

Professor Dr. Karl-Heinz Fezer

78465 Konstanz (Litzelstetten)  
Luzzilonweg 5  
Fon: 0 75 31/4 42 42  
Fax: 0 75 31/955 621  
E-Mail: Karl-Heinz.Fezer@t-online.de

## **Stellungnahme**

von

Professor Dr. Karl-Heinz Fezer, Universität Konstanz

zu der Vorlage

Gesetzentwurf der Bundesregierung

### **Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG)**

Drucksache 17/9852

### **Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages**

am Mittwoch, den 27. Juni 2012

## **I. Gegenstand der Stellungnahme**

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme vom 11. Mai 2012 zu dem Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG) unter den Nr. 13, 14, 15 und 19 zu dem Gesetzentwurf der Bundes-

regierung weitergehende Gesetzesänderungen zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Interesse einer Effektuierung der private enforcement im Kartellrecht empfohlen.

### **1. Regelungsgegenstand der Nr. 13 der Stellungnahme des Bundesrates**

Nr. 13 der Stellungnahme des Bundesrates betrifft Art. 1 Nr. 17 lit. a des Gesetzentwurfs: § 34 Abs. 1 S. 1 GWB.

Regelungsgegenstand der empfohlenen Gesetzesänderung ist die Verschuldensunabhängigkeit der nach geltendem Recht im Sinne von Vorsatz oder Fahrlässigkeit verschuldensabhängigen Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde.

### **2. Regelungsgegenstand der Nr. 14 der Stellungnahme des Bundesrates**

Nr. 14 der Stellungnahme des Bundesrates betrifft Art. 1 Nr. 18 des Gesetzentwurfes: § 34a Abs. 1, Abs. 4 S. 2 und 3, Abs. 5 GWB.

Regelungsgegenstand der empfohlenen Gesetzesänderungen sind (1) die Verschuldensunabhängigkeit der nach geltendem Recht im Sinne von Vorsatz verschuldensabhängigen Vorteilsabschöpfung durch die klagebefugten Einrichtungen und Verbände, (2) die Streichung der Anspruchsvoraussetzung, nach der der Vorteil zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern erlangt worden sein muss und (3) die Herausgabe der abgeschöpften Beträge an ein zweckgebundenes Sondervermögen des Bundes an Stelle einer Herausgabe an den Bundeshaushalt.

### **3. Regelungsgegenstand der Nr. 15 der Stellungnahme des Bundesrates**

Nr. 15 der Stellungnahme des Bundesrates betrifft Art. 1 Nr. 18a – neu –: § 34b – neu – GWB.

Regelungsgegenstand der empfohlenen Gesetzesänderung ist die Errichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens zur Verwaltung und zweckentsprechenden Verwendung der Beträge der Vorteilsabschöpfung und der prozentualen Verbraucheranteile an den Kartellbußen.

#### **4. Regelungsgegenstand der Nr. 19 der Stellungnahme des Bundesrates**

Nr. 19 der Stellungnahme des Bundesrates betrifft Art. 1 Nr. 38a – neu –: § 82a Abs. 2 S. 3 – neu – GWB.

Regelungsgegenstand der empfohlenen Gesetzesänderung ist die zweckgebundene Zuweisung eines Anteils von 20% der erhobenen Bußgelder wegen Kartellrechtsverstößen an ein Sondervermögen des Bundes zur Stärkung der institutionalisierten Verbraucherarbeit und zur Verringerung des Prozesskostenrisikos der klagebefugten Einrichtungen und Verbände.

## **II. Gegenäußerung der Bundesregierung**

In der Gegenäußerung der Bundesregierung (Nr. 13, 14, 15 und 19) werden im Wesentlichen die Empfehlungen des Bundesrates (1) zur Verschuldensunabhängigkeit der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde sowie durch die klagebefugten Einrichtungen und Verbände und (2) die Zuweisung der Beträge der Vorteilsabschöpfung und eines prozentualen Verbraucheranteils an den Kartellbußen an ein zweckgebundenes Sondervermögen abgelehnt.

## **III. Allgemeine grundsätzliche Stellungnahme**

### **1. Meine „Juristische Expertise“ vom 21. Februar 2012**

Die vom Bundesrat gegenüber dem Gesetzentwurf der Bundesregierung weitergehend vorgeschlagenen Gegenstände einer Gesetzesänderung des GWB stellen im

Interesse einer Stärkung des Verbraucherschutzes und einer Verbesserung der Arbeit der Verbraucherorganisationen sachgerechte und effiziente Regelungen dar, die einer Effektuierung der private enforcement im Kartellrecht – auch und gerade unter Berücksichtigung der europäischen Kartellrechtspolitik – entsprechen.

Den vorgeschlagenen Gesetzesänderungen einer gesetzlichen Zweckbindung der kartellrechtlichen Vorteilsabschöpfung und eines prozentualen Verbraucheranteils an Kartellbußen, sowie der Errichtung eines Sondervermögens des Bundes aus den Vorteilserlösen und den verbraucherbezogenen Bußgeldanteilen zum Zwecke einer Finanzierung der Verbraucherarbeit der Verbraucherorganisationen ist nachhaltig zuzustimmen.

Die vom Bundesrat vorgeschlagenen Gesetzesänderungen entsprechen im Grundsatz weitgehend den in meiner Juristischen Expertise „Fondsbasierte Finanzierung der Verbraucherarbeit durch Zweckbindung einer Unrechtserlösabschöpfung und eines Verbraucheranteils an Kartellbußen in einem Sondervermögen“ vom 21. Februar 2012, die im Auftrag des Landes Nordrhein-Westfalen erstellt und unter dem Titel „Zweckgebundene Verwendung von Unrechtserlösen und Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit“ veröffentlicht wurde.

Die Juristische Expertise füge ich als Anlage zu dieser Stellungnahme bei und verweise auf die ausführlichen Begründungen der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen.

## **2. Zusammenfassende Beurteilung**

In der vorliegenden Stellungnahme beschränke ich mich auf eine meine Begründung zusammenfassende Anmerkung auf der Grundlage meiner Juristischen Expertise vom 21. Februar 2012. Anschließend gehe ich auf die ablehnenden Argumente in der Gegenäußerung der Bundesregierung ein.

(1) Die Zielsetzung, die mit der 8. GWB-Novelle verbunden wird, die private Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht durch eine Erweiterung der Anspruchsberechtigung und Klagebefugnis der Verbraucherorganisationen effektiver zu gestalten, ist zwar nachhaltig zu begrüßen. Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen zum Unterlassungsanspruch und Anspruch auf Vorteilsabschöpfung – allerdings nur für den Fall von Massen- oder Streuschäden – sind aber unzureichend, um die Verbraucherorganisationen in einer effizienten Weise an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung zu beteiligen. In der jetzigen Fassung kommt dem Gesetzentwurf der Bundesregierung aus der Sicht einer Stärkung der Verbraucherorganisationen nur eine Ankündigungsfunktion zu. Es bedarf keiner Prophetie, um als sicher feststellen zu können, dass der Abschöpfungsregelung des § 34a GWB in dieser Fassung auch zukünftig keine praktische Bedeutung zukommen wird, weil die Regelung ins Leere läuft.

(2) Die Ineffizienz der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung durch die Verbände nach § 34a GWB beruht im Wesentlichen auf der restriktiven Anwendungsvoraussetzung der Verschuldensart des Vorsatzes (siehe dazu unten IV 1 a) und der Rechtsfolge einer Herausgabe der abgeschöpften wirtschaftlichen Vorteile an den Bundeshaushalt (siehe dazu unten IV 2 a und b).

(a) Die restriktive Anwendungsvoraussetzung der Verschuldensart des Vorsatzes war schon bei der Einführung des § 34a GWB nicht aus Gründen des Kartellrechts gerechtfertigt. Die Einführung der kartellrechtlichen Regelung beruht auf einer Übernahme der lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsregelung des § 10 UWG. Die Ineffizienz des lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsregimes nach § 10 UWG ist zwischenzeitlich durch verschiedene Evaluierungen belegt und wird durch eine Analyse der instanzgerichtlichen Rechtsprechung bestätigt.

Unabhängig von der lauterkeitsrechtlichen Rechtslage ist im Kartellrecht die Anwendungsvoraussetzung der Verschuldensform des Vorsatzes anachronistisch. Es ist aus keinem Sachgrund gerechtfertigt, bei der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 GWB die Verschuldensart der Fahrlässigkeit als Anwendungsvo-

raussetzung zu normieren und bei der Vorteilsabschöpfung durch die Verbraucherorganisationen den Nachweis von Vorsatz zu verlangen. Diesem restriktiven Verschuldenserfordernis bei der Vorteilsabschöpfung durch die Verbraucherorganisationen kommt eine Abschreckungsfunktion zu, von diesem Rechtsbehelf Gebrauch zu machen.

(b) Bei der Rechtsfolge einer Herausgabe des wirtschaftlichen Vorteils an den Bundeshaushalt besteht sowohl bei dem kartellrechtlichen als auch bei dem lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsregime der §§ 34a GWB und 10 UWG weitgehende Einigkeit dahin, dass die Ineffizienz der Vorschriften aus Sicht des Verbraucherschutzes auf dieser Regelung der Erlösabführung beruht. Selbst wenn kein Sondervermögen zur zweckentsprechenden Verwendung der abgeschöpften Vorteile und der prozentualen Verbraucheranteile an Kartellbußen errichtet wird, so ist zumindest in Bezug auf die Vorteilsabschöpfung eine Herausgabe an die klagenden Verbraucherorganisationen geboten.

Der Vorsitzende Richter des Wettbewerbssenats des BGH und Mitglied des Kartellsenats *Joachim Bornkamm* bezeichnet das Vorsatzerfordernis bei der Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB – neben dem Fehlen der Anspruchsberechtigung der Verbraucherverbände – als den gewichtigsten Geburtsfehler und die Abführung des wirtschaftlichen Vorteils an den Fiskus als das Fehlen eines Anreizes zur Geltendmachung des Abschöpfungsanspruchs.

(3a) Ein Rechtsregime, das der gesetzgeberischen Zielsetzung der Vorteilsabschöpfung im Sinne einer Stärkung des Verbraucherschutzes adäquat ist, verlangt die Bildung eines zweckgebundenen Sondervermögens. Die Zweckbindung der abgeschöpften Ressourcen in einem Sondervermögen ist die angemessene Rechtsfolge im Sinne des Anspruchs auf Erlösabschöpfung als eines Anspruchs eigener Art.

Die Bildung eines zweckgebundenen Sondervermögens ist gegenüber einer nur mittelbaren Zweckbindung der Verbandsfinanzmittel aufgrund der Organisationsstruktur der aktivlegitimierten Verbände und Einrichtungen vorzuziehen. Die Organisation eines Sondervermögens bietet ein hohes Maß an Rechtssicherheit hinsichtlich einer

zweckgebundenen Mittelverwendung und bietet zugleich rechtliche Vorkehrungen zur Verhinderung von Missbrauchskonstellationen.

(b) Die rechtliche Organisationsform eines zweckgebundenen Sondervermögens als ein Sondervermögen des Bundes entspricht den verfassungsrechtlichen Haushaltsgrundsätzen auf der Grundlage des Art. 110 GG.

#### **IV. Gegenäußerung der Bundesregierung**

##### **1. Verschuldensunabhängigkeit der Vorteilsabschöpfung als Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse**

###### **a) Verschuldensarten des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit**

Die Bundesregierung lehnt die Verschuldensunabhängigkeit der Vorteilsabschöpfung im Kartellrecht ab. Zur kartellbehördlichen Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB wird festgestellt, dass eine Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nur dann sachgerecht sei, wenn die kartellrechtswidrige Handlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen werde.

Unabhängig davon, ob von der grundsätzlichen Legitimität einer verschuldensunabhängigen Vorteilsabschöpfung entsprechend der vom Bundesrat vorgeschlagenen Gesetzesänderung auszugehen ist, ist an der Gegenäußerung der Bundesregierung zu § 34 GWB auffallend, dass diese Argumentation bei der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung durch die Verbände nach § 34a GWB nur insoweit wiederholt wird, als eine verschuldensunabhängige Vorteilsabschöpfung abgelehnt wird; der Hinweis auf die Verschuldensarten des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit finden sich nicht mehr.

Wenn die Bundesregierung die Vorteilsabschöpfung nach einer kartellrechtswidrigen Handlung bei Vorliegen von Vorsatz oder Fahrlässigkeit – und das meint auch die leichte Fahrlässigkeit – für sachgerecht hält, dann muss selbst nach dieser Argu-

mentation auch die Vorteilsabschöpfung durch die Verbände bei Vorliegen von leichter Fahrlässigkeit zulässig sein.

Nach geltendem Recht ist die verwaltungsrechtliche Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde schon bei Vorliegen von Vorsatz oder Fahrlässigkeit, die zivilrechtliche Vorteilsabschöpfung durch die Verbände nach § 34a GWB allerdings nur bei Vorliegen von Vorsatz gegeben. Selbst wenn von der Argumentation der Bundesregierung ausgegangen wird, dann ist als Mindestforderung an eine Gesetzesänderung die Angleichung des § 34a GWB an die Verschuldensvoraussetzungen des § 34 GWB geboten. Es ist unter keinem Gesichtspunkt sachgerecht, die zivilrechtliche Vorteilsabschöpfung durch die Verbände an die erhöhte Verschuldensform des Vorsatzes zu knüpfen.

Die Schlechterstellung der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung im Kartellrecht ist auch mit der allgemeinen Zielsetzung, die mit der 8. GWB-Novelle verbunden wird, die private Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht durch eine Erweiterung der Anspruchsberechtigung und Klagebefugnis der Verbraucherorganisationen effektiver zu gestalten, nicht zu vereinbaren. Die von der Bundesregierung vorgeschlagenen Gesetzesänderungen zum Unterlassungsanspruch und Anspruch auf Vorteilsabschöpfung nehmen eine Rechtsentwicklung auf europäischer Ebene auf und sind insoweit nachhaltig zu begrüßen, bedürfen allerdings, um in effizienter Weise die Verbraucherorganisationen an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung zu beteiligen, zumindest einer Anpassung des § 34a GWB an die Verschuldensarten des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit entsprechend § 34 GWB.

## **b) Vorteilsschätzung**

Das gilt auch für die Regelung des § 34 Abs. 4 S. 1 GWB, nach der die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils geschätzt werden kann. Auch die klagebefugten Verbände und Einrichtungen sollten – wie die Kartellbehörde bei der Vorteilsabschöpfung – berechtigt sein, die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils zu schätzen.

Die bisher nur für die Kartellbehörde geltende Regelung des § 34 Abs. 4 S. 1 GWB sollte entsprechende Anwendung finden.

### **c) Beweislastumkehr als Alternativmodell**

Selbst wenn an dem Verschuldenserfordernis einer Vorteilsabschöpfung im Kartellrecht festgehalten wird, ist die Regelung einer Beweislastumkehr als Alternativmodell im Interesse einer effektiven Kartellrechtsdurchsetzung durch die Verbände geboten. In meiner Juristischen Expertise habe ich deshalb zumindest als ein Alternativmodell zur Normierung einer verschuldensunabhängigen Unrechtserlösabschöpfung vorgeschlagen, ein Verschulden im Sinne des § 276 BGB zwar als Anwendungsvoraussetzung einer Unrechtserlösabschöpfung zu normieren, die Anwendungsvoraussetzung des Verschuldens aber zugleich mit der Regelung einer Beweislastumkehr zu verbinden. Eine solche normative Ausgestaltung einer Unrechtserlösabschöpfung verlangt bei Vorliegen objektiver Kartellrechtswidrigkeit von dem Unternehmer den Nachweis, dass ihn an dem Verstoß gegen das GWB kein Verschulden – und zwar weder grobe Fahrlässigkeit noch leichte Fahrlässigkeit – trifft.

### **d) Rechtsnatur des Abschöpfungsanspruchs als Anspruch sui generis**

In meiner Juristischen Expertise habe ich ausführlich die Rechtsnatur des Anspruchs auf Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse als eines Anspruchs sui generis begründet. Der Abschöpfungsanspruch ist als ein Anspruch eigener Art weder auf Schadensersatz noch auf Bereicherungsausgleich, sondern auf Erlösherausgabe gerichtet. Die originäre Funktion eines Abschöpfungsanspruchs liegt in der Prävention und der damit verbundenen Verhaltenssteuerung am Markt.

Es ist aus keinem Sachgrund gerechtfertigt, illegitime Unrechtserlöse, die durch Kartellrechtsverstöße erwirtschaftet werden, von der privaten Kartellrechtsdurchsetzung im Wege der Vorteilsabschöpfung durch Verbraucherorganisationen auszuschließen.

Unrechtserlöse als Folge von Kartellrechtsverstößen verursachen unabhängig von individuellen Schädigungen Fehlallokationen zum Nachteil der Verbraucher als Akteursgruppe am Markt. Gerade weil der Allokationsmechanismus des Marktes zu Lasten der Verbrauchergruppe versagt, ist im Allgemeininteresse ein verschuldens-unabhängiger Ressourcentransfer über das Rechtsinstitut eines Präventionsanspruchs gerechtfertigt.

**e) Anwendungsvoraussetzung „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern“**

Aus diesem Grunde ist es auch gerechtfertigt, auf die restriktive Anwendungsvoraussetzung, der Vorteil müsse „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern“ erlangt worden sein, zu verzichten.

**2. Errichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens des Bundes**

**a) Verstoß gegen den Grundsatz der Gesamtdeckung?**

In der Gegenäußerung der Bundesregierung wird der Vorschlag, aus den abgeschöpften Vorteilen sowie aus den prozentualen Verbraucheranteilen an Kartellbußen ein zweckgebundenes Sondervermögen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit zu bilden, abgelehnt.

In meiner Juristischen Expertise habe ich die Legitimität der Sanktionsfolge eines Abschöpfungsregimes unter Rekurs auf das Allgemeininteresse dahingehend begründet, die rechtswidrig erlangten Erlöse zugunsten der Gruppe – gleichsam im Sinne eines abstrakten Kollektivschadens – abzuschöpfen, die von dem rechtswidrigen Marktverhalten insgesamt betroffen ist. Das sind bei der kartellrechtlichen Unrechtserlösabschöpfung die Gruppe der Verbraucher als die den Unternehmen gleichberechtigten Akteure am Markt. Ein zweckgebundenes Sondervermögen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit zu bilden, stellt die der Rechtsnatur des Ab-

schöpfungsanspruchs als eines präventiven Rechtsinstruments adäquate Mittelzuweisung dar.

Die Bundesregierung lehnt die Errichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens mit den Hinweisen ab, eine solche zweckgebundene Verwendung zur Finanzierung der Verbraucherarbeit stelle einen Verstoß gegen das Prinzip der Einheit und Vollständigkeit des Haushalts (§ 11 Bundeshaushaltsordnung) und gegen den Grundsatz der Gesamtdeckung (§§ 7 Haushaltsgrundsätzegesetz, 8 Bundeshaushaltsordnung) dar, nach dem alle Einnahmen zur Deckung aller Ausgaben dienen.

