Gert Kollé und Dieter Stauder, München 2005, S. 365 [*Kur FS Kollé/Stauder 2005*]
- Lackner, Karl/ Kühl, Kristian**, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., München 2007 [*Bearbeiter in Lackner/Kühl, StGB*]
- Lange, Knut Werner**, Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch zivilrechtliche Prävention?, VersR 1999, 274
- Lange, Paul**, Marken- und Kennzeichenrecht, München 2006

- Lange, Hermann/ Schiemann, Gottfried**, Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003
- Langen, Eugen/ Bunte, Hermann-Josef** (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1 – Deutsches Kartellrecht, 11. Aufl., München 2010 [*Bearbeiter* in Langen/Bunte, Bd. 1]
- Larenz, Karl**, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u.a. 1991 [*Larenz, Methodenlehre*]
- Larenz, Karl/ Canaris, Claus-Wilhelm**, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, 2. Halbbd., 13. Aufl. München 1994 [*Larenz/Canaris, SchuldR II/2*]
- Lehmann, Michael**, Präventive Schadensersatzansprüche bei Verletzungen des geistigen und gewerblichen Eigentums, GRUR Int 2004, 762
- ders.**, Die Haftung für Werbeangaben nach neuem Schuldrecht, DB 2002, 1090
- ders.**, Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeangaben beim Verbrauchsgüterkauf, JZ 2000, 280
- ders.**, Juristisch-ökonomische Kriterien zur Berechnung des Verletzergewinns bzw. des entgangenen Gewinns, BB 1988, 1680
- ders.**, Eigentum, geistiges Eigentum, gewerbliche Schutzrechte – Property Rights als Wettbewerbsbeschränkungen zur Förderung des Wettbewerbs, GRUR Int 1983, 356
- Leicht, Michael**, Gewinnabschöpfung bei Verstoß gegen die lauterkeitsrechtliche Generalklausel: zur dogmatischen Qualifikation des § 10 Abs. 1, 2 UWG und ihren Konsequenzen, Baden-Baden 2009 [*Leicht, Gewinnabschöpfung*]
- Leistner, Matthias**, *Behavioural Economics* und Lauterkeitsrecht – Versuch einer Annäherung, ZGE/IPJ 1 (2009), 3
- Leistner, Matthias/ Pothmann, Julia**, E-Mail-Direktmarketing im neuen europäischen Recht und in der UWG-Reform, WRP 2003, 815
- Lettl, Tobias**, Kartellrecht, 2. Aufl., München 2007
- ders.**, Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, GRUR 2004, 449

- ders.*, Das neue UWG, München 2004 [*Lettl*, UWG]
- Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine**, Die Zukunft des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: Der „Herrenreiter“ auf dem Weg ins dritte Jahrtausend, in *Prinz* u.a. (Hrsg.), Medienrecht im Wandel, Festschrift für Manfred Engel-schall, Baden-Baden 1996, S. 13 [*Leutheusser-Schnarrenberger* FS Engel-schall 1996]
- Lindenmaier, Fritz H. K. P.**, Die Herausgabe des Verletzergewinns, ZADR 1936, 163
- Löffler, Martin/ Ricker, Reinhart**, Handbuch des Presserechts, 5. Aufl. Mün-chen 2005 [*Löffler/Ricker*, Presserecht]
- Loewenheim, Ulrich, Meessen, Karl, Riesenkampff, Alexander** (Hrsg.), Kartell-recht – Europäisches und Deutsches Recht, 2. Aufl. München 2009 [*Bear-beiter* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, KartellR]
- Looschelders, Dirk**, Schuldrecht Besonderer Teil, 5. Aufl., München 2010 [*Looschelders*, SchuldR BT]
- Lorenz, Egon** (Hrsg.), Karlsruher Forum 2006: Schadensersatz – Zwecke, Inhal-te, Grenzen, VersR- Schriften Bd. 35, Karlsruhe 2006 [*Beitrag* Karlsruher Forum 2006]
- Lutz, Martin**, Schwerpunkte der 7. GWB-Novelle, WuW 2005, 718
- Medicus, Dieter**, Bürgerliches Recht, 22. Aufl., Köln 2009
- ders.*, Die verschärfte Haftung des Bereicherungsschuldners, JuS 1993, 705
- Meessen, Karl M.**, Die 7. GWB-Novelle – verfassungsrechtlich gesehen, WuW 2004, 733
- Meier-Beck, Peter**, Herausgabe des Verletzergewinns – Strafschadensersatz nach deutschem Recht?, GRUR 2005, 617
- Menke, Burkhardt**, Die moderne informationsökonomische Theorie der Werbung und ihre Bedeutung für das Wettbewerbsrecht, dargestellt am Beispiel der vergleichenden Werbung, GRUR 1993, 718

- Mertens, Hans-Joachim**, Kollektivrechtlicher Schadensersatz als Mittel des Verbraucherschutzes – Überlegungen zur Einführung eines kollektivrechtlichen Schadensersatzanspruchs im Rahmen von § 3 UWG, ZHR 139 (1975), 438
- Mestmäcker, Ernst-Joachim**, Der verwaltete Wettbewerb – Eine vergleichende Untersuchung über den Schutz von Freiheit und Lauterkeit im Wettbewerbsrecht, Tübingen 1984 [*Mestmäcker*, Der verwaltete Wettbewerb]
- Meyers Enzyklopädisches Lexikon** in 25 Bänden, 9. Aufl. Mannheim 1977
- Meyer-van Raay, Oliver/ Deitermann, Jörg**, Gefangen in der (Internet-) Kostenfalle?, VuR 2009, 335
- Micklitz, Hans-W./ Stadler, Astrid**, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft; Forschungsvorhaben im Auftrag des Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft, Endbericht Band 1, Münster 2005 [*Bearbeiter* in Micklitz/Stadler, Verbandsklagerecht]
- dies.**, „Unrechtsgewinnabschöpfung“ – Möglichkeiten und Perspektiven eines kollektiven Schadensersatzanspruches im UWG; Gutachten für das Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft, Juli 2002; veröffentlicht Baden-Baden 2003 [*Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung]
- Möhring, Philipp**, Einzelfragen der Schadensliquidation im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1931, 419
- Möhring, Phillipp/ Nicolini, Käte**, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. München 2000 [*Bearbeiter* in Möhring/Nicolini, UrhG]
- Mönch, Harald J.**, Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG, ZIP 2004, 2032
- Mörsdorf-Schulte, Juliana**, Strafschadensersatz – eine deutsche Hassliebe?, NJW 2006, 1184

**Monopolkommission**, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, 41. Sondergutachten nach §§ 44 Abs. 1 S. 4 GWB, Baden-Baden 2004

**Moser von Filsek, Richard**, Anmerkung zu BGH, Urt. vom 29.05.1962, I ZR 132/60 – *Dia-Rähmchen II*, GRUR 1962, 513

**Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, hrsg. von *Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland*:

Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München 2007

Bd. 3, Schuldrecht Besonderer Teil, 5. Aufl., München 2008

Bd. 4, Schuldrecht Besonderer Teil II, 5. Aufl., München 2009

Bd. 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, 5. Aufl., München 2009

[*Bearbeiter in MüKo-BGB Bd.*]

Bd. 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, 4. Aufl. München 2004

[*Bearbeiter in MüKo-BGB, 4. Aufl., Bd.*]

**Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)**, hrsg. von *Hirsch, Günter/ Montag, Frank/ Säcker, Franz Jürgen*: Band 2, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), München 2008 [*Bearbeiter in MüKo-GWB*]

**Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht**, hrsg. von *Heermann, Peter W./ Hirsch, Günter*, München 2006 [*Bearbeiter in MüKo-Lauterkeitsrecht*]

**Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, hrsg. von *Joecks, Wolfgang/ Miebach, Klaus*, Bd. 2/1 §§ 52-79b, München 2005 [*Bearbeiter in MüKo-StGB*]

**Nacke, Hans Hermann**, Das UWG als Trojanisches Pferd?, NJW Editorial Heft 29/2003

**Neuberger, Julius**, Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich, Tübingen 2006 [*Neuberger, Gewinnabschöpfungsanspruch*]