#### **b) Vereinbarkeit der Errichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens mit den verfassungsrechtlichen Haushaltsgrundsätzen (Art. 110 GG)**

Vorweg sei gesagt: Bei der Begründung in der Gegenäußerung der Bundesregierung ist auffallend, dass die weitere Argumentation der Bundesregierung sich ausschließlich auf die vereinnahmten Bußgelder bezieht und nicht die davon zu unterscheidenden rechtswidrig erlangten Erlöse erwähnt. Selbst wenn im kartellrechtlichen Bußgeldverfahren Verständigungen über die Höhe des Bußgelds und über Bonusregelungen getroffen werden, ist von solchen Vereinbarungen über Ahndungssanktionen die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse zu unterscheiden.

Grundsätzlich ist zu sagen: Die Errichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens stellt weder hinsichtlich eines prozentualen Verbraucheranteils an Kartellbußen noch und erst recht nicht hinsichtlich der abzuschöpfenden Unrechtserlöse einen Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Haushaltsgrundsätze des Einheitsprinzips, des Vollständigkeitsprinzips und des Bruttoprinzips dar. Insbesondere gilt nach dem Verfassungsgrundsatz der Vollständigkeit des Haushalts, dass nach Art. 110 Abs. 1 S. 1 1. Hs. GG alle Einnahmen und Ausgaben des Bundes in den Haushaltsplan einzustellen sind. Das Vollständigkeitsprinzip zielt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darauf ab, das gesamte staatliche Finanzvolumen der Budgetplanung und der Budgetentscheidung des Parlaments und

der Regierung zu unterstellen. Der Vollständigkeitsgrundsatz besagt umgekehrt, dass Kreisläufe von Einnahmen und Ausgaben außerhalb des Budgetrechts unzulässig sind (Haushaltsklarheit). Diese verfassungsrechtliche Grundlage des Bundeshaushalts und des Budgetrechts soll die Lastengleichheit der Bürger gewährleisten.

Den verfassungsrechtlichen Haushaltsprinzipien und insbesondere dem Grundsatz der Vollständigkeit des Bundeshaushaltsplans widerspricht die Errichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens zur Finanzierung der Verbraucherarbeit gerade nicht. Nach Art. 110 Abs. 1 S. 1 2. Hs. GG werden von der Verfassung ausdrücklich Sondervermögen des Bundes von der Verpflichtung zu einer vollständigen Veranschlagung im Bundeshaushaltsplan ausgenommen. Ausdrücklich werden die Errichtung von Sondervermögen zugelassen, die bestimmten Aufgaben dienen und die aufgrund eines Gesetzes getrennt verwaltet werden.

Nach weithin anerkannter Umschreibung werden unter Sondervermögen im Sinne des Art. 110 Abs. 1 S. 1 2. Hs. GG, der keine Legaldefinition des Sondervermögens enthält, rechtlich unselbstständige und abgesonderte Teile des Bundesvermögens verstanden, die durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes entstanden und zur Erfüllung einzelner Aufgaben des Bundes bestimmt sind. Solchen Sondervermögen kommt als Haushaltsträger keine Rechtsfähigkeit im Sinne einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zu.

Aus ordnungspolitischer Sicht kommt dem Verbraucher als Funktionsträger einer informierten Marktentscheidung eine dem unternehmerischen Marktverhalten der anbietenden Wirtschaft gleichgewichtige Stellung zu. Eine effiziente Wahrnehmung der Verbraucherrechte ist von einer organisatorischen und kollektiven Institutionalisierung der Verbraucherinteressen abhängig. Verbraucherschutz meint nicht nur Stärkung eines schwächeren Marktpartners im Sinne der Herstellung von Markttransparenz und Verbraucherinformation, sondern auch die Effektuierung der institutionellen Rolle des Verbrauchers als Funktionsträger einer den Marktwettbewerb konstituierenden Auswahlentscheidung.

Die organisatorische und institutionelle Verbraucherarbeit ist aus Gründen ihrer gesellschaftspolitischen Aufgabe notwendigerweise auf eine Dritt(mittel)finanzierung angewiesen. Entgeltliche Geschäftsmodelle der Verbraucherarbeit sind nach der Aufgabenstellung der Verbraucherorganisationen nur in einem eingeschränkten Umfang sachgerecht und nach den konkreten Satzungszwecken der Verbraucherorganisationen nur begrenzt zulässig.

Eine effiziente Verbraucherarbeit liegt zwar im Allgemeininteresse der Funktionsfähigkeit einer marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung. Sie liegt aber zugleich nicht nur im Verbraucherinteresse, sondern auch gleichermaßen im wohlverstandenen Interesse der anbietenden Wirtschaft. Auch wenn die Finanzierung der Verbraucherarbeit im Grundsatz als eine staatliche Aufgabe zu verstehen ist, ist es gerechtfertigt und rechtlich geboten, die Eigenfinanzierung der institutionalisierten Verbraucherarbeit zu stärken und die anbietende Wirtschaft an der Finanzierung der Verbraucherarbeit zu beteiligen. Die Anbieter(mit)finanzierung der Verbraucherarbeit ist zumindest dann angemessen, wenn es sich um unrechtmäßig erworbene Finanzmittel der Unternehmen handelt und rechtswidriges Marktverhalten sanktioniert wird.

Die Abschöpfung von rechtswidrig erlangten Erlösen (Unrechtserlösen) und die Verwendung der Verbraucheranteile an Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit stellen legitime Finanzierungsinstrumente des Verbraucherschutzes dar.

Ein zweckgebundenes Sondervermögen zur Finanzierung der Arbeit der Verbraucherorganisationen dient einer solchen ordnungspolitischen Aufgabe, da die Wahrnehmung der verbraucherbezogenen Bürgerinteressen in einem besonderen Maße den institutionalisierten Verbraucherorganisationen zugewiesen wird. Die Errichtung eines solchen zweckgebundenen Sondervermögens ist nach Art. 110 Abs. 1 S. 1 2. Hs GG zulässig.

Anlage zu meiner Stellungnahme zum Entwurf eines 8. GWB-ÄndG in der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie am 27. Juni 2012

**Fondsbasierte Finanzierung der Verbraucherarbeit  
durch Zweckbindung einer Unrechtserlösabschöpfung  
und eines Verbraucheranteils an Kartellbußen  
in einem Sondervermögen „Verbraucherschutz“**

**Juristische Expertise  
im Auftrag des Landes Nordrhein-Westfalen  
vertreten durch das  
Ministerium für Klimaschutz, Umwelt,  
Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz**

von

**Professor Dr. Karl-Heinz Fezer**

## Inhaltsübersicht

Seite

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Vorbemerkung – Auftraggeber, Aufgabenstellung und Gegenstand der juristischen Expertise.....</b>   | <b>9</b>  |
| I. Auftraggeber des Rechtsgutachtens.....   | 9         |
| II. Aufgabenstellung und Gegenstand der juristischen Expertise.....   | 9         |
| III. Beschlussfassung der Verbraucherschutzministerkonferenz (VSMK) zur Finanzierung der Verbraucherarbeit vom 17. September 2010 .....                           | 9         |
| IV. Verbändegespräch am 24. März 2011 in Berlin .....   | 10        |
| <b>A. Das Regelungssystem der Gewinnabschöpfung, Vorteilsabschöpfung und Kartellbußen und deren Legitimation als Verbrauchersanktionenrecht – Überblick .....</b> | <b>11</b> |
| I. Regelungssystem.....   | 11        |
| II. Verbrauchersanktionenrecht .....  | 18        |
| <b>B. Die Gewinnabschöpfung als Unrechtserlösabschöpfung im Lauterkeitsrecht</b>  | <b>20</b> |
| I. Die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG.....   | 20        |
| 1. Zielsetzung des Gesetzgebers des UWG 2004.....   | 20        |
| 2. Regelungsübersicht und Rechtssystematik des § 10 UWG .....   | 22        |
| 3. Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsverfahren.....  | 25        |
| a) Reformdiskussion in den 1970er und 1980er Jahren.....  | 25        |
| b) Vorgeschichte des Gesetzgebungsverfahrens zum lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG.....   | 27        |
| c) Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 23. Januar 2003 .....   | 31        |

|   |           |
|---|-----------|
| d) Der Leidensweg der Verschuldensarten .....   | 37        |
| II. Vergleichbare Regelungen und Rechtsvergleich .....  | 38        |
| <b>C. Ineffizienz der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG in der<br/>instanzgerichtlichen Rechtsprechung .....</b> | <b>38</b> |
| I. Berichte und Evaluierungen zum lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsan-<br>spruch nach § 10 UWG.....                           | 38        |
| II. Analyse der instanzgerichtlichen Rechtsprechung zu § 10 UWG .....   | 40        |
| 1. LG Bonn, Urteil vom 12. Mai 2005.....  | 41        |
| 2. LG Würzburg, Teilversäumnisurteil vom 29. September 2005 .....   | 42        |
| 3. OLG Stuttgart, Urteil vom 2. November 2006 .....   | 42        |
| 4. LG Berlin, Urteil vom 25. September 2007 .....   | 43        |
| 5. OLG Hamm, Urteil vom 14. Februar 2008 .....  | 44        |
| 6. OLG Naumburg, Urteil vom 27. Juni 2008.....  | 45        |
| 7. OLG Frankfurt, Urteil vom 4. Dezember 2008 .....   | 46        |
| 8. OLG München, Urteil vom 15. April 2010 .....   | 46        |
| 9. OLG Frankfurt, Urteil vom 25. Mai 2010 .....   | 48        |
| III. Notwendigkeit einer Reform des § 10 UWG .....  | 49        |

## **D. Die Vorteilsabschöpfung als Unrechtserlösabschöpfung im Kartellrecht<sup>50</sup>**

- I. Die zivilrechtliche Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a GWB 50
  - 1. Kartellrechtliche Nachfolgeregelung zum Lauterkeitsrecht ..... 50
  - 2. Anwendungsvoraussetzungen des § 34a GWB ..... 52
    - a) Anspruchsberechtigung und Aktivlegitimation ..... 52
    - b) Kartellrechtlicher Gesetzesverstoß ..... 52
    - c) Zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern ..... 53
      - aa) Vorteilsabschöpfung im Vertikalverhältnis ..... 53
      - bb) Breitenwirkung eines Kartell- oder Lauterkeitsrechtsverstoßes (§§ 34a GWB, 10 UWG)? ..... 54
    - d) Verschuldensform des Vorsatzes ..... 58
- II. Die verwaltungsrechtliche Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 GWB ..... 59
  - 1. Die kartellbehördliche Vorteilsabschöpfung als sekundäres Sanktionsinstrument ..... 59
  - 2. Verschuldensform des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit ..... 60
  - 3. Das Politikum der Vorteilsabschöpfung als Verschuldenshaftung ... 61
    - a) Die Instrumentalisierung des Verschuldenserfordernisses zur Abwehr einer verbraucherbezogenen Abschöpfungsregelung ..... 61
    - b) Zur Legitimität einer verschuldensunabhängigen Abschöpfungsregelung im Gesetzgebungsverfahren ..... 61
- III. Die Berücksichtigung des Verletzergewinns bei der Schadensberechnung nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB ..... 63
  - 1. Zwei-Säulen-Modell ..... 63
  - 2. Anspruchsberechtigung eines von einem Kartellrechtsverstoß Betroffenen 63
  - 3. Die Verbraucher als betroffene Marktbeteiligte ..... 64
  - 4. Kartellschadenschätzung nach § 287 ZPO ..... 65
- IV. Die Vorteilsabschöpfung im Rahmen einer Kartellbuße nach §§ 81 Abs. 5 GWB

|   |           |
|---|-----------|
| ivm 17 Abs. 4 OWiG.....   | 65        |
| <b>E. Referentenentwurf des BMWi zu einem Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen .....</b> | <b>66</b> |
| I. Eckpunktepapier des BMWi.....  | 66        |
| II. Referentenentwurf des BMWi.....   | 67        |
| III. Stellungnahme des vzbv zum Referentenentwurf.....  | 68        |
| IV. 8. GWB-Novelle und UWG-Gesetzesänderungen.....  | 69        |
| <b>F. Kompensatorische und präventive Rechtsinstrumente zur Sanktionierung wettbewerbllichen Unrechts.....</b>              | <b>70</b> |
| I. Kartellschadensersatz im Verbraucherinteresse.....   | 70        |
| 1. Interesseninterdependenz im Wettbewerbsrecht .....   | 70        |
| a) Globale Zielsetzung des Lauterkeitsrechts und des Kartellrechts  | 70        |
| aa) Der Institutionenschutz eines freien und unverfälschten, fairen Marktwettbewerbs.....                                   | 70        |
| bb) Die verbraucherschützende Fortschreibung des Institutionenschutzes im Wettbewerbsrecht .....                            | 71        |
| cc) Unionsrechtliche Wirksamkeitsmaxime .....   | 74        |
| 2. „Courage“-Doktrin des EuGH.....  | 74        |
| 3. Das „ORWI“-Urteil des BGH .....  | 76        |
| II. Der wirtschaftliche Verbraucheranteil an Kartellbußen .....   | 77        |
| III. Verschuldensunabhängigkeit der Unrechtserlösabschöpfung .....  | 81        |
| 1. Verbraucherschaden und Unrechtserlös .....   | 81        |
| 2. Individueller und kollektiver Verbraucherschadensersatz .....  | 83        |
| a) Individueller Verbraucherschadensersatz .....  | 83        |
| b) Kollektiver Verbraucherschadensersatz und Abschöpfung eines Ver-   |           |

|  |    |
|--|----|
| braucherkollektivschadens .....  | 84 |
| c) Herausgabe rechtswidrig erlangter Erlöse (Unrechtserlöse) ...                             | 85 |
| 3. Unrechtserlös als Abschöpfungsgegenstand.....   | 86 |
| 4. Mehrerlös, wirtschaftlicher Vorteil, Gewinn – Unrechtserlös .....                         | 89 |
| a) Unterschiedliche Sprachregelung.....  | 89 |
| b) Unrechtserlös als Oberbegriff einer rechtswidrigen Vorteilserlangung                      | 90 |
| c) Unrechtserlös als rechtswidrig erlangter Erlös .....                                      | 91 |
| d) Bemessungsunterschiede der Abschöpfungsregelungen .....                                   | 92 |
| e) Zurechnungskriterien der Adäquanz und der Verhältnismäßigkeit                             | 94 |
| f) Erlösschätzung, Anscheinsbeweis, Beweiserleichterung, Auskunftsan-<br>spruch.....         | 94 |
| 5. Objektive Pflichtverletzung als Grundlage des Kartell- und Lauterkeitsun-<br>rechts ..... | 96 |
| a) Rechtswidrigkeitszusammenhang im Sinne einer objektiven Pflichtver-<br>letzung.....       | 96 |
| b) Beweislastumkehr als Alternativmodell .....   | 97 |
| 6. Die Rechtsnatur des Anspruchs auf Abschöpfung rechtswidrig erlangter Er-<br>löse .....    | 98 |

**G. Zweckbindung der verbraucherbezogenen Unrechtserlösabschöpfung und des Verbraucheranteils an Kartellbußen in einem Fondsvermögen..... 102**

|   |     |
|---|-----|
| I. Bildung eines zweckgebundenen Sondervermögens .....  | 102 |
| 1. Zweckbindung der verbraucherbezogenen Unrechtserlösabschöpfung und<br>des Verbraucheranteils an Kartellbußen im Verbraucherinteresse | 102 |
| 2. Bildung eines Sondervermögens .....  | 106 |
| II. Rechtliche Organisationsform eines zweckgebundenen Sondervermögens  | 106 |
| 1. Sondervermögen des Bundes .....  | 106 |
| 2. Implementierung eines zweckgebundenen Sondervermögens des Bundes   |     |

|  |            |
|--|------------|
| .....  | 109        |
| 3. Volumen eines zweckgebundenen Sondervermögens „Verbraucherschutz“<br>.....                            | 111        |
| a) Prognose .....  | 111        |
| b) Lauterkeitsrecht.....   | 111        |
| c) Kartellrecht .....  | 114        |
| <b>H. Vorschlag von Gesetzesänderungen des UWG und GWB .....</b>   | <b>116</b> |
| I. Handlungsbedarf und Lösungsweg.....   | 116        |
| II. Regelungsgegenstände der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen..  | 117        |
| 1. Lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG) .....  | 117        |
| a) Verschuldensunabhängigkeit der Unrechtserlösabschöpfung – Beweis-<br>lastumkehr als Alternative ..... | 117        |
| b) Begriff des Unrechtserlöses oder des rechtswidrig erlangten Erlöses<br>.....                          | 117        |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| c)   | Streichung der Anwendungsvoraussetzung „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ .....             | 118 |
| d)   | Erlösschätzung nach § 287 ZPO .....   | 118 |
| e)   | Zweckgebundene Zuweisung des abgeschöpften Unrechtserlöses an ein Sondervermögen des Bundes ..... | 118 |
| f)   | Errichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens des Bundes .....                                 | 119 |
| g)   | Rechtsverordnungsermächtigung.....  | 119 |
| 2.   | Kartellrechtliche Vorteilsabschöpfung durch Verbände (§ 34a GWB)                                  | 119 |
| a)   | Anpassung des § 34a GWB an § 10 UWG-E .....   | 119 |
| b)   | Aktivlegitimation der Verbraucherverbände.....  | 119 |
| 3.   | Verwaltungsrechtliche Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 GWB .....            | 120 |
| 4.   | Kartellbußen .....  | 120 |
| III. | Wortlaut der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen .....   | 121 |
| 1.   | Abschöpfungsregelung .....  | 121 |
| 2.   | Verbraucheranteil an Kartellgeldbußen .....   | 123 |
| 3.   | Errichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens des Bundes                                       | 123 |

## **Vorbemerkung – Auftraggeber, Aufgabenstellung und Gegenstand der juristischen Expertise**

### **I. Auftraggeber des Rechtsgutachtens**

Auftraggeber des vorliegenden Rechtsgutachtens zur Finanzierung der Verbraucherarbeit ist das *Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz* des Landes Nordrhein-Westfalen.

### **II. Aufgabenstellung und Gegenstand der juristischen Expertise**

Nach der Aufgabenstellung des Auftraggebers ist Gegenstand des Rechtsgutachtens die *Erstellung einer juristischen Expertise* zur praxisnahen Ausgestaltung der Gewinnabschöpfungsregelungen im UWG und GWB sowie zur teilweisen Nutzung von Kartellbußen für Zwecke der Verbraucherarbeit und zur Entwicklung von konkreten wettbewerbsrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Vorschlägen zur Umsetzung der entwickelten Vorstellungen.