- Nordemann, Axel/ Nordemann, Jan Bernd/ Nordemann, Wilhelm**, Wettbewerbsrecht Markenrecht, 10. Aufl., Baden-Baden 2004 [*Nordemann, Wettbewerbsrecht Markenrecht*]
- Nümann, Peter/ Mayer, Markus A.**, Rechtfertigung und Kritik von Massenabmahnungen gegen Urheberrechtsverletzungen in Filesharing-Netzwerken, ZUM 2010, 321
- Oppermann, Bernd H./ Müller, Sandra**, Wie verbraucherfreundlich muss das neue UWG sein? – Eine Synopse lauterkeitsrechtlicher Instrumente, GRUR 2005, 280
- von der Osten, Horst**, Zum Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns im Patentrecht, GRUR 1998, 284
- Ott, Claus/ Schäfer, Hans-Bernd**, Begründung und Bemessung des Schadensersatzes wegen entgangener Sachnutzung, ZIP 1986, 613
- Palandt, Otto** (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl. München 2011 [*Palandt/ Bearbeiter*]
- Peifer, Karl-Nikolaus**, Die dreifache Schadensberechnung im Lichte zivilrechtlicher Dogmatik – Lektionen aus der Schweiz am Vorabend der Umsetzung der Sanktionenrichtlinie?, WRP 2008, 48
- Peukert, Alexander/ Kur, Annette**, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in deutsches Recht, GRUR Int 2006, 292
- Pinski, Monika**, Abschöpfungsregelungen im Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2006
- Piper, Henning/ Ohly, Ansgar/ Sosnitza, Olaf**, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl., München 2010 [*Bearbeiter in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG*]

- Pokrant, Günther**, Zum Verhältnis von Gewinnabschöpfung gemäß § 10 und Schadensersatz nach § 9 UWG, in: *Ahrens u.a. (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006*, S. 813 [*Pokrant FS Ullmann 2006*]
- Preu, Albert**, Richtlinien für die Bemessung von Schadenersatz bei Verletzung von Patenten, *GRUR* 1979, 753
- Prinz, Matthias**, Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Medien, *NJW* 1996, 953
- ders.**, Der Schutz der Persönlichkeitsrechte vor Verletzungen durch die Medien, *NJW* 1995, 817
- Pross, Ulrich**, Verletzererwerb und Gemeinkosten, in: *Keller, Erhard u.a. (Hrsg.), Festschrift für Winfried Tilmann zum 65. Geburtstag, Köln 2003*, S. 881 [*Pross FS Tilmann 2003*]
- de Quervain, Dominique J.-F./ Fischbacher, Urs/ Treyer, Valerie/ Schellhammer, Melanie/ Schnyder, Ulrich/ Buck, Alfred/ Fehr, Ernst**, The Neural Basis of Altruistic Punishment, in: *Science* Vol. 305, S. 1254-1258 [2004] [*de Quervain/Fischbacher et al. in Science* Vol. 305, 1254]
- van Raay, Anne**, Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG: Erste Schritte, *VuR* 2007, 47
- Reuss, Robert M.**, John Locke und Thomas Hobbes – Englische Aufklärer und ihre Verantwortung für das erste Urheberrechtsgesetz der Welt (*Act of Anne* 1710), *UFITA* 2005 (Bd. II), 433
- Reuter, Michael/ Martinek, Dieter**, Ungerechtfertigte Bereicherung, in: *Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Bd. IV, Tübingen 1983* [*Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung*]
- Rinnert, Sandra/Küppers, Christoph/Tilmann, Winfried**, Schadensberechnung ohne Einschluss der Gemeinkosten, in: *Bopp, Thomas/ Tilmann, Winfried (Hrsg.), Recht und Wettbewerb, Festschrift für Horst Helm zum 65. Geburtstag, München 2002*, S. 337 [*Rinnert/Küppers/Tilmann FS Helm 2002*]



- Rojahn, Sabine**, Praktische Probleme bei der Abwicklung der Rechtsfolgen einer Patentverletzung, GRUR 2005, 623
- Ronellenfitsch, Michael**, Schranken einer Privatisierung der staatlichen Unfalluntersuchung im Bereich der Eisenbahn, NVwZ 1998, 1021
- Roschmann, Christian**, Recht, Gerechtigkeit und ökonomisches Handlungsmodell, Baden-Baden 2003 [*Roschmann, Ökonomisches Handlungsmodell*]
- Rosengarten, Joachim**, Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht, NJW 1996, 1935
- Rübenstahl, Markus/ Schilling, Hellen**, Doppelter Verfall? – Zur Frage mehrfacher Vermögensabschöpfung bei Straftaten mit Auslandsbezug, HRRS 2008, 492
- Runkel, Kai**, Der Abzug von Kosten vom Verletzergewinn nach der „Gemeinkostenanteil“- Entscheidung des BGH, WRP 2005, 968
- Rusch, Konrad**, Gewinnhaftung bei der Verletzung von Treuepflichten, Tübingen 2003
- Sachs, Michael** (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl., München 2009 [*Bearbeiter in Sachs, GG*]
- Sack, Rolf**, Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der geplanten UWG- Novelle, WRP 2003, 549
- ders.**, Die Lizenzanalogie im System des Immaterialgüterrechts, in *Forkel* u.a. (Hrsg.), Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, Festschrift für Heinrich Hubmann, Frankfurt a. M. 1985, S. 373 [*Sack FS Hubmann 1985*]
- von Savigny, Friedrich Karl**, System des heutigen römischen Rechts, Band 5, Berlin 1841 [*Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. 5*]
- Schack, Haimo**, Anmerkung zu BGH Urt. v. 5.10.2006 – I ZR 277/03 (kinski-klaus.de), JZ 2007, 366
- ders.**, Anmerkung zu BGH Urt. v. 1.12.1999 – I ZR 49/97 (Marlene Dietrich), JZ 2000, 1060