### **III. Beschlussfassung der Verbraucherschutzministerkonferenz (VSMK) zur Finanzierung der Verbraucherarbeit vom 17. September 2010**

Die Finanzierung der Verbraucherarbeit war Gegenstand der Beschlussfassung der *Verbraucherschutzministerkonferenz* (VSMK) am 17. September 2010 in Potsdam. Die für Verbraucherschutz zuständigen Ministerinnen und Minister, Senatorinnen und Senatoren der Länder sahen insbesondere bei den beiden folgenden *Themen* einen rechtlichen Handlungsbedarf, um die Finanzierung der Verbraucherarbeit nachhaltig auf eine breitere Basis zu stellen.

Zur *Abschöpfung von Unrechtsgewinnen* im Wettbewerbsrecht wurde beschlossen:

„Die gesetzlichen Grundlagen der Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG, § 34a GWB) sind grundlegend zu überarbeiten mit dem Ziel, das Instrument praxisnah auszugestalten und das Prozesskostenrisiko der Verbraucherverbände durch die Schaffung eines Fonds, in den abgeschöpfte Gewinne fließen, zu reduzieren.“

Zur *Verwendung von Kartellbußen* wurde beschlossen:

„Die durch die Kartellbehörden erhobenen Bußgelder sind ganz oder zumindest teilweise der Verbraucherarbeit zuzuführen, da die Verbraucherinnen und Verbraucher in vielen Fällen auch die wirtschaftliche Last von kartellrechtswidrigem Verhalten getragen haben.“

### **IV. Verbändegespräch am 24. März 2011 in Berlin**

Bei dem *Verbändegespräch* zu dem Thema „Finanzierung der Verbraucherarbeit“ in der Landesvertretung der Hansestadt Bremen in Berlin am 24. März 2011 stellte ich in einem *Impulsbeitrag* erste Überlegungen zur „Zweckgebundenen Verwendung von Unrechtsgewinnen und Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit“ vor.

## A. Das Regulationssystem der Gewinnabschöpfung, Vorteilsabschöpfung und Kartellbußen und deren Legitimation als Verbrauchersanktionenrecht – Überblick

### I. Regulationssystem

Der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist das Regulationssystem der lauterkeitsrechtlichen und kartellrechtlichen Unrechtserlösabschöpfung und des Rechts der Kartellbußen, dessen *Normstruktur als Verbrauchersanktionenrecht* analysiert wird. Die Zielsetzung ist die Ausarbeitung eines Vorschlags zur Gesetzesänderung des UWG und GWB, um im Interesse eines effizienten Verbraucherschutzes das Sanktionenrecht zum Zwecke einer Finanzierung der Verbraucherarbeit auszugestalten.

Die *Rechtsanalyse* geht dahin, ob und inwieweit die rechtserheblichen Vorschriften des UWG und GWB im Sinne eines Rechtsinstrumentariums zu einer zweckgebundenen Verwendung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG), der kartellrechtlichen Vorteilsabschöpfung (§§ 34, 34a GWB) und der Verhängung von vorteilsabschöpfenden (§§ 81 Abs. 5 GWB iVm 17 Abs. 4 OWiG) und anteilig allgemeinen kartellrechtlichen Bußgeldern gesetzlich ausgestaltet (§ 82a Abs. 2 S. 2 GWB) werden können.

Es werden in erster Linie die Vorschriften des geltenden Rechts des UWG und GWB zur Unrechtserlösabschöpfung und insoweit zum Schadensersatzrecht und zur Kartellbuße behandelt.

(1) Nach § 10 UWG besteht ein lauterkeitsrechtlicher Anspruch auf Gewinnabschöpfung durch die aktivlegitimierten Verbände und qualifizierten Einrichtungen (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG).

Die Vorschrift des § 10 UWG lautet:

#### § 10 UWG Gewinnabschöpfung

(1) Wer vorsätzlich eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern 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 Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden.

(2) <sup>1</sup>Auf den Gewinn sind die Leistungen anzurechnen, die der Schuldner auf Grund der Zuwerdung an Dritte oder an den Staat erbracht hat. <sup>2</sup>Soweit der Schuldner solche Leistungen erst nach Erfüllung des Anspruchs nach Absatz 1 erbracht hat, erstattet die zuständige Stelle des Bundes dem Schuldner den abgeführten Gewinn in Höhe der nachgewiesenen Zahlungen zurück.

(3) Beanspruchen mehrere Gläubiger den Gewinn, so gelten die §§ 428 bis 430 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

(4) <sup>1</sup>Die Gläubiger haben der zuständigen Stelle des Bundes über die Geltendmachung von Ansprüchen nach Absatz 1 Auskunft zu erteilen. <sup>2</sup>Sie können von der zuständigen Stelle des Bundes Erstattung der für die Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen

verlangen, soweit sie vom Schuldner keinen Ausgleich erlangen können.<sup>3</sup> Der Erstattungsanspruch ist auf die Höhe des an den Bundeshaushalt abgeführten Gewinns beschränkt.

(5) Zuständige Stelle im Sinn der Absätze 2 und 4 ist das Bundesamt für Justiz.

Wenn vorsätzlich gegen die Generalklausel des § 3 UWG verstoßen und durch die unzulässige geschäftliche Handlung zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern ein Gewinn erzielt wird, dann ist der Gewinn an den Bundeshaushalt (§ 10 Abs. 1 UWG) herauszugeben.

(2) Nach § 34a GWB besteht ein kartellrechtlich-zivilrechtlicher Anspruch auf Vorteilsabschöpfung durch Verbände.

Die Vorschrift des § 34a GWB lautet:

### § 34a Vorteilsabschöpfung durch Verbände

(1) Wer einen Verstoß im Sinne des § 34 Abs. 1 vorsätzlich begeht und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, kann von den gemäß § 33 Abs. 2 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses wirtschaftlichen Vorteils an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden, soweit nicht die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils durch Verhängung einer Geldbuße, durch Verfall oder nach § 34 Abs. 1 anordnet.

(2) <sup>1</sup>Auf den Anspruch sind Leistungen anzurechnen, die das Unternehmen auf Grund des Verstoßes erbracht hat. <sup>2</sup>§ 34 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.

(3) Beanspruchen mehrere Gläubiger die Vorteilsabschöpfung, gelten die §§ 428 bis 430 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

(4) <sup>1</sup>Die Gläubiger haben dem Bundeskartellamt über die Geltendmachung von Ansprüchen nach Absatz 1 Auskunft zu erteilen. <sup>2</sup>Sie können vom Bundeskartellamt Erstattung der für die Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen verlangen, soweit sie vom Schuldner keinen Ausgleich erlangen können. <sup>3</sup>Der Erstattungsanspruch ist auf die Höhe des an den Bundeshaushalt abgeführten wirtschaftlichen Vorteils beschränkt.

(5) § 33 Abs. 4 und 5 ist entsprechend anzuwenden.

Wenn nach § 34a GWB ein vorsätzlicher Kartellverstoß im Sinne des § 34 Abs. 1 GWB vorliegt und damit ein Unternehmen gegen eine Vorschrift des GWB, gegen das Kartellverbot des Art. 101 AEUV, gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde vorsätzlich verstößt, dann ist der durch die Kartellrechtswidrigkeit zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern erlangte wirtschaftliche Vorteil an den Bundeshaushalt (§ 34a Abs. 1 GWB) herauszugeben.

(3) Nach § 34 GWB besteht ein kartellrechtlich-verwaltungsrechtlicher Anspruch auf Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde.

Die Vorschrift des § 34 GWB lautet:

### § 34 GWB Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde

(1) Hat ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes, gegen Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [*nunmehr Artt. 101 und 102 AEUV*] oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstoßen und dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, kann die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils anordnen und dem Unternehmen die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrags auferlegen.

(2) <sup>1</sup>Absatz 1 gilt nicht, sofern der wirtschaftliche Vorteil durch Schadensersatzleistungen oder durch die Verhängung der Geldbuße oder die Anordnung des Verfalls abgeschöpft ist. <sup>2</sup>Soweit

das Unternehmen Leistungen nach Satz 1 erst nach der Vorteilsabschöpfung erbringt, ist der abgeführte Geldbetrag in Höhe der nachgewiesenen Zahlungen an das Unternehmen zurückzuerstatten.

(3) <sup>1</sup>Wäre die Durchführung der Vorteilsabschöpfung eine unbillige Härte, soll die Anordnung auf einen angemessenen Geldbetrag beschränkt werden oder ganz unterbleiben. <sup>2</sup>Sie soll auch unterbleiben, wenn der wirtschaftliche Vorteil gering ist.

(4) <sup>1</sup>Die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils kann geschätzt werden. <sup>2</sup>Der abzuführende Geldbetrag ist zahlenmäßig zu bestimmen.

(5) <sup>1</sup>Die Vorteilsabschöpfung kann nur innerhalb einer Frist von bis zu fünf Jahren seit Beendigung der Zuwiderhandlung und längstens für einen Zeitraum von fünf Jahren angeordnet werden. <sup>2</sup>§ 81 Abs. 9 gilt entsprechend.

Wenn ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift des GWB, gegen die Artt. 101 oder 102 AEUV oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, dann kann die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils anordnen.

(4) Die Vorschrift des § 33 GWB regelt allgemein die Schadensersatzpflicht bei einem Kartellverstoß und den Unterlassungsanspruch.

Die Vorschrift des § 33 GWB lautet:

### § 33 GWB Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht

(1) <sup>1</sup>Wer gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes, gegen Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [*nunmehr Artt. 101 und 102 AEUV*] oder eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, ist dem Betroffenen zur Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet. <sup>2</sup>Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht. <sup>3</sup>Betroffen ist, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist.

(2) Die Ansprüche aus Absatz 1 können auch geltend gemacht werden von rechtsfähigen Verbänden 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.

(3) <sup>1</sup>Wer einen Verstoß nach Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. <sup>2</sup>Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem übersteuerten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. <sup>3</sup>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. <sup>4</sup>Geldschulden nach Satz 1 hat das Unternehmen ab Eintritt des Schadens zu verzinsen. <sup>5</sup>Die §§ 288 und 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

(4) <sup>1</sup>Wird wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [*nunmehr Artt. 101 und 102 AEUV*] Schadensersatz begehrt, ist das Gericht insoweit an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde, der Kommission der Europäischen Gemeinschaft oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft getroffen wurde. <sup>2</sup>Das Gleiche gilt für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen nach Satz 1 ergangen sind. <sup>3</sup>Entsprechend Artikel 16 Abs. 1 Satz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 gilt diese Verpflichtung unbeschadet der Rechte und Pflichten nach Artikel 234 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [*nunmehr Art. 267 AEUV*].

(5) <sup>1</sup>Die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs nach Absatz 3 wird gehemmt, wenn die Kartellbehörde wegen eines Verstoßes im Sinne des Absatzes 1 oder die Kommission der Europäischen Gemeinschaft oder die Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaft wegen eines Verstoßes gegen Artikel 81 oder 82 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [*nunmehr Artt. 101 und 102 AEUV*] ein Verfahren einleitet. <sup>2</sup>§ 204 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend.

Nach § 33 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 GWB besteht bei einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Kartellrechtsverstoß ein Schadensersatzanspruch des betroffenen Marktbeteiligten. Als Betroffener aktivlegitimiert ist, wer durch den Kartellrechtsverstoß als Mitbewerber oder als sonstiger Marktbeteiligter beeinträchtigt ist (§ 33 Abs. 1 S. 3 GWB).

(5) Die Vorschrift des § 81 Abs. 5 GWB, die innerhalb des kartellrechtlichen Bußgeldverfahrens die allgemeine Bußgeldvorschrift enthält, regelt die Vorteilsabschöpfung im Rahmen der Verhängung eines kartellrechtlichen Bußgeldes.

Die Vorschrift des § 81 Abs. 5 GWB lautet:

### § 81 GWB Bußgeldvorschriften

.....

(5) <sup>1</sup>Bei der Zumessung der Geldbuße findet § 17 Abs. 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten mit der Maßgabe Anwendung, dass der wirtschaftliche Vorteil, der aus der Ordnungswidrigkeit gezogen wurde, durch die Geldbuße nach Absatz 4 abgeschöpft werden kann. <sup>2</sup>Dient die Geldbuße allein der Ahndung, ist dies bei der Zumessung entsprechend zu berücksichtigen.

.....

Die Vorschrift des § 17 Abs. 4 OWiG lautet:

§ 17 OWiG Höhe der Geldbuße

.....  
(4) Die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden.  
.....

Im Rahmen eines Kartellbußgeldverfahrens kann nach § 81 Abs. 5 S. 1 GWB der wirtschaftliche Vorteil, der aus der Ordnungswidrigkeit gezogen wurde, durch die nach § 81 Abs. 4 GWB zu verhängende Geldbuße abgeschöpft werden. Der Verweis auf § 17 Abs. 4 OWiG wird dahin verstanden, dass im Rahmen eines Kartellbußgeldverfahrens die Anwendung der Regelung im Ermessen der Kartellbehörde steht.

(6) Die Vorschrift des § 82a GWB regelt die Zuständigkeiten des Bundeskartellamtes im Bußgeldverfahren und die Zuweisung der Bußgelder und Verfallsbeträge an den Bund.

Die Vorschrift des § 82a Abs. 2 S. 2 GWB lautet:

§ 82a GWB Befugnisse und Zuständigkeiten im gerichtlichen Bußgeldverfahren

.....  
(2) <sup>2</sup>Die Geldbußen und die Geldbeträge, deren Verfall angeordnet wurde, fließen der Bundeskasse zu, die auch die der Staatskasse auferlegten Kosten trägt.

Zweck der Vorschrift des § 82a Abs. 2 S. 2 GWB ist es, die Geldbußen und die eingezogenen Verfallsbeträge der Bundeskasse zuzuweisen.

## II. Verbrauchersanktionenrecht

Innerhalb des rechtspolitischen Postulats einer Verstärkung des Verbraucherschutzes, zu dem sowohl eine Effektivierung der materiellen Verbraucherrechte, als auch ein Kanon an verbraucherschützenden Sanktionenrechten gehört, stellt die Forderung nach einem *Finanzbeitrag der anbietenden Wirtschaft zur Finanzierung der Verbraucherarbeit* ein wesentliches Instrument dar. Die Notwendigkeit, Effizienz und Legitimität einer Anbieter(mit)finanzierung der Verbraucherarbeit im ordnungspolitischen Interesse der Funktionsfähigkeit einer marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung ist vielerorts vorgetragen und umfassend begründet. Es seien einleitend einige der wesentlichen Gründe benannt.

Aus *ordnungspolitischer* Sicht kommt dem Verbraucher als Funktionsträger einer informierten Marktentscheidung eine dem unternehmerischen Marktverhalten der anbietenden Wirtschaft gleichgewichtige Stellung zu. Sowohl im europäischen als auch im deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht und Lauterkeitsrecht) besteht in diesem Sinne eine *Schutzzweckparität zwischen*

*den Unternehmen und Verbrauchern* als den Akteuren am Markt. Eine effiziente Wahrnehmung der Verbraucherrechte ist von einer *organisatorischen und kollektiven Institutionalisierung der Verbraucherinteressen* abhängig.

Verbraucherschutz meint nicht nur Stärkung eines schwächeren Marktpartners im Sinne der Herstellung von Markttransparenz und Verbraucherinformation (Konsumentensouveränität), sondern auch die Effektivierung der institutionellen Rolle des Verbrauchers als Funktionsträger einer den Marktwettbewerb konstituierenden Auswahlentscheidung.

Die organisatorische und institutionelle Verbraucherarbeit ist aus Gründen ihrer gesellschaftspolitischen Aufgabe notwendigerweise auf eine *Dritt(mittel)finanzierung* angewiesen. Entgeltliche Geschäftsmodelle der Verbraucherarbeit sind nach der Aufgabenstellung der Verbraucherorganisationen nur in einem eingeschränkten Umfang sachgerecht und nach den konkreten Satzungszwecken der Verbraucherorganisationen nur begrenzt zulässig.

Eine effiziente Verbraucherarbeit liegt zwar im Allgemeininteresse der Funktionsfähigkeit einer marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung. Sie liegt aber zugleich nicht nur im Verbraucherinteresse, sondern auch gleichermaßen im wohlverstandenen Interesse der anbietenden Wirtschaft. Auch wenn die Finanzierung der Verbraucherarbeit im Grundsatz als eine staatliche Aufgabe zu verstehen ist, ist es gerechtfertigt und rechtlich geboten, die Eigenfinanzierung der institutionalisierten Verbraucherarbeit zu stärken und die anbietende Wirtschaft an der Finanzierung der Verbraucherarbeit zu beteiligen. Die *Anbieter(mit)finanzierung der Verbraucherarbeit* ist zumindest dann angemessen, wenn es sich um unrechtmäßig erworbene Finanzmittel der Unternehmen handelt und rechtswidriges Marktverhalten sanktioniert wird.

Die *Abschöpfung von rechtswidrig erlangten Erlösen (Unrechtserlösen)* und die *Verwendung der Verbraucheranteile an Kartellbußen* zur Finanzierung der Verbraucherarbeit stellen legitime Finanzierungsinstrumente des Verbraucherschutzes dar.

Es ist deshalb rechtlich geboten, das *Rechtsinstrumentarium* einer zweckgebundenen Verwendung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG), der kartellrechtlichen Vorteilsabschöpfung (§§ 34, 34a GWB) und der Verhängung von vorteilsabschöpfenden (§§ 81 Abs. 5 GWB iVm 17 Abs. 4 OWiG) und anteilig allgemeinen kartellrechtlichen Bußgeldern (§ 82a Abs. 2 S. 2 GWB) im UWG und GWB effektiv auszugestalten. Aus Sicht des europäischen Gemeinschaftsrechts – das gilt nicht nur für die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Art. 13 S. 1 UGP-RL), sondern allgemein im Kartellrecht und Lauterkeitsrecht – sei einleitend schon betont, dass die mitgliedstaatlichen Sanktionen gegen Wettbewerbsrechtsverstöße *wirksam, verhältnismäßig* und *abschreckend* sein müssen, um die volle Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts im Binnenmarkt sicherzustellen.

Die *Ineffizienz des geltenden Rechts*, des UWG und GWB, die in den folgenden Ausführungen darzustellen ist, begründet einen *Handlungsbedarf des Gesetzgebers* im Interesse einer Stärkung des Verbraucherschutzes. Vorgeschlagen wird, aus den abzuschöpfenden Unrechtserlösen und Verbraucheranteilen an Kartellbußen ein *zweckgebundenes Sondervermögen des Bundes* zur Finanzierung der Verbraucherarbeit einzurichten.

## **B. Die Gewinnabschöpfung als Unrechtserlösabschöpfung im Lauterkeitsrecht**

### **I. Die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG**

#### **1. Zielsetzung des Gesetzgebers des UWG 2004**

In dem *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG) aF vom 3. Juli 2004, das am 8. Juli 2004 in Kraft getreten ist, wurde erstmals im deutschen Lauterkeitsrecht eine *Regelung der Gewinnabschöpfung* als ein Anspruch sui generis in § 10 UWG normiert. Rechtspolitische Intention der Neuregelung war es von Anfang an, eine erhebliche *Verbesserung des Verbraucherschutzes* zu erreichen und die Durchsetzung des geltenden Lauterkeitsrechts zu effektuieren.<sup>i</sup>

Nach der *Gesetzesbegründung zum UWG 2004* erweitert die Regelung des Gewinnabschöpfungsanspruchs die zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen wegen eines Verstoßes gegen das UWG mit dem Ziel einer weiteren *Verbesserung der Durchsetzung des Lauterkeitsrechts*.<sup>ii</sup> Nach dem ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers soll die Regelung des § 10 UWG eine Rechtsdurchsetzungslücke schließen.

Als eine der wesentlichen Fallkonstellationen, bei denen der Gesetzgeber Durchsetzungsdefizite feststellte, werden die so genannten *Streuschäden* beschrieben, ohne allerdings den Anwendungsbereich der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG ausdrücklich auf solche Schadenskonstellationen zu beschränken.<sup>iii</sup> Unter Streuschäden wird die Fallkonstellation verstanden, in der durch wettbewerbswidriges Verhalten eine Vielzahl von Abnehmern geschädigt wird, die Schadenshöhe im Einzelnen jedoch gering ist. Als häufig vorkommende Fallgruppen solcher Art von Streuschäden werden insbesondere die Einziehung geringer Beträge ohne Rechtsgrund, Vertragsschlüsse aufgrund irreführender Werbung, gefälschte Produkte und so genannte *Mogelpackungen* aufgezählt. Bleibe der Schaden im Bagatellbereich, so sehe der Betroffene regelmäßig von einer Rechtsverfolgung ab, weil der Aufwand und die Kosten hierfür in keinem Verhältnis zu seinem Schaden stünden. In diesem Sinne wird das *Durchsetzungsdefizit*, das nach der Rechtslage des UWG 1909 bestand, beschrieben.

Die Regelung der *lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung als ein Anspruch sui generis*<sup>iv</sup> ist in das primäre *Reformziel* des UWG 2004 integriert, eine Schutzzweckparität zwischen Verbraucherschutz und Wettbewerbsschutz im Lauterkeitsrecht<sup>v</sup> herzustellen. Die vorliegende Untersuchung wird zeigen, dass einem Abschöpfungsregime im Lauterkeitsrecht und Kartellrecht legitimer Weise ein umfassender Anwendungsbereich auf *Abschöpfung der rechtswidrig erlangten Erlöse (Unrechtserlöse)*, die als Folge eines UWG-Verstoßes oder GWB-Verstoßes erlangt werden, zukommt.

Eine *Evaluierung* der im Jahre 2004 in Kraft getretenen Neuregelung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung in der Rechtspraxis kommt zu dem Ergebnis, dass die konkrete Ausgestaltung der Regelung des § 10 UWG des geltenden Rechts eine effektive Durchsetzung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung verhindert.<sup>vi</sup>

## **2. Regelungsübersicht und Rechtssystematik des § 10 UWG**

Der Anspruch auf Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG ist als eine *Rechtsfolge* eines Verstoßes gegen das Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen (§ 3 UWG, Art. 5 UGP-RL) im Sanktionensystem des UWG zu qualifizieren. Ein Gesetzesverstoß im Sinne des UWG, an dessen Vorliegen der Gewinnabschöpfungsanspruch anknüpft, stellen *Verstöße gegen das Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen* nach § 3 UWG und Verstöße gegen das Verbot unzumutbarer Belästigungen

nach § 7 UWG dar. Nach der Gesetzessystematik des UWG 2008 handelt es sich bei den Gesetzesverstößen im Sinne des Lauterkeitsrechts um unzulässige geschäftliche Handlungen.

Die *Unzulässigkeit* einer geschäftlichen Handlung im Sinne des UWG wird einerseits mit der Unlauterkeit eines Verstoßes gegen das Verbot der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel des § 3 UWG und andererseits mit dem Vorliegen einer unzumutbaren Belästigung im Sinne des § 7 UWG begründet. Als Gesetzesverstoß im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG ist Tatbestandsvoraussetzung der Gewinnabschöpfung eine nach § 3 UWG oder § 7 UWG unzulässige geschäftliche Handlung. Die aus dem UWG 2004 in die Gesetzessystematik des UWG 2008 übernommene Regelungstechnik, den Rechtsbegriff der Unzulässigkeit einzuführen, stellt zwar eine überflüssige und in sich widersprüchliche Verkläuterung der Verbotstatbestände dar,<sup>vii</sup> bedeutet aber zugleich, dass der *gesamte Anwendungsbereich der Verbotstatbestände* der Lauterkeitsrechtsordnung des UWG erfasst wird.

Der Gewinnabschöpfungsanspruch des § 10 UWG erfasst als Rechtsfolge die Gesamtheit aller Fallkonstellationen von UWG-Gesetzesverstößen und damit das gesamte Lauterkeitsunrecht, sei es die Unlauterkeit im *b2c-Geschäftsverkehr* zwischen Unternehmen und Verbrauchern in Umsetzung der UGP-RL, sei es die Unlauterkeit im *b2b-Geschäftsverkehr* zwischen Unternehmen untereinander. Der umfassende Geltungsanspruch der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung wird durch die Gesetzestechnik der Einführung des Unzulässigkeitskriteriums in die Verbotsnormen des UWG formal geradezu bestätigt. Als Folge dieser Gesetzestechnik wurde neben der Generalklausel des § 3 UWG die Verbotsnorm des § 7 UWG ausdrücklich in die tatbestandliche Umschreibung der unzulässigen geschäftlichen Handlungen, deren Vornahme Voraussetzung einer Gewinnabschöpfung ist, aufgenommen. Eine Restriktion des Anwendungsbereichs der Gewinnabschöpfung auf bestimmte Fallkonstellationen unlauteren Wettbewerbs lehnte der Gesetzgeber zutreffenderweise ab.

In einem „Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform“, den drei Mitglieder einer bei dem Bundesministerium der Justiz im Jahre 2001 eingesetzten *Arbeitsgruppe Unlauterer Wettbewerb*<sup>viii</sup> vorgelegt hatten, wurde ein vorgeschlagener Mehrerlösanspruch auf das Vorliegen einer planmäßigen Täuschung der 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, wenn dadurch zum Bezug von Waren oder Dienstleistungen veranlasst wurde, beschränkt.<sup>ix</sup> Eine solche Beschränkung der Verbotstatbestände als Voraussetzung einer Gewinnabschöpfung nahm der Gesetzgeber des UWG 2004 richtigerweise nicht vor.

Die in der Gesetzesbegründung beschriebene Problematik der *Streuschäden* stellt nur eine *beispielhafte Fallkonstellation* dar und ist nicht als eine Restriktion des Anwendungsbereichs der Gewinnabschöpfung zu verstehen. In der öffentlichen Diskussion spielten die Sachverhalte der Streuschäden als Bagatellschäden, deren effektive Rechtsverfolgung eine Bündelung der Verbraucheransprüche verlangt, innerhalb der Reformvorschläge zum kollektiven Rechtsschutz eine wesentliche Rolle.<sup>x</sup>

Die Einführung eines *Spürbarkeitskriteriums* in die Bagatellklauseln des UWG 2008 im Sinne eines Marktrelevanzkriteriums in § 3 Abs. 1 UWG und eines Verbraucherrelevanzkriteriums in § 3 Abs. 2 S. 1 UWG darf zudem mit der Problematik der Bagatellschäden bei Streudelikten nicht verwechselt werden. Die Spürbarkeit im Sinne des Anwendungsbereichs der Verbotsnorm des § 3 UWG steht der Abschöpfung von Streuschäden schon wegen deren Breitenwirkung gerade nicht entgegen.

Die Vornahme einer unzulässigen geschäftlichen Handlung im Sinne der §§ 3 oder 7 UWG muss vorsätzlich erfolgen. Der Gewinnabschöpfungsanspruch des § 10 Abs. 1 UWG wurde vom Gesetzgeber als *Verschuldenshaftung für Vorsatzdelikte* restriktiv normiert. In der rechtswissenschaftlichen Diskussion wurde frühzeitig und nachhaltig bei der UWG-Reform 2004 und erneut bei der UWG-Novelle 2008 vor einer als Folge des Vorsatzerfordernisses gesetzlich geregelten Ineffizienz der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung gewarnt.

Die *Aktivlegitimation* zur Geltendmachung des Anspruchs auf Gewinnabschöpfung steht den nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten und damit den rechtsfähigen gewerblichen oder beruflichen Interessenverbänden, Verbraucherverbänden, Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern zu, soweit diese als Berechtigte aktivlegitimiert sind.

Die *Herausgabe* des abgeschöpften Gewinns erfolgt nach § 10 Abs. 1 UWG *an den Bundeshaushalt*. In Verbindung mit dem Vorsatzerfordernis nimmt die Abführung des Unrechtsgewinns an den Bundeshaushalt der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung jede Durchschlagskraft.

§ 10 Abs. 2 UWG enthält *Verrechnungsregelungen*. § 10 Abs. 3 UWG ordnet *Gesamtgläubigerschaft* an. Das *Verfahren* zwischen den Gläubigern und der zuständigen Stelle des Bundes ist näher in § 10 Abs. 4 S. 1 bis 3 UWG geregelt; die zuständige Stelle ist nach § 10 Abs. 5 UWG das *Bundesamt für Justiz*.

### **3. Entstehungsgeschichte und Gesetzgebungsverfahren<sup>xi</sup>**

#### **a) Reformdiskussion in den 1970er und 1980er Jahren**

Reformbestrebungen zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbsrecht erlebten eine Blütezeit in den 1970er Jahren. Rechtspraxis und höchstrichterliche Rechtsprechung zum Wettbewerbsdeliktsrecht waren bestimmt von dem unumstößlichen Dogma eines Ausschlusses der Verbraucher von der Geltendmachung individueller Verbraucherschäden. Der Ausschluss des einzelnen Verbrauchers von der Geltendmachung eines konkreten Verbraucherschadensersatzes im Wege der Individualklage führte zu der umfassenden *Reformdiskussion um den kollektiven Rechtsschutz* im Lauterkeitsrecht und allgemein im Verbraucherschutzrecht. Die rechtspolitische Diskussion zentrierte seit den 1970er Jahren um den kollektiven Schadensersatzanspruch.<sup>xii</sup>

Die Geschichte der Gesetzentwürfe, seien es Regelungen zum individuellen Schadensersatz der Verbraucher, seien es Regelungen zum kollektiven Rechtsschutz im Lauterkeitsrecht, wurden von einem öffentlichen Diskurs und einer umfassenden rechtswissenschaftlichen Kontroverse begleitet. Die Reformvorschläge zum kollidierenden Rechtsschutz im Lauterkeitsrecht scheiterten durchgängig. Das galt für das *Abtretungsmodell*, die *Bündelung von Verbraucheransprüchen*, sowie das Modell der *Verbraucherverbandsklagen* auf Schadensersatz.

Die Diskussion um die *Legitimität eines individuellen Schadensersatzanspruchs* des einzelnen Verbrauchers im Lauterkeitsrecht war untrennbar verbunden mit der Berechtigung eines kollektiven Rechtsschutzes im Verbraucherinteresse. Das Postulat eines Gewinnabschöpfungsanspruchs stand gleichsam im Schatten der Diskussion um kollektiven Rechtsschutz.

Die Gesetzesgeschichte zur Normierung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG wird sowohl von der *Ablehnung eines individuellen Schadensersatzanspruchs des Verbrauchers* im Lauterkeitsrecht als auch von dem *Postulat eines kollektiven Rechtsschutzes* bestimmt. Vor dem Hintergrund dieses Diskussionsstandes zum lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutz der 1970er und 1980er Jahre wurde das Gesetzgebungsverfahren zur Regelung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung als eines Anspruchs sui generis diesem originären Sanktionsinstrument innerhalb des Kanons der Verbraucherrechte nicht gerecht.

#### **b) Vorgeschichte des Gesetzgebungsverfahrens zum lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG**

In ihrer Untersuchung „Unrechtsgewinnabschöpfung – Möglichkeiten und Perspektiven eines kollektiven Schadensersatzanspruches im UWG“ analysierten *Micklitz* und *Stadler* die Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung de lege lata, beschrieben das Verhältnis zu den verschiedenen Arten eines Schadensersatzanspruchs und der Schadensberechnung und stellten insbesondere die materiellrechtliche und prozessuale Ausgestaltung der Verbandsklage dar.<sup>xiii</sup> Als Ergebnis der Untersuchung wird ein Vorschlag zu einer gesetzlichen Regelung der *Verbandsklage* vorgelegt.

In einer Untersuchung zu einer Stärkung des Verbraucherschutzes durch Integration originärer Verbraucherinteressen in das Wettbewerbsrecht habe ich, neben der Normierung eines individuellen und eines kollektiven Schadensersatzanspruchs zugunsten der Verbraucher, die Einführung eines wettbewerbsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs für geboten gehalten.<sup>xiv</sup>

Diese Rechtsanalyse ging von folgendem wissenschaftstheoretischen Ansatz aus: Originäre Rechte der Verbraucher und der Wettbewerber konstituieren den Marktwettbewerb sowohl in einem europäischen Binnenmarkt als auch in einer freien, sozialen und ökologischen Marktwirtschaft der Mitgliedstaaten. Verbraucherschützendes Sanktionenrecht ist eine zwingende Folge eines originären Verbraucherschutzes im materiellen Lauterkeitsrecht. Im Interesse einer *Effektuiierung der materiellen Verbraucherrechte* im Lauterkeitsrecht ist es erforderlich, einen *Kanon an verbraucherschützenden Sanktionen* im Lauterkeitsrecht zu normieren, der eine Gleichgewichtslage zum Sanktionenrecht des Wettbewerberschutzes gewährleistet. Einem solchen Reformziel

im nationalen und europäischen Lauterkeitsrecht dienen verschiedene Sanktionenrechte des wettbewerbsrechtlichen Verbraucherschutzes, die sich wechselseitig bedingen und ergänzen.

Als *verbraucherschützende Sanktionenrechte* im Lauterkeitsrecht sind (nach wie vor) rechtlich geboten:

- (1) Ein *individueller Schadensersatzanspruch* der Verbraucher zur Geltendmachung eines für den einzelnen Verbraucher erheblichen Individualschadens.
- (2) Ein *kollektiver Schadensersatzanspruch* der Verbraucher zur Geltendmachung eines für die Gesamtheit der Verbraucher erheblichen Kollektivschadens, sei es zur Bündelung der Rechtsdurchsetzung individueller Schadensersatzansprüche, sei es zur Summierung von Minimalschäden der Verbraucher im Interesse der Verbraucherarbeit, sei es zur Geltendmachung von Massenschäden<sup>xv</sup>.
- (3) Ein *Unrechtsgewinnabschöpfungsanspruch* (Mehrerlösabschöpfung) bei unlauterem Wettbewerb ohne individuelle Schadensfolgen der Verbraucher.
- (4) Ein *verschuldensunabhängiges Vertragsauflösungsrecht* des einzelnen Verbrauchers bei gravierenden Eingriffen in Verbraucherrechte des Lauterkeitsrechts unabhängig vom Vorliegen eines individuellen oder kollektiven Verbraucherschadens.
- (5) Ein *Auskunftsanspruch* der Verbraucher.

Erst die Umsetzung eines solchen *Kanons an verbraucherschützenden Sanktionenrechten*<sup>xvi</sup> stellt die Schutzzweckparität zwischen Verbrauchern und Unternehmen am Markt innerhalb der beiden Lauterkeitsrechtsordnungen des verbraucherschützenden (b2c-Geschäftsverkehr) und des mitbewerberschützenden (b2b-Geschäftsverkehr) Lauterkeitsrechts her.<sup>xvii</sup> Es besteht ein deutliches *Defizit an Verbraucherrechten im Sanktionenrecht* des UWG 2008.

In der bei dem Bundesministerium der Justiz im Jahre 2001 eingesetzten *Arbeitsgruppe Unlauterer Wettbewerb* wurde der Vorschlag eines Gewinnabschöpfungsanspruchs bei unlauterem Wettbewerb ohne individuelle Schadensfolgen der Verbraucher diskutiert. Von den Mitgliedern *Köhler, Bornkamm* und *Henning-Bodewig* wurde ein eigener Diskussionsentwurf vom 7. Juni 2002 vorgelegt, der in § 10 Abs. 1 Nr. 2 einen *Mehrerlösanspruch* regelte.

Die Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 des Diskussionsentwurfs lautete:

„Fällt dem für die Zuwiderhandlung Verantwortlichen Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last, kann er von qualifizierten Einrichtungen iSv § 9 II Nr. 3 auf Herausgabe des auf Kosten der Verbraucher erzielten Mehrerlöses in Anspruch genommen werden. Bei der Bemessung des herauszugebenden Mehrerlöses sind Schadensersatzleistungen nach Nummer 1 zu berücksichtigen. Die Höhe des Mehrerlöses kann vom Gericht geschätzt werden. Beanspruchen mehrere qualifizierte Einrichtungen den Mehrerlös, so gelten die §§ 428, 429 I, 430 BGB entsprechend. Der herausgegebene Mehrerlös darf nur für satzungsmäßige Zwecke der qualifizierten Einrichtungen verwendet werden.“

In dem veröffentlichten Entwurf<sup>xviii</sup> in der aktualisierten Fassung des Diskussionsstandes vom 18. November 2002 wurde der Mehrerlösanspruch in § 9 Abs. 2 geregelt und *in mehrfacher Form der Anwendungsbereich restriktiver* gefasst. Der Anwendungsbereich wurde auf eine *Verbrauchertäuschung in vier Fallkonstellationen* beschränkt. Das Erfordernis der *Planmäßigkeit* beschränkte zudem die Verbrauchertäuschung. Das *Verschuldenserfordernis*, das nach dem Diskussionsstand der Arbeitsgrup-

pe Unlauterer Wettbewerb noch jede Form der Fahrlässigkeit umfasste, wurde auf das Verschuldenserfordernis des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit begrenzt.