- ders.*, Besprechung zu *Götting*, Horst-Peter, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, AcP 195 (1995), S. 594
- Schäfer, Hans-Bernd/ Ott, Claus**, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl., Berlin 2005 [*Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse]
- Schaub, Renate**, Schadensersatz und Gewinnabschöpfung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, GRUR 2005, 918
- Schlechtriem, Peter**, Bereicherung aus fremdem Persönlichkeitsrecht, in: *Fischer* u.a. (Hrsg.), Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 445 [*Schlechtriem* FS Hefermehl 1976]
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 15.11.1994 – VI ZR 56/94 (Erfundenes Exklusiv-Interview), JZ 1995, 362
- Schmauß, Maximilian**, Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der Neufassung des § 10 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Baden-Baden 2007 [*Schmauß*, Gewinnabschöpfungsanspruch]
- Schmidt-Salzer, Joachim**, Zur Technik der topischen Rechtsbildung: Angemessene Lizenzgebühr und Verletzerertrag als Grundlagen der Schadensberechnung, JR 1969, 81
- Schönke, Adolf/ Schröder, Horst**, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., München 2010 [*Bearbeiter* in Schönke/Schröder, StGB]
- Schopenhauer, Arthur**, Die Welt als Wille und Vorstellung, in: *v. Löhneysen* (Hrsg.), Arthur Schopenhauer- Sämtliche Werke, Bd. I, 2. Aufl. Stuttgart/Frankfurt a. M. 1968 [*Schopenhauer* Gesamtausgabe 1968 Bd. I]
- ders.*, hrsg. von *Frauenstädt, Julius*: Aus Arthur Schopenhauer's handschriftlichem Nachlaß. Abhandlungen, Anmerkungen, Aphorismen und Fragmente, Leipzig 1864 [*Frauenstädt*, Aus Arthur Schopenhauer's handschriftlichem Nachlaß]
- Schricker, Gerhard** (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Aufl. München 2006 [*Bearbeiter* in Schricker, UrhR]

- ders.*, Urheberrecht, 2. Aufl. München 1999 [*Bearbeiter* in Schricker, UrhR, 2. Aufl.]
- ders.*, Zur Reform des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb – Schadensersatzansprüche der Abnehmer und Rücktritt vom Vertrag bei irreführender und unlauterer Werbung, GRUR 1979, 1
- ders.*, Die Rolle des Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts bei der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int 1973, 694
- Schricker, Gerhard/ Loewenheim, Ulrich**, Urheberrecht, 4. Aufl. München 2010 [*Bearbeiter* in Schricker/Loewenheim, UrhR]
- Schulz, Fritz**, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP Bd. 105 (1909), 1
- Schulze, Gernot**, Zum Verschulden im Urheberrecht beim Abdruck von Werbeanzeigen – Eine Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 29.4.1993, GRUR 1994, 702
- Schulze zur Wiesche, Jörg**, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20.3.1981, I ZR 10/79 – *Preisvergleich*, GRUR 1981, 661
- Schütt, Marc**, Individualrechtsschutz nach der 7. GWB-Novelle, WuW 2004, 1124
- Schwerdtner, Peter**, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, JuS 1978, 289
- Sedlmaier, Roman**, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 2.11.2000 – I ZR 246/98 (Gemeinkostenanteil), CR 2001, 221
- Seemann, Bruno**, Prominenz als Rechtsgut, UFITA Bd. 131 (1996), 5
- Sieme, Stefan**, Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG und die Vorteilsabschöpfung gem. §§ 34, 34a GWB, Berlin 2009 [*Sieme*, Gewinnabschöpfungsanspruch und Vorteilsabschöpfung]
- Soergel, Hans Theodor / Spickhoff, Andreas**, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 12, Schuldrecht 10, 13. Aufl., Stuttgart 2005 [*Bearbeiter* in Soergel/Spickhoff, BGB]