Die Vorschrift des § 9 Abs. 2 lautete:

„Werden 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, kann der Verantwortliche von qualifizierten Einrichtungen iSv § 8 II Nr. 3 auf Herausgabe des auf Kosten der Verbraucher erzielten Gewinns (Mehrerlös) in Anspruch genommen werden. Bei der Bemessung des herauszugebenden Mehrerlöses sind Schadensersatzleistungen nach Absatz 1 und Rückzahlungen an Verbraucher zu berücksichtigen. Die Höhe des Mehrerlöses kann vom Gericht geschätzt werden. Beanspruchen mehrere qualifizierte Einrichtungen den Mehrerlös, so gelten die §§ 428 bis 430 BGB entsprechend. Der herausgegebene Mehrerlös darf nur für satzungsmäßige Zwecke der qualifizierten Einrichtungen verwendet werden.“

Die Regelung des § 9 Abs. 2 des Entwurfs wird als eine zum Schutz der Verbraucher – ähnlich wie in § 34 GWB – auf die den Verletzergewinn abzielende Mehrerlösabschöpfung verstanden. Die Restriktion des Anwendungsbereichs soll sich aus einem Interesse an Rechtssicherheit auf klar umrissene Fälle ergeben. Zweck des Anspruchs auf Mehrerlösabschöpfung sei eine wirksame Abschreckung. Es wird ausdrücklich hervorgehoben, dass aus diesem Grunde das abgeschöpfte Geld nicht – wie im Kartellrecht oder wie bei der Verhängung von Ordnungsgeldern – dem Staate zufließen solle, sondern den Verbraucherverbänden, die damit ihre Arbeit finanzieren könnten.

### c) Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 23. Januar 2003

In dem *Referentenentwurf* zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 23. Januar 2003<sup>xix</sup> wurde in § 9 RefE die Normierung eines Anspruchs auf Gewinnabschöpfung vorgeschlagen.

Die Vorschrift des § 9 RefE lautete:

#### § 9 Gewinnabschöpfung

(1) Wer dem § 3 vorsätzlich oder grob fahrlässig zuwiderhandelt und hierdurch systematisch einer Vielzahl von Abnehmern einen Schaden zufügt, kann von den gem. § 7 III Nrn. 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe des auf Kosten der Abnehmer erzielten Gewinns in Anspruch genommen werden.

(2) Absatz 1 gilt nicht, soweit der Gewinn durch Schadensersatzleistungen nach § 8 oder durch Erfüllung von auf Grund der Zuwiderhandlung entstandener Ansprüche der Abnehmer ausgeglichen ist. Soweit der Zuwiderhandelnde nach Erfüllung des Anspruchs nach Absatz 1 Schadensersatz nach § 8 geleistet oder auf Grund der Zuwiderhandlung entstandene Ansprüche erfüllt hat, erstattet der Gläubiger dem Zuwiderhandelnden den abgeführten Gewinn in Höhe der nachgewiesenen Zahlungen zurück.

(3) Beanspruchen mehrere Gläubiger den Gewinn, so gelten die §§ 428 bis 430 BGB entsprechend.

(4) Die Gläubiger haben den abgeführten Gewinn nach Abzug der zur Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen an den Bundeshaushalt herauszugeben. Soweit die Gläubiger nach Erfüllung des Anspruchs nach Satz 1 Zahlungen im Sinne von Absatz 2 Satz 2 geleistet haben, wird den Gläubigern der abgeführte Gewinn in Höhe der nachgewiesenen Zahlungen aus dem Bundeshaushalt erstattet. Die Gläubiger haben der zuständigen Stelle des Bundes über die Geltendmachung sowie die Erfüllung von Ansprüchen nach Absatz 1 Auskunft zu erteilen und auf Verlangen Rechenschaft abzulegen.

(5) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung, die der Zustimmung des Bundesrats nicht bedarf, festzulegen, welche Behörde oder sonstige öffentliche Stelle des Bundes zuständige Stelle i. S. von Absatz 4 ist.

Wie ursprünglich in der Arbeitsgruppe zur UWG-Reform vorgeschlagen, wird der Anwendungsbereich der Gewinnabschöpfung nicht auf bestimmte UWG-Verstöße beschränkt, sondern auf den gesamten *Anwendungsbereich der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel des § 3 UWG aF* erstreckt. Es ist besonders hervorzuheben, dass in dem Referentenentwurf der Anspruch auf Herausgabe des Gewinns den Berechtigten im Sinne des § 7 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 RefE (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 bis 4 UWG 2004/2008) zusteht. Der Verschuldensmaßstab wird auf *Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit* eingeschränkt. Die Regelung enthält zudem das restriktive Tatbestandsmerkmal einer *systematischen* Schadenszufügung.

Nach der *Begründung des RefE* sollen mit der Regelung eines Gewinnabschöpfungsanspruchs die zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen wegen eines Verstoßes gegen das UWG mit dem Ziel einer weiteren Verbesserung der Durchsetzung des Lauter-

keitsrechts erweitert werden. Die Ausführungen zum Normzweck des Gewinnabschöpfungsanspruchs entsprechen im Wesentlichen der späteren Gesetzesbegründung.

Zur *Einschränkung des Verschuldensmaßstabs* auf ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln wird in der Begründung des RefE ausgeführt, eine Verpflichtung zur Zahlung des Gewinns bei jedweder Form der Fahrlässigkeit sei nicht gerechtfertigt. Ein fahrlässiges Handeln sei in der Regel schon dann gegeben, wenn der Handelnde bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt die Unlauterkeit seines Verhaltens hätte erkennen können, der Irrtum somit vermeidbar gewesen sei. Wer in Kenntnis des Sachverhalts wettbewerbswidrig handele, der handele grundsätzlich auch schuldhaft. Fahrlässig handele insbesondere auch, wer sich in einem Grenzbereich wettbewerbsrechtlicher Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit bewege und deshalb mit einer abweichenden Beurteilung seines zumindest bedenklichen Verhaltens rechnen müsse. Würde man den Gewinnabschöpfungsanspruch auch bei Fällen der einfachen Fahrlässigkeit zuerkennen, so müsse jeder Unternehmer, der sich in diesem Grenzbereich bewege, damit rechnen, den Gewinn zu verlieren. Der Unternehmer wäre häufig einem nicht unerheblichen Prozessrisiko ausgesetzt. Ein solches Prozessrisiko sei in den Fällen, in denen ein Mitbewerber durch das wettbewerbswidrige Verhalten einen echten Schaden erleide, gerechtfertigt. Dies gelte indes nicht beim Gewinnabschöpfungsanspruch. Im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch diene der Gewinnabschöpfungsanspruch nicht dem individuellen Schadensausgleich. Der Abnehmer, der durch das wettbewerbswidrige Verhalten Nachteile erlitten habe, erhalte den Anspruch gerade nicht. Vielmehr sollten die Fälle erfasst werden, in denen die Geschädigten den Anspruch nicht geltend machten. Der Anspruch diene demnach weniger dem Interessenausgleich, sondern vielmehr einer *wirksamen Abschreckung*. Um mit Blick auf das erwähnte Prozessrisiko unangemessene Belastungen für die Wirtschaft zu vermeiden, erscheine es gerechtfertigt, dass in den Fällen, in denen sich der Unternehmer lediglich im Grenzbereich des Zulässigen oder Unzulässigen bewege, der Abschreckungsgedanke zurücktrete.

Es wird ausdrücklich hervorgehoben: Eine Beschränkung auf vorsätzliches Handeln wäre indes zu eng, da Vorsatz das schwer nachzuweisende Bewusstsein der Rechtswidrigkeit voraussetze. Eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit erscheine gerechtfertigt, da dann sämtliche offensichtliche Verstöße gegen das UWG einen Gewinnabschöpfungsanspruch nach sich ziehen könnten. Diese Ausgestaltung werde dem Sanktionscharakter gerecht.

In dem *Gesetzentwurf der Bundesregierung* vom 22. August 2003,<sup>xx</sup> in dem der Gewinnabschöpfungsanspruch nunmehr in § 10 des Entwurfs geregelt wird, wird der Anwendungsbereich auf die *Verschuldensart des Vorsatzes* beschränkt.

Die Vorschrift des § 10 Abs. 1 UWG-E lautet:

„Wer dem § 3 vorsätzlich zuwider handelt und hierdurch auf Kosten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, kann von den gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses Gewinns in Anspruch genommen werden.“

Vergeblich sucht man in der Gesetzesbegründung eine Rechtfertigung für die Streichung der Verschuldensart der groben Fahrlässigkeit gegenüber dem Referentenentwurf. Vergleicht man den Wortlaut der Begründungen im Referentenentwurf und im Gesetzentwurf, so ist auffallend, dass die Formulierungen nahezu wortgleich übernommen werden, die Formulierung „jedwede Form der Fahrlässigkeit“ im Referentenentwurf gegen die Formulierung „Fahrlässigkeit“ im Gesetzentwurf ausgetauscht wird und die Begründung im Referentenentwurf, weshalb eine Beschränkung auf ein vorsätzliches Handeln als zu eng beurteilt werde, einfach gestrichen und die gegenteilige Regelung nicht weiter begründet wird.

Vom *Bundesrat* wird in seiner Stellungnahme vom 20. Juni 2003<sup>xxi</sup> die Regelung des § 10 RegE heftig in dem Sinne kritisiert, wie schon in den 1970er und 1980er Jahren die Reformdiskussion zum kollektiven Rechtsschutz im Interesse einer Stärkung des Verbraucherschutzes vergleichbar kritisch begleitet wurde. Ein Gewinnabschöpfungsanspruch wird vom Bundesrat ausschließlich bei der Fallkonstellation der *Streuschäden* für legitim gehalten. Eine Gewinnabschöpfung oder eine vergleichbare Regelung auf kollektiver Ebene hält der Bundesrat nur bei *qualifizierten Wettbewerbsverstößen* für die Fälle, in denen eine Rechtsdurchsetzung durch eine Vielzahl von Geschädigten wegen der relativ niedrigen einzelnen Schadensbeträge nicht wirksam sei oder erwartet werden könne, für grundsätzlich geeignet, auf wirksame Weise Rechtsverletzungen zu unterbinden. Sie erscheine in diesen Fällen auch gerechtfertigt und ordnungspolitisch vertretbar, weil sie einen wettbewerbswidrigen und damit ungerechtfertigten Vorteil neutralisiere. Eine solche Regelung müsse aber praktikabel und durch die Gerichte vernünftig zu handhaben sein. Die Regelung des § 10 UWG-E wird für unausgereift gehalten. Es werden namentlich die rechtspraktischen und rechtssystematischen Bedenken gegen eine Gewinnabschöpfung erhoben, die den Diskussionsstand seit Jahrzehnten prägen.

In der dem Gewinnabschöpfungsanspruch allgemein ablehnend gegenüberstehenden Stellungnahme des Bundesrates ist allerdings der Hinweis bemerkenswert, die nach § 10 Abs. 4 S. 1 UWG-E bestehende Pflicht, die *abgeschöpften Gewinne an eine staatliche Stelle* abzuliefern, mache das gesamte Institut wirkungslos. Die aktivlegitimierte Einrichtungen und Verbände würden von der Möglichkeit einer Gewinnabschöpfung keinen Gebrauch machen, wenn sie im Unterliegensfall das volle Kostenrisiko tragen, im Falle des Obsiegens aber den Gewinn abführen müssten.<sup>xxii</sup>

In der *Gegenäußerung der Bundesregierung* wird erneut darauf verwiesen, dass die Pflicht zur Herausgabe der abgeschöpften Gewinne an eine staatliche Stelle gerechtfertigt sei, um zu vermeiden, dass der Gewinnabschöpfungsanspruch aus dem letztlich

sachfremden Motiv der Einnahmenerzielung heraus geltend gemacht werde. Ein finanzieller Anreiz für die klagebefugten Verbände erscheint der Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung auch nicht notwendig, da die Verbände von ihrer Klagebefugnis nach dem UWG in der Vergangenheit ausreichend Gebrauch gemacht hätten, obwohl ein Verband auch bei der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen keinerlei finanziellen Anreiz habe.<sup>xxiii</sup> An der Gegenäußerung der Bundesregierung ist allgemein auffallend, wie der Gewinnabschöpfungsanspruch seiner Funktion nach als ein *Anspruch auf Kompensation von Verbraucherschäden* verstanden wird. Eine Begrenzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs sei notwendig, um nur solche Fälle zu erfassen, in denen die Abnehmer übervorteilt würden.

Das in dem Gesetzentwurf vorgesehene Tatbestandsmerkmal, der Gewinn müsse *auf Kosten der Abnehmer* erlangt worden sein, vermengt den Anspruch auf Abschöpfung von Unrechtserlösen als einen Anspruch sui generis mit der Ausgleichsfunktion von Verbraucherschäden, verbunden mit einem bereicherungsrechtlichen Rechtsverständnis im Sinne eines Ausgleichs einer ungerichtfertigten Bereicherung.

In der *Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses* wurde das Tatbestandsmerkmal „auf Kosten“ begrifflich durch die Wörter „zu Lasten“ ersetzt. Diese Änderung der mit den Wörtern „auf Kosten“ ursprünglich umschriebenen Anwendungsvoraussetzung wurde vom Rechtsausschuss als eine Klarstellung dahin verstanden, der Gewinnabschöpfungsanspruch setze nicht die Ermittlung von einzelfallbezogenen Nachteilen voraus. Vielmehr sei es erforderlich, aber auch ausreichend, dass durch die Zuwiderhandlung bei einer Vielzahl von Abnehmern eine wirtschaftliche Schlechterstellung eingetreten sei („zu Lasten“). Mit dieser Wortlautänderung des Gewinnabschöpfungsanspruchs wurde dem in der Diskussion um die Streuschadensdelikte beschriebenen Merkmal einer *Breitenwirkung* des UWG-Gesetzesverstößes Rechnung zu tragen versucht.<sup>xxiv</sup> Zur Vereinfachung des Verfahrens im Sinne einer Abkürzung von Zahlungs- und Rückzahlungswegen wurde zudem die Abführung der abgeschöpften Gewinne an den Bundeshaushalt durch eine *Klage* auf Zahlung an den Bundeshaushalt ersetzt.

#### **d) Der Leidensweg der Verschuldensarten**

Wenn man vor dem Hintergrund der Reformdiskussion der 1970er Jahre das Gesetzgebungsverfahren und dessen Vorgeschichte bis zum Inkrafttreten des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG im Jahre 2004 revuepassieren lässt, dann wird die *Leidensgeschichte einer Normierung der Verschuldensart* als Tatbestandsvoraussetzung anschaulich. Der Weg verläuft von dem auf wissenschaftlichen Vorarbeiten beruhenden Diskussionsstand der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Arbeitsgruppe Unlauterer Wettbewerb (Vorsatz und Fahrlässigkeit) über den Referentenentwurf (Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit) zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (Vorsatz), der als § 10 UWG 2004 verabschiedet wurde.

An den Begründungen der Entwürfe ist auffallend, wie die Argumente zu den unterschiedlichen Vorschlägen der Verschuldensarten untereinander austauschbar sind. Die Einigung auf eine bestimmte Verschuldensart, wie in § 10 UWG auf die Anwendungsvoraussetzung des Vorsatzes, stellt einen *gesetzgebungspolitischen Kompromiss* dar. Die Diskussion um den Gewinnabschöpfungsanspruch als ein Rechtsinstitut sui generis wird im Gesetzgebungsverfahren nicht aufgegriffen. Die dogmatischen

Begründungen wechseln institutionell zwischen Schadensersatz und Bereicherungsausgleich sowie funktional zwischen Kompensation und Abschreckung.

Wie die vorliegende Untersuchung zeigen wird, handelt es sich bei der Unrechtserlösabschöpfung um einen verschuldensunabhängigen Anspruch sui generis. Als ein gesetzgeberischer Kompromiss erscheint allenfalls eine Verschuldensvermutung mit der Folge einer Beweislastumkehr noch hinnehmbar.

## **II. Vergleichbare Regelungen und Rechtsvergleich**

Regelungen, die ihrem Normzweck nach dem Gewinnabschöpfungsanspruch des § 10 UWG vergleichbar sind, finden sich nicht nur herkömmlich im *Kartellrecht*,<sup>xxv</sup> sondern auch im allgemeinen *Strafrecht* im Sinne von Regelungen des Verfalls des Erlangten und speziell im *Wirtschaftsstrafrecht*,<sup>xxvi</sup> die letzteren Regelungen bedürfen vorliegend keiner weiteren Darstellung.

Aus *rechtsvergleichender* Sicht ist als Befund festzustellen, dass die Diskussion sowohl in den USA, Kanada und Australien als auch in den europäischen Staaten den Sachverhalt, der der Fallkonstellation der Gewinnabschöpfung im Lauterkeitsrecht zugrunde liegt, vorwiegend als ein Problem des kollektiven Rechtsschutzes behandelt; es finden sich variationsreich die verschiedenen Modelle der Verbandsklagen, Gruppenklagen, Abtretungsmodelle und schließlich der class action.

## **C. Ineffizienz der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung**

### **I. Berichte und Evaluierungen zum lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG**

Die rechtswissenschaftlichen Beiträge, die Praxisberichte zur Prozessführung und Rechtsprechung in den Instanzgerichten, die verbandspolitischen Stellungnahmen und umfassenden Evaluierungsgutachten zum lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG zeichnen durchgängig ein nahezu einheitliches Bild:<sup>xxvii</sup> Die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung ist nichts anderes als ein Papiertiger im realen Wettbewerbsgeschehen.

Die seit den Reformansätzen der 1970er Jahre auf breiter Front und heftig geübte Kritik an der Normierung eines Abschöpfungsregimes im UWG, die mit den *Schlagworten* materiellrechtliche und prozessrechtliche Systemwidrigkeit, Unüberwindbarkeit der mit einem Kausalitätsnachweis verbundenen, rechtstatsächlichen Probleme, Unpraktikabilität einer rechtlichen Abschöpfungsregelung als solcher, Fremdkörper im Sanktionenrecht, Störfaktor im Wettbewerbsverfahrensrecht, Befürchtung einer Prozessflut in Abschöpfungsverfahren und der Verfassungswidrigkeit einer Abschöpfungsregelung umschrieben werden kann, trug ihre Früchte im Gesetzgebungsverfahren und in der konkreten Rechtsgestalt und Normstruktur des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG.

Die Ineffizienz der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung beruht nicht auf der angeblichen Berechtigung der wissenschaftlich längst widerlegten, wenn auch immer wieder erneut vorgetragenen Kritik an diesem Rechtsinstitut, sondern ist vielmehr geradezu Folge dieser Kritik, die sich in den konkreten Anwendungsvoraussetzungen des § 10 UWG als nahezu unüberwindbare Hürden einer erfolgreichen Abschöpfungsklage gesetzlich niedergeschlagen hat.

Die von den Verbraucherzentralen der Bundesländer und vom Verbraucherzentrale Bundesverband vorgetragene Forderung, die Durchsetzung eines lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs zu erleichtern und zu erweitern, um ein effizientes Instrument zur Abschöpfung von Unrechtsgewinnen zu schaffen,<sup>xxviii</sup> ist nachhaltig zuzustimmen. Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG sei im geltenden Recht so bürokratisch gestaltet, dass er so gut wie keinen Drohcharakter für unseriös agierende Unternehmen habe. Um den fairen Wettbewerb zu fördern und unlautere Geschäftspraktiken unattraktiv zu machen, sei das Sanktionsinstrument so zu gestalten, dass rechtswidrig erlangte Unternehmensgewinne auch tatsächlich abgeschöpft werden könnten. Der Gesetzgeber solle die Beweisführung umgestalten. Es sei nicht hinnehmbar, dass die Verbraucherverbände bislang praktisch kaum die Möglichkeit hätten, die durch unlautere Werbung erzielten Mehreinnahmen nachweisen zu können. Im Übrigen müsse der Gewinnabschöpfungsanspruch auch für Verbraucherrechtsverstöße gelten, die über den Bereich der unlauteren Werbung hinausgingen.