- Sosniza, Olaf**, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland, GRUR 2003, 739
- Spengler, Albrecht**, Ist das Verschuldensprinzip nicht mehr zeitgemäß? – Wandel der Schadensersatzvoraussetzungen im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1958, 212
- Stadler, Astrid**, Der Gewinnabschöpfungsanspruch: eine Variante des *private enforcement*?, in: *Augenhofer, Susanne* (Hrsg.), Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, Tübingen 2009 [*Stadler* in *Augenhofer, Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*]
- Stadler, Astrid**, Bündelung von Verbraucherinteressen im Zivilprozess, in *Brönneke, Tobias* (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess – Gruppenklagen, Verbandsmusterklagen, Verbandsklagebefugnis und Kosten des kollektiven Rechtsschutzes, Baden-Baden 2001, S. 1 [*Stadler* in *Brönneke, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess*]
- Stadler, Astrid/Micklitz, Hans-W.**, Der Reformvorschlag der UWG- Novelle für eine Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung, WRP 2003, 559
- von Staudinger, Julius**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2005 ff. [*Bearbeiter* in *Staudinger, BGB*]
- Steffen, Erich**, Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzung durch Medien- Ein Plädoyer gegen formelhafte Berechnungsmethoden bei der Geldentschädigung, NJW 1997, 10
- Steindorff, Ernst**, Gesetzgeberische Möglichkeiten zur verbesserten Durchsetzung des GWB, ZHR 138 (1974), 504
- Stoll, Carsten**, Die dreifache Schadensberechnung im Wettbewerbs- und Markenrecht als Anwendungsfall des allgemeinen Schadensrechts, Tübingen, 2000 [*C. Stoll, Dreifache Schadensberechnung*]

- Stoll, Hans**, Haftungsfolgen im Bürgerlichen Recht – Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, Heidelberg 1993 [*H. Stoll*, Haftungsfolgen]
- Stürner, Rolf**, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998, 1
- Teplitzky, Otto**, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Köln u.a. 2007 [*Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche]
- ders.**, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 7. Aufl., Köln u.a. 1997 [*Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Aufl.]
- ders.**, Die Durchsetzung des Schadensersatzzahlungsanspruchs im Wettbewerbsrecht, GRUR 1987, 215
- Thomas, Heinz/ Putzo, Hans**, Zivilprozessordnung, 30. Aufl., München 2009 [*Bearbeiter* in Thomas/Putzo, ZPO]
- Tilmann, Winfried**, Gewinnherausgabe im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht – Folgerungen aus der Entscheidung „Gemeinkostenanteil“, GRUR 2003, 647
- Tilmann, Winfried**, Konstruktionsfragen zum Schadensersatz nach der Durchsetzungs-Richtlinie, in: *Grosch/ Ullmann* (Hrsg.), Gewerbliche Schutzrechte und ihre Durchsetzung – Festschrift für Tilmann Schilling zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 2007, S. 367 [*Tilmann* FS Schilling 2007]
- ders.**, Der Auskunftsanspruch, GRUR 1987, 251
- ders.**, Kostenhaftung und Gebührenrechnung bei Unterlassungsklagen gegen Streitgenossen im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1986, 691
- ders.**, Zur Rechtsstellung des Verbrauchers bei Wettbewerbsdelikten, ZHR 141 (1977), 32
- Troller, Alois**, Immaterialgüterrecht, Bd. I, 3. Aufl., Basel/ Frankfurt a. M. 1983
- Trube, Claus Moritz**, Das (neue) „Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)“, JurPC Web-Dok. 228/2004
- Ulmer, Eugen**, Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht, GRUR 1937, 769