Die wesentlichen Forderungen der Verbraucherorganisationen gehen dahin, auf die Anwendungsvoraussetzung der Verschuldensart des Vorsatzes zu verzichten, die Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen unlauterer geschäftlicher Handlung und erzieltm Gewinn sachgerecht zwischen der klagenden Verbraucherorganisation und dem beklagten Unternehmen zu verteilen und insoweit das Beweisführungsrecht umzugestalten, das Prozesskostenrisiko der klagenden Verbraucherorganisation zu verringern und die abgeschöpften Unrechtsgewinne einer zweckgebundenen Verbraucherarbeit zuzuführen.

## **II. Analyse der instanzgerichtlichen Rechtsprechung zu § 10 UWG**

Einige der wenigen Abschöpfungsprozesse werden als Anschauungsmaterial für die Anwendungsschwierigkeiten und Praxisineffizienz des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG berichtet.

### **1. LG Bonn, Urteil vom 12. Mai 2005**

Gegenstand des Urteils des LG Bonn<sup>xxix</sup> war eine Klage des vzbv auf Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG.

*Sachverhaltlich* ging es um die Werbung mit einem Testurteil der Stiftung Warentest. In der Werbung mit den Testergebnissen wurde ein Zwischenurteil „befriedigend“ unrichtig mit „sehr gut“ wiedergegeben; das Zwischenurteil betraf das Kriterium „Gesundheit und Umwelt“, das in dem Test der Stiftung Warentest mit 10% des Gesamturteils angegeben war.

Nach der Rechtsansicht des LG Bonn konnte der Nachweis eines zumindest bedingt vorsätzlichen Handelns im Sinne des § 10 UWG nicht geführt werden. Bemerkenswert ist die Aussage des LG Bonn, der Kläger habe schlicht einen ungeeigneten Fall zum Anlass genommen, die neue Regelung des § 10 UWG zur Gewinnabschöpfung, die im Ansatz zweifellos zu begrüßen sei, in der Praxis umzusetzen. Ein Erfahrungssatz, dass die unzutreffende Wiedergabe von Testurteilen nur zumindest bedingt vorsätzlich erfolgt sein könne, sei nicht gegeben. Allein ein unstreitiger Übertragungsfehler rechtfertige noch nicht den Vorwurf des Vorsatzes im Sinne der Regelung der Gewinnabschöpfung. Es wird allerdings eingeräumt, an den Nachweis eines vorsätzlichen Verhaltens sei kein allzu hoher Maßstab zu setzen, da 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. Konkret hatte der geschäftsführende Gesellschafter des Unternehmens einen zweifelsohne fahrlässigen Übertragungsfehler hinsichtlich der Wiedergabe des Zwischenurteils „Gesundheit und Umwelt“ zu der Matratze „Olympia Tango“ glaubhaft gemacht. Die Glaubwürdigkeit der Aussage ergab sich nach der Rechtsansicht des LG Bonn schon daraus, dass die gleiche Person bei gleicher Gelegenheit einen zweiten Übertragungsfehler hinsichtlich einer weiteren beworbenen Matratze zu Lasten des Unternehmens gemacht habe. Bei dem zweiten Übertragungsfehler habe es sich um das sehr viel gewichtigere Kriterium der „Liegeeigenschaften“ und / oder der „Haltbarkeit“ gehandelt und nicht nur um ein untergeordnetes Kriterium, das nur mit 10% taxiert worden sei. Das Endergebnis des Tests sei zudem jeweils korrekt wiedergegeben worden. Bei Vorliegen von bedingtem Vorsatz sei eine solche Art des Fehlverhaltens unverständlich. Dem Urteil des LG Bonn liegt der Rechtssatz zugrunde, allein aufgrund einer unzutreffenden Wiedergabe eines Testurteils könne noch nicht davon ausgegangen werden, dass dies zumindest bedingt vorsätzlich erfolgt sei, zumal wenn dem Werbenden auch Fehler zu seinen Lasten unterlaufen seien.

### **2. LG Würzburg, Teilversäumnisurteil vom 29. September 2005**

Gegenstand des Rechtsstreits des vzbv war eine Gewinnabfrage an einen kostenaufwendigen 0190er-Telefonanruf. Im Rahmen dieses Teilversäumnisurteils wurde zur Auskunft verurteilt. Ausführungen zu den Anspruchsvoraussetzungen des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG enthält das Urteil nicht.

### **3. OLG Stuttgart, Urteil vom 2. November 2006**

Gegenstand des Urteils des OLG Stuttgart<sup>xxx</sup> war eine Klage des vzbv auf Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG.

*Sachverhaltlich* ging es um die Werbung mit Testergebnissen für Matratzen, ohne dass in der Werbung zum Ausdruck gebracht wurde, dass es neuere Prüfungen von Matratzen sowie andere Prüfkriterien als bei dem ursprünglichen Produkttest gab.

Bedingter Vorsatz im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG liege vor, wenn der Verletzte sein Verhalten fortsetze, obwohl er sich aufgrund ihm bekannter Tatsachen nicht der Einsicht verschließen könne, dass dieses unlauter sei. Ein vorsätzliches Handeln könne auch aus ausreichend klaren Hinweisen in einer Abmahnung abgeleitet werden. Auf die Richtigkeit von Lieferantangaben dürfe sich ein werbender Händler grundsätzlich nicht ungeprüft verlassen. Wenn ein Werbender vorsätzlich davon absieht, seiner Prüfungspflicht hinsichtlich von Angaben seiner Lieferanten, auf die er seine Werbung stützt, nachzukommen, so über-

nimmt er damit bewusst das Risiko fehlerhafter Angaben durch seine Lieferanten und nimmt solche fehlerhaften Angaben mangels Kontrollen auch billigend in Kauf.

*Sachverhaltlich* kam hinzu, dass bei einem sechs Jahre alten Testergebnis der Stiftung Warentest den Verantwortlichen eines der großen Discounter in Deutschland sich der Verdacht geradezu aufdrängen musste, dass dieser Test überholt sei.

#### **4. LG Berlin, Urteil vom 25. September 2007**

Gegenstand des Rechtsstreits war eine Klage des vzbv auf Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG. *Sachverhaltlich* ging es um einen Klingeltonvertrieb über das Internet, ohne dass ausreichend angegeben war, dass es sich um ein Abonnement handelte.

Das LG Berlin hatte erstinstanzlich das Vorliegen von Vorsatz verneint.<sup>xxx</sup> Ein vorsätzliches Zuwiderhandeln gegen § 3 UWG aF liege vor, wenn der Täter wisse, dass er den Tatbestand des § 3 UWG aF verwirkliche und dies auch wolle. Es genüge auch, dass er die Verwirklichung für möglich halte und billigend in Kauf nehme. Der Vorsatz umfasse zudem das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, wobei eine Parallelwertung in der Laiensphäre genüge, wenn sich so dem Handelnden aufgrund der Kenntnis der Tatsachen die Rechtswidrigkeit seines Tuns geradezu aufdränge. Von einem vorsätzlichen Verstoß wurde nicht ausgegangen, da nicht erkennbar gewesen sei, dass die Beklagte in Kenntnis aller Tatumstände gehandelt und diese auch in ihren Willen aufgenommen habe.

*Sachverhaltlich* wurde davon ausgegangen, dies gelte besonders für die Eignung der Internetseiten der Beklagten zur Irreführung oder zur Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit von Jugendlichen. Das LG Berlin berücksichtigte, dass der beanstandete Bestellvorgang mehrstufig ablaufe. Der vzbv rüge nicht ein einzelnes Element dieser Bestellroutine, sondern werfe der Beklagten insgesamt eine intransparente Gestaltung vor. Die Berechtigung dieses Vorwurfs lasse sich nur unter Berücksichtigung aller Umstände beurteilen. Jedes einzelne Gestaltungselement der Bestellung erhalte bei der rechtlichen Würdigung eine Bedeutung. Nur das Zusammenwirken aller Elemente könne letztlich den Vorwurf der unlauteren Intransparenz begründen. Die (unterstellte) Unlauterkeit sei nicht evident. Es bleibe Raum für unterschiedliche Beurteilungen.

Nach der Rechtsansicht des LG Berlin ergab sich auch keine andere Beurteilung unter Berücksichtigung der Vorabmahnungen. Diese betrafen andere Sachverhalte. Allein aus dem Umstand, dass rechtlich derselbe Vorwurf erhoben wurde, lasse nicht auf ein vorsätzliches Verhalten schließen. Denn die Annahme des Vorsatzes scheitere nicht an fehlender Rechtskenntnis, sondern daran, dass nicht festgestellt werden könne, dass die Beklagte alle Tatbestandsmerkmale kannte und wollte. Daher könne Vorsatz regelmäßig nur nach Vorabmahnung in derselben Sache angenommen werden.<sup>xxx</sup> Die Vorabmahnungen in anderen Fällen führten allenfalls dazu, dass die Beklagte damit rechnen müsse, dass ihr Verhalten von anderen rechtlich abweichend beurteilt und für unzulässig gehalten werde. Dies begründe aber regelmäßig nur den Vorwurf der Fahrlässigkeit.

Da der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz mit einem Vergleich beendet wurde, erläuterte das KG Berlin (Geschäftszeichen 5 U 164/07) seine Rechtsansicht zum Vorliegen des Vorsatzes im Sinne des § 10 UWG, der auch den bedingten Vorsatz, also das Inkaufnehmen eines Wettbewerbsverstoßes umfasse. Für die Annahme eines bedingten Vorsatzes genüge eine Parallelwertung in der Laiensphäre, wenn sich also dem Handelnden die Rechtswidrigkeit seines Tuns aufdränge, beziehungsweise er sein wettbewerbsrelevantes Verhalten fortsetze, obgleich es sich aufgrund der ihm bekannten Tatsachen nicht der Einsicht verschließen könne, dass dieses unlauter sei. Die Beweisanforderung zur Frage des Unlauterkeitsbewusstseins dürften nach Auffassung des Senats aus Praktikabilitätsgründen nicht zu hoch angesetzt werden.<sup>xxx</sup> Der Senat weist noch darauf hin, dass zur Ermittlung von Streugewinnen eine Anwendung des § 287 ZPO geboten sei.

#### **5. OLG Hamm, Urteil vom 14. Februar 2008**

Gegenstand des Urteils des OLG Hamm<sup>xxx</sup> war ein Feststellungsanspruch auf Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG.

*Sachverhaltlich* ging es um die Bewerbung und den Vertrieb eines aus einem anderen EU-Mitgliedstaat (Niederlande) stammenden und dort zulässig in den Verkehr gebrachten Produkts (Gelenkschutz-Kapseln). Die streitgegenständlichen Produkte enthielten dieselben unzulässigen Inhaltsstoffe, aufgrund derer der Vertreibende bereits rechtskräftig ein Unterlassungsanspruch gegen sich ergehen lassen musste.

Das OLG Hamm verneint das Vorliegen einer vorsätzlichen Zuwiderhandlung. Freilich genüge für die Annahme eines bedingten Vorsatzes eine Parallelwertung in der Laiensphäre, wenn sich dem Handelnden die Rechtswidrigkeit seines Tuns geradezu aufdränge oder er sein wettbewerbsrelevantes Verhalten fortsetze, obgleich es sich aufgrund der ihm bekannten Tatsachen nicht der Einsicht verschließen könne, dass dieses unlauter sei.<sup>xxxv</sup> Es könne andererseits nicht mit der nötigen Gewissheit, was zur Verneinung des nötigen Vorsatzes führe, ausgeschlossen werden, dass der Vertriebsweg über die Niederlande als juristisch gangbare Lösung gewählt worden sei, um ein dort rechtmäßig hergestelltes Produkt innerhalb der Gemeinschaft in den Verkehr bringen zu können, sich die Beklagten hierbei auf den diesbezüglichen Rechtsrat ihres Prozessbevollmächtigten verlassen haben. Von daher mag bei den Beklagten allenfalls ein Verbotsirrtum vorgelegen haben, der dabei aber über den Grad der Fahrlässigkeit nicht hinausging mit einer Überzeugung, dass der gewählte Weg nunmehr gangbar sei. Ein Inkaufnehmen der Zuwiderhandlung sei damit nicht mehr vereinbar. Die Verbotswidrigkeit habe sich nicht mehr in dem Sinne aufgedrängt, dass die Beklagten die Rechtswidrigkeit ihres Handelns entsprechend gekannt haben mussten.

## **6. OLG Naumburg, Urteil vom 27. Juni 2008**

Gegenstand des Urteils des OLG Naumburg<sup>xxxvi</sup> war eine Klage der Verbraucherzentrale Hamburg e.V. gegen die Kreditvermittlung CONVENT GmbH auf Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG. Das OLG Naumburg bejahte erstmals obergerichtlich, soweit zum Anwendungsbereich des § 10 UWG bekannt wurde, im Grundsatz einen Anspruch auf Gewinnabschöpfung.

*Sachverhaltlich* ging es um eine Werbung im Internet mit Sofortkrediten. Die Werbung stellte einen Wettbewerbsverstoß im Sinne des § 3 UWG dar, da im Internet für die Vergabe von Krediten mit dem Hinweis geworben wurde, der Kreditantrag sei kostenlos und unverbindlich, obgleich nach der Kreditantragstellung eine Bearbeitungsgebühr verlangt wurde.

Im Gegensatz zur Rechtsansicht des LG Halle bejahte das OLG Naumburg das Vorliegen eines vorsätzlich begangenen Wettbewerbsverstoßes. Vorsätzlich im Sinne des § 10 UWG handele ein Gewerbetreibender, der wisse, dass er den Tatbestand des § 3 UWG verwirkliche und dies auch wolle. Es genüge gleichfalls, wenn sich ein Gewerbetreibender der Rechtskenntnis verschließe, indem er die Rechtsordnung bewusst ignoriere. Wer die Augen vor den Folgen seiner Handlung oder vor deren rechtlicher Bewertung verschließe, müsse hinnehmen, dass die Rechtsordnung ihn einem bewusst Handelnden gleichstelle. Nach der Rechtsansicht des LG Halle habe die Beklagte keine Bearbeitungsgebühr für den Kreditantrag verlangen wollen, sondern eine Auslagererstattung nach Kreditabforderung, also nach Abschluss eines Kreditmittlungsvertrages. Ein solch möglicher Irrtum lässt aber nach der Rechtsansicht des OLG Naumburg den Vorsatz nicht entfallen. Auch wenn sich die Beklagte über die Rechtsfrage, wann ein Kreditmittlungsvertrag zustande komme, fahrlässig geirrt habe, müsse sich auch einem Laien aufdrängen, dass man nicht einerseits damit werben könne, ein Kreditantrag sei kostenlos und unverbindlich und andererseits nach dem Kreditantrag eine Auslagenpauschale hierfür – mit welcher Begründung auch immer – abbuche. Entweder sei ein Antrag kostenlos oder kostenpflichtig. Es dränge sich auch bei einer Parallelwertung in der Laiensphäre auf, dass ein solches Vorgehen rechts- und wettbewerbswidrig sei.

## **7. OLG Frankfurt, Urteil vom 4. Dezember 2008**

Gegenstand des Urteils des OLG Frankfurt a.M.<sup>xxxvii</sup> war eine Klage auf Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG.

*Sachverhaltlich* ging es um die Transparenzanforderungen an kostenpflichtige Internet-Abodienste.

Lauterkeitsrechtlich wurde davon ausgegangen, Verbraucher rechneten nicht ohne weiteres damit, dass im Internet angebotenes Downloaden von Grafiken oder der Zugriff auf eine Datenbank mit Gedichten bezahlt werden müsse. Sollte eine Kostenpflichtigkeit begründet werden, bedürfe es eines deutlichen Hinweises auf die Entgeltlichkeit des Angebots. Es genüge nicht, am Ende eines Sternchenhinweises und in den AGB auf die Entgeltlichkeit des Angebots hinzuweisen. Bei dem beschriebenen Sachverhalt, einer so genannten Kostenfalle, liege ein Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG begründendes vorsätzlich wettbewerbswidriges Handeln zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern jedenfalls dann vor, wenn das Angebot von vornherein in der Absicht erfolgte, einen Teil der Verbraucher über die Entgeltlichkeit des Angebots zu täuschen.

## 8. OLG München, Urteil vom 15. April 2010

Gegenstand des Urteils des OLG München<sup>xxxviii</sup> war eine Klage der Verbraucherzentrale Hamburg e.V. gegen den Telekommunikationsanbieter O<sub>2</sub> auf Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG.

Die Vorgeschichte der Klage auf Gewinnabschöpfung war ein Rechtsstreit der Verbraucherzentrale Hamburg gegen O<sub>2</sub> (vormals VIAG Interkom) wegen falscher Umrechnung von DM-Preisen in Euro-Preise, da O<sub>2</sub> (vormals VIAG Interkom) jeweils die Minutenpreise für das Telefonieren von DM in Euro umrechnete und durch die Umrechnung dieser Kleinstbeträge in der monatlichen Gesamtrechnung erhebliche Rundungsdifferenzen zu Lasten der Kunden entstanden waren. Die Verbraucherzentrale verlangte, dass nur der Endbetrag der monatlichen Telefonrechnung mit dem DM/Euro-Faktor 1,95583 umgerechnet werden dürfe. Da es sich bei den Umrechnungsregeln um europäisches Gemeinschaftsrecht handelte, legte das LG München I das Verfahren dem EuGH zur Vorabentscheidung vor, der die Rechtsansicht der Verbraucherzentrale bestätigte.<sup>xxxix</sup> Die von O<sub>2</sub> als Mobilfunknetzbetreiber vorgenommene Umrechnung der Minutenpreise von DM auf Euro bei gleichzeitiger Rundung wurde als ein Verstoß gegen den Grundsatz der Kontinuität von Vertragsbedingungen beurteilt.

Bei der Schätzung der Höhe des Gewinns ging die Verbraucherzentrale von einer Differenz pro Kunde und Monat von 1 Euro aus. Da der Verbraucherzentrale die genaue Höhe dieser Differenz, die Dauer der Umrechnungspraxis und die Zahl der betroffenen Kunden nicht bekannt war, wurde im Wege der Stufenklage Auskunft von O<sub>2</sub> verlangt.