- Ulmer, Peter*, Der Begriff „Leistungswettbewerb“ und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, GRUR 1977, 565
- Ullmann, Eike*, Caroline v., Marlene D., Eheleute M. – ein fast geschlossener Kreis, WRP 2000, 1049
- ders.*, Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1978, 615
- von Ungern-Sternberg, Joachim*, Schadensersatz in Höhe des sog. Verletzergewinns nach Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie, in: *Hilty u.a.* (Hrsg.), Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag, München 2009, S. 351 [v. *Ungern-Sternberg* FS Loewenheim 2009]
- ders.*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2008 und 2009 (Teil II), GRUR 2010, S. 386
- Veil, Rüdiger*, Gewinnabschöpfung im Kapitalmarktrecht, ZGR 2005, S. 155
- Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv)**, Recht durchsetzen – Verbraucher stärken, Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Klageinstrumente, Informationsbroschüre, Berlin 2011
- Vollkommer, Max*, Zum Schutz der Persönlichkeit vor Vermarktung durch die Medien, in: *Isensee u.a.* (Hrsg.), Freiheit und Eigentum – Festschrift für Walter Leisner, Berlin 1999, S. 599 [*Vollkommer* FS Leisner 1999]
- Vollmer, Lothar*, Wettbewerbsrechtliche Mehrerlösabschöpfung nach der UWG- und GWB-Novelle, DB 1979, 2213
- Wagner, Gerhard*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Band I: Gutachten, München 2006 [*Wagner* Verhandlungen 66. DJT Bd. I]
- ders.*, Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, 2049

- ders.*, Anmerkung zu BGH Urt. v. 1.12.1999, I ZR 49/97 und I ZR 226/97, GRUR 2000, 717
- ders.*, Geldersatz für Persönlichkeitsrechtsverletzungen, ZEuP 2000, 200
- Wandtke, Artur-Axel** (Hrsg.), Urheberrecht, Berlin 2009 [*Wandtke, UrhR*]
- Wandtke, Artur-Axel/ Bullinger, Winfried**, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl., München 2009 [*Bearbeiter in Wandtke/Bullinger, UrhR*]
- Wessels, Johannes/ Beulke, Werner**, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau, 38. Aufl., Heidelberg 2008 [*Wessels/Beulke, Strafrecht AT*]
- Wilburg, Walter**, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau, Graz 1934 [*Wilburg, Ungerechtfertigte Bereicherung*]
- Wimmer-Leonhardt, Susanne**, UWG- Reform und Gewinnabschöpfungsanspruch oder „Die Wiederkehr der Drachen“, GRUR 2004, 12
- Zahn, Alexander**, Die Herausgabe des Verletzergewinns, Köln 2005 [*Zahn, Verletzergewinn*]
- Zöller, Richard** (Begr.), Zivilprozessordnung, 28. Aufl. Köln 2010 [*Bearbeiter in Zöller, ZPO*]
- Zweigert, Konrad/ Kötz, Hein**, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996 [*Zweigert/Kötz, Einführung Rechtsvergleichung*]

Soweit Altauflagen zitiert werden, sind diese durch Angabe der Auflage gekennzeichnet.

Die Verf. verweist gelegentlich ausdrücklich auf Bezugnahmen anderer Autoren. Soweit sich die dort zitierten Fundstellen durch in dieser Arbeit berücksichtigte Neuauflagen verändert haben, wurden die Verweise dabei grundsätzlich der aktuelleren Auflage angepasst.

Der präventiv ausgerichtete, vorsatzabhängige Verbandsanspruch auf Gewinnabschöpfung zugunsten des Bundeshaushalts nach § 10 UWG, eingeführt mit der UWG-Novelle von 2004, war vom ersten Entwurf an rechtspolitisch heftig umstritten – als unpraktikabel beklagten ihn die einen, als unverhältnismäßige Belastung für die Wirtschaft und in zivilrechtsfremder Weise strafend ausgerichtet fürchten ihn die anderen. Derartigen Bedenken wurde und wird regelmäßig der bestehende Kontext anderer gewinnbezogener Regelungen, insbesondere die funktionierende Rechtspraxis der Herausgabe des Verletzergewinns im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht entgegengehalten. Bisher geringe Erfolgszahlen und insgesamt niedrige Abschöpfungsbeträge bei der Durchsetzung des UWG-Gewinnabschöpfungsanspruchs scheinen nach den ersten Jahren in der Praxis allerdings vor allem die Zweifel an dessen Wirksamkeit zu bestätigen.

In dieser Arbeit wird daher eine Analyse der strukturellen Besonderheiten des § 10 UWG gegenüber anderen gewinnbezogenen Haftungsinstituten vorgenommen. Anschließend wird untersucht, inwieweit sich seine spezifischen Anwendungsprobleme de lege ferenda beheben ließen und in welchen Fällen umgekehrt ein zivilrechtlicher Gewinnabschöpfungsanspruch im Lauterkeitsrecht von vorneherein nur ganz begrenzte Präventionswirkung entfalten kann, so dass insoweit über alternative Instrumentarien nachgedacht werden sollte.