Die vorläufigen Berechnungen des möglichen Unrechtsgewinns belegten eine erhebliche Spannweite. Bei der Annahme von 400.000 betroffenen Kunden und einem Zeitraum seit Herbst 2001 bis zum damals aktuellen Berechnungszeitraum wurde von einem Unrechtsgewinn in Höhe von etwa 30 Millionen Euro ausgegangen; bei der Annahme von 100.000 betroffenen Kunden und einer Berechnung vom Zeitpunkt des Urteils des EuGH bis zu der von O<sub>2</sub> behaupteten Anpassung der Umrechnung (11 Monate) wurde von einem Unrechtsgewinn in Höhe von knapp 1,2 Millionen Euro ausgegangen.

Da der Gewinnabschöpfungsanspruch für den Zeitraum vom 14. September 2004 bis zum 31. August 2005 geltend gemacht worden war, wurde das Vorliegen der Voraussetzung des § 10 Abs. 1 UWG vom OLG München nach dem geltenden Recht des UWG 2004 und dessen herrschender Auslegung beurteilt. Da die Umsetzungsfrist für die UGP-RL erst am 12. Dezember 2007 abgelaufen war, wurde die im UWG 2010 eingetretene Rechtsänderung nicht berücksichtigt. Das OLG München verneinte nach dem damaligen Rechtszustand das Vorliegen einer vorsätzlichen Wettbewerbshandlung, da bei einer bloßen Vertragsverletzung eine Wettbewerbshandlung mit Marktbezug nicht vorgelegen habe.

Das LG München I hatte den Gewinnabschöpfungsanspruch zumindest am fehlenden Vorsatz von O<sub>2</sub> bezüglich des Vorliegens einer Wettbewerbshandlung verneint. Im Zeitpunkt der Euro-Umrechnung im Jahre 2002 sei die Verhaltensweise von O<sub>2</sub> schon nicht als Wettbewerbshandlung einzuordnen gewesen, weil Maßnahmen, die der Durchführung, Beendigung oder Rückabwicklung eines Vertragsverhältnisses dienten, in der Regel keinen Marktbezug hätten, da mit Abschluss eines Vertrages an sich der Wettbewerb um diesen Kunden beendet sei. Zwar habe sich nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die UGP-RL diese Rechtslage geändert; für diesen Zeitraum habe es jedoch an einem entsprechenden Vortrag gefehlt. In dem Rechtsstreit in der zweiten Instanz verteidigte O<sub>2</sub> nachdrücklich die Annahme des LG München I, das das Vorliegen eines Vorsatzes verneint hatte, mit der Begründung, es sei der Verbraucherzentrale nicht gelungen, seiner Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf ein angeblich vorsätzliches Handeln von O<sub>2</sub> nachzukommen. Die Verbraucherzentrale habe nicht die hierfür erforderlichen konkreten Tatsachen vorgetragen und diese nicht unter Beweis gestellt, sondern sich darauf beschränkt, pauschale Behauptungen aufzustellen.

## 9. OLG Frankfurt, Urteil vom 25. Mai 2010

Gegenstand des Urteils des OLG Frankfurt a.M.<sup>xl</sup> war eine Klage auf Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG.

*Sachverhaltlich* ging es um eine so genannte Kostenfalle im Internet. Im Internet wurde der Abruf von Informationen angeboten. Innerhalb der Websites wurde blickfangartig mit der Aussage „heute gratis!“ geworben und zwar bezogen auf ein breites Informationsangebot wie Bastelanleitungen, Fabrikverkaufsadressen, Steuertipps und eine Vielzahl weiterer Informationen. Am Ende der Seite wurde jeweils in kleiner Schrift neben anderen Informationen mitgeteilt, dass durch die Betätigung des Buttons „Anmelden“ ein Auftrag erteilt werde und dass sich die Gratis-Testzeit mit Ablauf des Tages in ein Abonnement zum Preis von 7 Euro pro Monat mit einer Laufzeit von 24 Monaten verändere.

Die blickfangartig herausgestellte Werbeansage „heute gratis!“ wurde als ein Verstoß gegen das Verbot der irreführenden Werbung nach den §§ 3 und 5 UWG beurteilt. Das Vorliegen von Vorsatz im Sinne des § 10 UWG erfordere auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit. Dem Werbenden sei neben den tatsächlichen Umständen, die den Wettbewerbsverstoß begründeten, auch die Rechtswidrigkeit des Wettbewerbsverhaltens bewusst gewesen. Angesichts der Offensichtlichkeit des Wettbewerbsverstoßes bestehe kein Zweifel daran, dass der Werbende es zumindest billigend in Kauf genommen habe, wettbewerbswidrig zu handeln. Jedenfalls für die Zeit nach einer Abmahnung stehe der Annahme eines *dolus eventualis* nichts entgegen, nach einer anwaltlichen Beratung sei der Internetauftritt wettbewerbsrechtlich als zulässig beurteilt worden.

### III. Notwendigkeit einer Reform des § 10 UWG

Die nach Inkrafttreten des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG nunmehr innerhalb eines Zeitraums von einem knappen Jahrzehnt ergangenen Urteile in der Instanzgerichtsbarkeit geben beredte Auskunft über die praktische Ineffizienz der gesetzlichen Regelung, deren konkrete Tatbestandsvoraussetzungen einen restriktiven Anwendungsbereich einer gegen Null tangierenden Unrechtserlösabschöpfung verursachen.

Die eigentliche Ursache des Gesetzesversagens liegt darin, dass der lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch – gleichsam ein Trugbild seines Gesetzstitels – ein schadensersatzrechtliches und bereicherungsrechtliches Mixtum darstellt und zwischen den Rechtsinstituten eines Schadensersatzes und eines Bereicherungsausgleichs changiert. Angemessener Regelungsgegenstand eines Rechtsregimes, das die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse im Wettbewerbsrecht bezweckt, ist ein Abschöpfungsanspruch *sui generis*, dessen Tatbestandsvoraussetzungen im Sinne einer Anwendungseffizienz zu regeln sind. Aus diesen Gründen besteht ein dringender Handlungsbedarf des Gesetzgebers zu einer Gesetzesänderung des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG.

## D. Die Vorteilsabschöpfung als Unrechtserlösabschöpfung im Kartellrecht

### I. Die zivilrechtliche Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a GWB

#### 1. Kartellrechtliche Nachfolgeregelung zum Lauterkeitsrecht

Die kartellrechtliche Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB<sup>xli</sup> ist ihrer Rechtsnatur nach ein Zwilling zur lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG. Die Regelung des GWB ist zwar ein Kind der 7. GWB-Novelle, stellt aber innerhalb des verwaltungsrechtlichen Systems der kartellrechtlichen Unrechtserlösabschöpfung das *zivilrechtliche Pendant* zum lauterkeitsrechtlichen Zivilrechtsinstrumentarium im Sanktionenrecht dar. Die lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG war die Blaupause des Gesetzgebers für die zivilrechtliche Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a GWB.

Im Grundsatz ist zwar die Intention des Gesetzgebers, die Durchsetzung des Kartellrechts ergänzend mit einem privatrechtlichen Instrumentarium zu effektuieren, nachhaltig zu begrüßen. Sie entspricht zudem der sich auf europäischer Ebene gegenwärtig durchsetzenden Erkenntnis, dass die zentrale Stellung der Verbraucherinteressen nicht nur im Lauterkeitsrecht, sondern auch im Kartellrecht einer *Neuorientierung des Sanktionenrechts* und dessen Instrumentariums bedarf. Es lag allerdings schon bei Verabschiedung der Vorschrift des § 34a GWB auf der Hand, dass der Regelung nur eine Ankündigungsfunktion zukam, ohne je mit Leben erfüllt zu werden.

Die zivilrechtliche Vorteilsabschöpfung durch Verbände im Kartellrecht blieb namentlich aus den folgenden Gründen ohne jede praktische Bedeutung.<sup>xlii</sup> Nach der Rechtslage im GWB vor der 7. GWB-Novelle wurden Unrechtsgewinne innerhalb der Verhängung von Kartellbußen abgeschöpft. Folge dieser als *Bestandteil des Bußgeldrechts* vorgenommenen Abschöpfungspraxis war schon, dass den verschiedenen Instrumenten einer verwaltungsrechtlichen Vorteilsabschöpfung im Kartellrecht neben dem Bußgeldrecht kaum eine Bedeutung zukam. Zudem wurde die zivilrechtliche Vorteilsabschöpfung durch Verbände im GWB als *subsidiäres* Instrument ausgestaltet. Nach § 34a Abs. 1 GWB a.E. besteht der Anspruch auf Vorteilsabschöpfung nur, soweit die Kartellbehörde die Vorteilsabschöpfung nicht durch Verhängung einer Geldbuße, durch Verfall oder durch Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB anordnet.

Die Ineffizienz der kartellrechtlichen Vorteilsabschöpfung beruht schließlich auf den gleichen *Anwendungsvoraussetzungen*, die von der lauterkeitsrechtlichen Regelung der Gewinnabschöpfung übernommen wurden und die schon die nicht subsidiäre Vorschrift des § 10 UWG nahezu praktisch wirkungslos machten.<sup>xliii</sup> Restriktive und wirkungshemmende Anwendungsvoraussetzungen der kartellrechtlichen Vorteilsabschöpfung sind die Verschuldensform des Vorsatzes und die Rechtsfolge der Herausgabe des abgeschöpften wirtschaftlichen Vorteils an den Bundeshaushalt.

## **2. Anwendungsvoraussetzungen des § 34a GWB**

### **a) Anspruchsberechtigung und Aktivlegitimation**

Anspruchsberechtigte zur Geltendmachung der kartellrechtlichen Vorteilsabschöpfung nach § 34a Abs. 1 GWB sind ausschließlich die rechtsfähigen Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen im Sinne des § 33 Abs. 2 GWB. Die *qualifizierten Einrichtungen* sind vom Kreis der Anspruchsberechtigten ausgeschlossen. Die Verbraucherverbände sind somit nicht aktivlegitimiert.

Die Einbeziehung der qualifizierten Einrichtungen war zunächst ein primäres Anliegen im Gesetzgebungsverfahren. Die Anspruchsberechtigung der qualifizierten Einrichtungen sollte gerade einen wirksamen Wettbewerb sichern und die Interessen der Verbraucher schützen.<sup>xliv</sup> Der Ausschluss der qualifizierten Einrichtungen von der Aktivlegitimation der Verbraucherverbände, geschah im Gesetzgebungsverfahren gleichsam in letzter Minute und wurde nicht näher begründet. Die Aktivlegitimation kommt den nach § 33 Abs. 2 GWB anspruchsberechtigten Verbänden zu. Die Nichtberücksichtigung der Verbraucherverbände widerspricht diametral dem nicht nur im Lauterkeitsrecht, sondern auch im Kartellrecht auf europäischer Ebene bestehenden Rechtsverständnis von der Schutzzweckparität zwischen Unternehmen und Verbrauchern.

### **b) Kartellrechtlicher Gesetzesverstoß**

Die Parallelität der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a GWB zur lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG zeigt sich in dem *rechtserheblichen Gesetzesverstoß*, der Grundlage der Unrechtserlösabschöpfung in den beiden Vorschriften ist. Gesetzesverstöße gegen lauterkeitsrechtliche und kartellrechtliche Verbotsnormen werden gleichermaßen mit einer Unrechtserlösabschöpfung sanktioniert.

Die Art des Kartellverstoßes umschreibt § 34a GWB durch einen Verweis auf die verwaltungsrechtliche Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 GWB. Ein Kartellverstoß im Sinne des § 34 Abs. 1 GWB liegt vor, wenn ein Unternehmen gegen eine Vorschrift des GWB, gegen das Kartellverbot des Art. 101 AEUV, gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt. Die Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB ist grundsätzlich Rechtsfolge einer jeden Art von Kartellverstoß.

Die Intention des Gesetzgebers, eine Parallelität der privatrechtlichen Unrechtserlösabschöpfung im Kartellrecht und Lauterkeitsrecht herzustellen, soll einer Effizienzsteigerung der Durchsetzung der kartellrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Verbotsnormen dienen.

### **c) Zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern**

### aa) Vorteilsabschöpfung im Vertikalverhältnis

Voraussetzung der Vorteilsabschöpfung ist es, dass das kartellrechtswidrig handelnde Unternehmen den wirtschaftlichen Vorteil zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern erlangt. Diese weithin als tatbestandsbegrenzend verstandene Anwendungsvoraussetzung unterscheidet die zivilrechtliche Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a GWB von der verwaltungsrechtlichen Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 GWB.

Diese Restriktion der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung wird in ihrer Bedeutung dahin verstanden, dass wirtschaftliche Vorteile abgeschöpft werden können, die sich aus Kartellverstößen im *Vertikalverhältnis* zu Lasten der Marktgegenseite und nicht im Horizontalverhältnis zu Lasten von Wettbewerbern ergeben.<sup>xlv</sup>

Die Vorteilsabschöpfung ist nicht auf die Nachteile der unmittelbaren Marktgegenseite beschränkt. Der Normzweck der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung besteht gerade darin, die wirtschaftlichen Vorteile eines Kartellverstößes als *Nachteile bei den Verbrauchern* abzuschöpfen. Die bei Anwendung des § 33 GWB geführte Auslegungskontroverse um den Begriff des betroffenen Marktbeteiligten stellt sich bei Anwendung des § 34a GWB gerade nicht.

### bb) Breitenwirkung eines Kartell- oder Lauterkeitsrechtsverstoßes (§§ 34a GWB, 10 UWG)?

Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern“ in § 34a Abs. 1 GWB ist vergleichbar dem entsprechenden Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ in § 10 UWG, dem es nachgebildet ist,<sup>xlvi</sup> auszulegen. Auch wenn die Gesetzesgeschichte beider Vorschriften zeigt, dass die Problematik der Streuschäden im Mittelpunkt der rechtspolitischen Diskussion stand, bedeutet der Hinweis auf diese Fallkonstellation keine Beschränkung des Anwendungsbereichs der kartellrechtlichen Vorteilsabschöpfung sowie der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung.

Soweit das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl“ in den beiden Abschöpfungsregelungen der §§ 34a GWB und 10 UWG wortlautgleich ist, wird es weithin als eine *restriktive Auslegungsdirektive* verstanden. Den Ausgangspunkt nimmt die restriktive Normauslegung in der Gesetzgebungsgeschichte der lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsregelung. Schlagwortartig wird das restriktive Rechtsverständnis des Anwendungsbereichs mit dem Erfordernis einer *Breitenwirkung des Kartell- oder Lauterkeitsrechtsverstoßes* umschrieben.<sup>xlvii</sup>

Im *Referentenentwurf* eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb<sup>xlviii</sup> wurde im Wortlaut der Gewinnabschöpfungsregelung des § 9 Abs. 1 UWG-RefE noch darauf abgestellt, dass durch den Lauterkeitsrechtsverstoß *systematisch einer Vielzahl von Abnehmern ein Schaden zugefügt* werde. In der Begründung des Referentenentwurfs wurde dem Tatbestandsmerkmal einer Schädigung einer Vielzahl von Abnehmern die Funktion zugesprochen, die Sanktionswirkung des Gewinnabschöpfungsanspruchs richte sich nur gegen *besonders gefährliche unlautere Handlungen*.

Das *Gefährlichkeits-Kriterium* bildete den Ausgangspunkt eines restriktiven Verständnisses der Abschöpfungsregelung.

Das Tatbestandsmerkmal eines systematischen Vorgehens des Wettbewerbers wurde dahin verstanden, die gesamte unlautere Handlung müsse darauf angelegt sein, die *Benachteiligung einer größeren Anzahl von Verbrauchern* herbeizuführen; der Nachteil dürfe sich nicht als bloße zufällige oder reflexartige Folge darstellen.

In dem *Gesetzentwurf der Bundesregierung* wurde auf die Anwendungsvoraussetzung eines systematischen Vorgehens verzichtet und zunächst das begrenzende Tatbestandsmerkmal eingeführt, der Gewinn müsse „auf Kosten“ einer Vielzahl von Abnehmern erzielt werden. Erst aufgrund der *Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses* wird der Begriff „auf Kosten“ durch die Wörter „zu Lasten“ ersetzt. Die Begründung in der Beschlussempfehlung geht dahin, der Gewinnabschöpfungsanspruch setze *nicht die Ermittlung von einzelfallbezogenen Nachteilen* voraus, vielmehr sei erforderlich, aber auch ausreichend, dass durch die Zuwiderhandlung bei einer Vielzahl von Abnehmern eine *wirtschaftliche Schlechterstellung* eingetreten sei.

In der *Gesetzesbegründung der Bundesregierung*<sup>xlix</sup> war das das Tatbestandsmerkmal eines „systematischen“ Vorgehens ersetzende Tatbestandsmerkmal „auf Kosten einer Vielzahl von Abnehmern“ noch damit begründet worden, dass sich die Sanktionswirkung des Gewinnabschöpfungsanspruchs nur gegen *besonders gefährliche unlautere Handlungen* richte, eine wortgleich aus der Begründung des Referentenentwurfs übernommene Formulierung. Besonders gefährliche unlautere Handlungen werden nach der Gesetzesbegründung nunmehr als solche mit „*Breitenwirkung*“ bezeichnet, die tendenziell eine größere Anzahl von Abnehmern betreffen können. Zugleich werden individuelle Wettbewerbsverstöße von dem Abschöpfungsanspruch ausgenommen, etwa die Irreführung anlässlich eines einzelnen Verkaufsgesprächs.

In der *Stellungnahme des Bundesrats*<sup>1</sup> wurde der in dem Tatbestandsmerkmal „auf Kosten“ zum Ausdruck kommende *bereicherungsrechtliche Ansatz* kritisiert und empfohlen, diesen aufzugeben. Geprüft werden sollten Wege, wie der abzuschöpfende Betrag anhand von Umständen, die für den Gläubiger weitgehend erkennbar oder jedenfalls leicht ermittelbar seien, vom Gericht in relativ freiem Ermessen festgelegt werden könne.

Die *Bundesregierung* blieb in ihrer *Gegenäußerung*<sup>li</sup> zu der vom Bundesrat kritisierten Begrenzung des Anspruchs auf Fälle, in denen auf Kosten der Abnehmer etwas erlangt werde, bei ihrer Auffassung, eine solche Begrenzung sei notwendig, da nur solche Fälle erfasst werden sollen, in denen die Abnehmer übervorteilt würden.

Der *Gesetzgeber* folgte der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses und ersetzte das Tatbestandsmerkmal „auf Kosten“ durch die Formulierung „zu Lasten“.

Die Kompromissformel „zu Lasten“ übernahm zwar nicht den Vorschlag, einen von einem individuellen Schadenseinschlag auf Abnehmerseite unabhängigen Gewinnabschöpfungsanspruch zu regeln.<sup>lii</sup> Es ist aber unverkennbar, dass mit dieser Formulierung der Kritik der Verbraucherorganisationen Rechnung getragen werden und eine Konnexität zwischen Gewinnerzielung und

wirtschaftlichem Nachteil der Verbraucher keine unabdingbare Anwendungsvoraussetzung des Gewinnabschöpfungsanspruchs darstellen sollte.<sup>lviii</sup>

Das ursprünglich in der Gesetzesbegründung vorgetragene Argument einer Breitenwirkung des Lauterkeitsrechtsverstoßes, das als Qualifikationskriterium der besonders gefährlichen Lauterkeitsrechtsverstöße verstanden wurde, entwickelte bei der Auslegung und Anwendung des § 10 UWG ein Eigenleben. In einer engen Auslegung der parallelen Abschöpfungsregelungen der §§ 34a GWB und 10 UWG wird mit der (angeblich) erforderlichen Breitenwirksamkeit ein „Massencharakter“ des Kartell- oder Lauterkeitsrechtsverstoßes verlangt<sup>liv</sup> und in diesem restriktiven Sinne eine besondere Qualität des Kartellrechtsverstoßes oder des Lauterkeitsrechtsverstoßes umschrieben.

Schon nach geltendem Recht der §§ 34a GWB und 10 UWG ist die Restriktion des Anwendungsbereichs auf solche Fallkonstellationen einer Breitenwirkung nicht gerechtfertigt. Es ist selbstverständlich nicht Aufgabe einer Gewinnabschöpfungsregelung, Individualrechtsverstöße zu ahnden, wenn dem Betroffenen ein individueller Schadensersatzanspruch zusteht. Entscheidend ist vielmehr, einen rechtswidrig erlangten Erlös als Unrechtserlös unabhängig davon, ob und in welcher Höhe konkrete Verbraucherschäden eingetreten sind, zum Gegenstand einer Erlösabschöpfung zu machen.

Die restriktive Auslegungskontroverse wird nach wie vor davon beherrscht, dass die Problematik der Streudelikte als ein vornehmliches Thema des kollektiven Rechtsschutzes bei der Diskussion um eine Einführung einer Abschöpfungsregelung im Zentrum des Interesses stand. Eine effiziente Regelung der Unrechtserlösabschöpfung sollte auf die Anwendungsvoraussetzung „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ verzichten, auch wenn nach der hier vorgeschlagenen Auslegung des geltenden Rechts einer solchen Gesetzesänderung nur eine klarstellende Funktion zukommt.

#### **d) Verschuldensform des Vorsatzes**

Die Anwendungsvoraussetzung eines vorsätzlichen Handelns entspricht der Regelung des § 10 UWG. Gegen das Vorsatzerfordernis in § 34a GWB bestehen die gleichen Bedenken wie bei § 10 UWG.<sup>lv</sup> Eine Gesetzesänderung der Verschuldensform ist in beiden Fallkonstellationen der Vorteilsabschöpfung parallel vorzunehmen.

Unabhängig von der Notwendigkeit einer Parallelität der Verschuldensform bei der lauterkeitsrechtlichen und kartellrechtlichen Unrechtsgewinnabschöpfung, ist im Kartellrecht das Erfordernis des Vorsatzes grundsätzlich verfehlt. Das zeigt nicht nur die Verschuldensform des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit bei der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 GWB. Das ergibt sich vor allem aus der Rechtsnatur der kartellrechtlichen Vorteilsabschöpfung, deren Ausrichtung an der Verschuldenshaftung sachwidrig ist. Das bestätigt auch ein Blick auf die Gesetzesgeschichte der kartellrechtlichen Mehrerlösabschöpfung nach § 34 GWB aF<sup>lvi</sup> als der Vorläufernorm des § 34 GWB.<sup>lvii</sup>

## **II. Die verwaltungsrechtliche Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 GWB**

## **1. Die kartellbehördliche Vorteilsabschöpfung als sekundäres Sanktionsinstrument**

Die verwaltungsrechtliche Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB ist ein kartellbehördliches Instrument. Die Kartellbehörde kann, wenn ein Unternehmen gegen eine Vorschrift des GWB, gegen die Artt. 101 oder 102 AEUV oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde verstößt, die Abschöpfung des dadurch erlangten wirtschaftlichen Vorteils anordnen. Gegenüber der subsidiären Vorteilsabschöpfung durch Verbände ist die Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde vorrangig. Nach § 34 Abs. 2 GWB ist die Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde allerdings ausgeschlossen, wenn der wirtschaftliche Vorteil durch Schadensersatzleistungen oder durch die Verhängung einer Geldbuße oder die Anordnung des Verfalls abgeschöpft ist. In der Gesetzesbegründung wird insoweit von einer Subsidiarität der Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB gegenüber dem Schadensersatz, der Geldbuße oder des Verfalls gesprochen.<sup>lviii</sup>

Das Instrumentarium des Schadensersatzes, der verwaltungsrechtlichen Vorteilsabschöpfung, der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung, des Bußgeldes und des Verfalls stehen in einem gesetzlichen Rangverhältnis. Dabei kommt dem Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 GWB – unter Berücksichtigung des Verletzergewinns nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB – primäre Bedeutung zu. In der Kartellamtspraxis ist die verwaltungsbehördliche Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB in der Regel nur von sekundärer Bedeutung, wenn eine Vorteilsabschöpfung im Rahmen einer Kartellbuße nach §§ 81 Abs. 5 GWB iVm 17 Abs. 4 OWiG erfolgt.<sup>lix</sup>

## **2. Verschuldensform des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit**

Anders als die zivilrechtliche Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB, deren Anwendung einen vorsätzlichen Gesetzesverstoß voraussetzt, verlangt die kartellbehördliche Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB zwar ein Verschulden des kartellrechtswidrig handelnden Unternehmens, lässt aber die Verschuldensarten Vorsatz oder Fahrlässigkeit genügen. Ausreichend ist das Vorliegen leichter Fahrlässigkeit. Wie bei dem Verschuldensmaßstab des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs nach § 33 Abs. 3 S. 1 GWB, werden auch an das Verschulden im Sinne des § 34 GWB keine hohen Anforderungen gestellt.<sup>lx</sup>

Die Unterschiede der Verschuldensart zwischen der verwaltungsrechtlichen und der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung im Kartellrecht sind mit kartellrechtsspezifischen Sachgründen nicht zu rechtfertigen. Die Restriktion der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung im Kartellrecht erklärt sich formal aus der Übertragung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung als Vorbild in das GWB und inhaltlich aus den nachhaltig vorgetragenen, allgemeinen Bedenken gegen eine jede Art der Vorteilsabschöpfung im Interesse der Verbraucher, die nach der vorliegenden Untersuchung allerdings nicht berechtigt sind.

## **3. Das Politikum der Vorteilsabschöpfung als Verschuldenshaftung**

### **a) Die Instrumentalisierung des Verschuldenserfordernisses zur Abwehr einer verbraucherbezogenen Abschöpfungsregelung**

Das Verständnis der Vorteilsabschöpfung als Verschuldenshaftung wird der Rechtsnatur einer Regelung der Unrechtserlösabschöpfung als ein Anspruch sui generis nicht gerecht.<sup>lxii</sup> Die Gesetzesgeschichten der verschiedenen Regelungen des Lauterkeitsrechts und Kartellrechts belegen, dass die rechtliche Qualifizierung der Vorteilsabschöpfung als eine Form der Verschuldenshaftung ein rechtspolitisches Instrument zur Abwehr von effizienten Abschöpfungsregelungen im Verbraucherinteresse darstellt.

### **b) Zur Legitimität einer verschuldensunabhängigen Abschöpfungsregelung im Gesetzgebungsverfahren**

In dem Kontext der Legitimierung der Anwendungsvoraussetzungen einer Abschöpfungsregelung ist an eine *Reminiszenz aus der Entstehungsgeschichte* der kartellbehördlichen Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB zu erinnern.

Vorläuferregelung der kartellbehördlichen Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB war die *Mehrerlösabschöpfung nach § 34 GWB aF*. Nach dieser Vorschrift konnte von einem Unternehmen die Abführung eines Geldbetrags verlangt werden, der dem Mehrerlös entsprach, den das Unternehmen durch den Verstoß gegen eine Untersagungsverfügung nach § 32 GWB erlangt hatte. Der Verstoß gegen die Untersagungsverfügung musste vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt sein.

Die Regelung des § 34 Abs. 1 GWB aF war von der bis dahin geltenden *Regelung des § 37b Abs. 1 GWB aF* übernommen worden. Das Verschuldenserfordernis erschien insoweit unbedenklich, als in der Regel bei einem Verstoß gegen eine Untersagungsverfügung schon Vorsatz vorlag. Vom Vorliegen eines Verschuldens als Voraussetzung der Mehrerlösabschöpfung konnte regelmäßig ausgegangen werden.

Die Entstehungsgeschichte der kartellbehördlichen *Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB* macht anschaulich, dass die Gesetzesverfasser zunächst davon ausgingen, dass eine umfassende Vorteilsabschöpfung im Kartellrecht *verschuldensunabhängig* erfolgen sollte. Eine kartellbehördliche Vorteilsabschöpfung wurde unabhängig vom Verschulden des Kartellanten als legitim beurteilt. Im *Referentenentwurf zur 7. GWB-Novelle* war bei der Regelung der Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB ausdrücklich auf ein Verschuldenserfordernis verzichtet worden.<sup>lxiii</sup> In der Begründung zum Referentenentwurf wurde der Verzicht auf ein Verschuldenserfordernis gegenüber der früheren Fassung des § 34 GWB aF mit dem verwaltungsrechtlichen Charakter der Vorteilsabschöpfung begründet. Der Grund für die Rechtfertigung einer Vorteilsabschöpfung ohne Verschulden wird darin gesehen, dass auch ein Täter eines schuldlos begangenen Kartellrechtsverstoßes einen Vorteil hieraus ziehen können.

Aufgrund einer *interministeriellen Einigung der beteiligten Ressorts*<sup>lxiii</sup> wurde das Verschuldenserfordernis wieder zur Anwendungsvoraussetzung des § 34 Abs. 1 GWB gemacht.<sup>lxiv</sup> Dem erneuten Vorschlag des *Bundesrats*,<sup>lxv</sup> auf ein Verschulden als

Anwendungsvoraussetzung der Vorteilsabschöpfung zu verzichten, schloss sich die *Bundesregierung* in ihrer Gegenäußerung nicht an.<sup>lxvi</sup>

Sowohl im Kartellrecht als auch im Lauterkeitsrecht sollte gelten: Die Abschöpfung eines Unrechtserlöses – sei es eines Mehrerlöses, sei es eines wirtschaftlichen Vorteils, sei es eines Gewinns – ist als eine verschuldensunabhängige Regelung legitim.

### **III. Die Berücksichtigung des Verletzergewinns bei der Schadensberechnung nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB**

#### **1. Zwei-Säulen-Modell**

Zielsetzung der Neukonzeption des § 33 GWB durch die 7. GWB-Novelle war es, die *private Rechtsdurchsetzung* im Kartellrecht zu fördern und Anreize zu einer effizienten Geltendmachung des *zivilrechtlichen Kartellschadensersatzes* zu schaffen. Diese Grundlagenänderung des deutschen Kartellrechts im Jahre 2005 entsprach der Kartellrechtsentwicklung auf europäischer Ebene, die spätestens seit der „Courage“-Doktrin des EuGH<sup>lxvii</sup> als Zwei-Säulen-Modell einer effizienten Kartellrechtsdurchsetzung im Wege einer *private-enforcement* durch private Klageverfahren und einer *public-enforcement* durch Kartellbehörden überwiegend, wenn nicht gar allgemein Anerkennung findet.

#### **2. Anspruchsberechtigung eines von einem Kartellrechtsverstoß Betroffenen**

Ein *Schadensersatzanspruch* nach § 33 Abs. 3 S. 1 GWB besteht, wenn ein vorsätzlicher oder fahrlässiger Verstoß gegen ein Kartellrechtsverbot im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 1 GWB – ein Verstoß gegen eine Vorschrift des GWB, gegen die Artt. 101 oder 102 AEUV oder gegen eine Verfügung der Kartellbehörde – vorliegt. Nach der 7. GWB-Novelle kommt es für die *Aktivlegitimation* nicht mehr auf den Schutzgesetzcharakter der Verbotsnorm, sondern auf die *Anspruchsberechtigung des von dem Kartellrechtsverstoß Betroffenen* an.

Nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB ist Betroffener im Sinne der Anspruchsberechtigung, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktteiliger durch den Verstoß beeinträchtigt ist. Anspruchsberechtigt zur Geltendmachung eines Kartellschadens sind neben der Marktgegenseite der Abnehmer und Lieferanten als den direkten oder mittelbaren Marktbeteiligten auch die *indirekten oder mittelbaren Abnehmer im Vertikalverhältnis* auf entfernteren Marktstufen.

#### **3. Die Verbraucher als betroffene Marktbeteiligte**

Unabhängig von dem allgemeinen Diskurs über die Reichweite des Kreises der betroffenen Marktbeteiligten ist von dem *Grundsatz* auszugehen, dass auch der *Verbraucher* im Sinne des Endverbrauchers ein von dem Kartellverstoß beeinträchtigter sonstiger Marktbeteiligter sein kann.<sup>lxviii</sup> Die Reichweite der Aktivlegitimation indirekter Abnehmer auf entfernten Marktstufen

bedarf noch der endgültigen Klärung. Das gilt namentlich für die *Rechtserheblichkeit von Zurechnungs- und Begrenzungskriterien* zur Bestimmung der Anspruchsberechtigung als betroffener Marktbeteiligter.

Der Grundsatz des *Jedermann-Kartellschadensersatzes* im Sinne der „Courage“-Doktrin des EuGH rechtfertigt im Sinne einer europarechtskonformen Auslegung auch die Anerkennung der Aktivlegitimation der Verbraucher.

#### **4. Kartellschadensschätzung nach § 287 ZPO**

Zur kartellrechtlichen *passing on defence* und zur Zulässigkeit der *Vorteilsanrechnung* bei Anwendung des § 33 Abs. 3 S. 2 GWB entwickelte der BGH in dem „ORWI“-Urteil<sup>lxix</sup> materiellrechtliche und zivilprozessuale Grundsätze. Nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB kann bei der Feststellung des Umfangs des Kartellschadens im Wege der *Schadensschätzung nach § 287 ZPO* der anteilige Gewinn berücksichtigt werden. Die Schadensschätzung umfasst auch die *Höhe des Mehrgewinns* aus dem Kartellverstoß.

#### **IV. Die Vorteilsabschöpfung im Rahmen einer Kartellbuße nach §§ 81 Abs. 5 GWB iVm 17 Abs. 4 OWiG**

Im Rahmen eines *Kartellbußgeldverfahrens* kann nach § 81 Abs. 5 S. 1 GWB der wirtschaftliche Vorteil, der aus der Ordnungswidrigkeit gezogen wurde, durch die nach § 81 Abs. 4 GWB zu verhängende Geldbuße abgeschöpft werden. Im Ordnungswidrigkeitenrecht soll nach § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen. Der Verweis auf § 17 Abs. 4 OWiG wird dahin verstanden, dass im Rahmen eines Kartellbußgeldverfahrens die Anwendung der Regelung im Ermessen der Kartellbehörde steht.

Im europäischen Sanktionenrecht werden Kartellbußen nicht als ein Instrument der Abschöpfung eines wirtschaftlichen Vorteils verstanden; sie dienen ausschließlich der Sanktion im Sinne einer Ahndung der Kartellrechtswidrigkeit.

Von der Kartellbehörde beziehungsweise dem Bußgeldrichter ist der Anteil des Bußgelds zu bestimmen, der *Ahndungszwecken* und der *Abschöpfungszwecken* dient.<sup>lxx</sup>

In der Gesetzesbegründung zur 7. GWB-Novelle<sup>lxxi</sup> wird entsprechend dem europäischen Vorbild die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils von dem Ahndungszweck der Geldbuße als Sanktion unterschieden.<sup>lxxii</sup>

#### **E. Referentenentwurf des BMWi zu einem Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

##### **I. Eckpunktepapier des BMWi**

In einem *Eckpunktepapier* zu einer 8. GWB-Novelle des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vom 1. August 2011 wurde als ein Regelungsgegenstand der 8. GWB-Novelle eine angemessene Beteiligung der Verbraucherverbände bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung formuliert. Die Beteiligung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung soll die Position der Verbraucherschutzorganisationen verbessern. Ausdrücklich ausgenommen wird eine Beteiligung an der privaten Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen.

Zur Erreichung dieser Zielsetzung soll *qualifizierten Einrichtungen* und damit Verbraucherverbänden ein Unterlassungsanspruch und ein *Anspruch auf Vorteilsabschöpfung für den Fall von Massen- und Streuschäden* eingeräumt werden. Es wird an das System des Rechtsschutzes im UWG angeknüpft; Sammelklagen werden nicht eingeführt.

## II. Referentenentwurf des BMWi

In einem *Referentenentwurf* zu einem Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie wird als ein Ziel des Gesetzes auch eine Verbesserung der Position der Verbraucherverbände durch eine angemessene Beteiligung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in der Begründung hervorgehoben. *Qualifizierte Einrichtungen*, d.h. insbesondere Verbraucherverbände, sollen sowohl einen Unterlassungsanspruch als auch einen *Anspruch auf Vorteilsabschöpfung für den Fall von Massen- und Streuschäden* erhalten.

Nach § 33 Abs. 2 Nr. 2 RefE 8. GWB-Novelle sollen die Ansprüche aus § 33 Abs. 1 GWB (Unterlassungsansprüche) auch von Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG oder in dem Verzeichnis der Europäischen Kommission nach Art. 4 Abs. 3 RL 98/27/EG eingetragen sind, geltend gemacht werden können. Eine entsprechende *Beteiligung an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung* war bereits im Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle vorgesehen, aber im Vermittlungsausschuss wieder gestrichen worden. Vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Diskussion auf europäischer Ebene über eine Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung sei es sinnvoll, diesen Schritt zu unternehmen und dabei an das bewährte Rechtsschutzsystem aus dem UWG anzuknüpfen.

Die *qualifizierten Einrichtungen* und damit die Verbraucherverbände erhalten aufgrund der nach geltendem Recht bestehenden Verweisung des § 34a GWB auf § 33 Abs. 2 GWB nach der 8. GWB-Novelle einen *Anspruch auf Vorteilsabschöpfung* nach § 34a GWB.

## III. Stellungnahme des vzbv zum Referentenentwurf

In der *Stellungnahme des vzbv* vom 1. Dezember 2011 zum Referentenentwurf des BMWi wurde bei der Verbändeanhörung zum Referentenentwurf einer 8. GWB-Novelle am 9. Dezember 2011 zwar die Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten bei Unterlassungs- und Beseitigungsklagen auf qualifizierte Einrichtungen im Grundsatz begrüßt, ergänzend allerdings auf die notwendigen *Beweiserleichterungen* auch bei Beseitigungs- und Unterlassungsklagen hingewiesen.

Auch die Ausdehnung der Klagebefugnis auf die qualifizierten Einrichtungen zur Geltendmachung des Anspruchs auf Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB wird im Grundsatz positiv bewertet. Kritisiert wird allerdings, dass die Schwächen des Anspruchs auf Vorteilsabschöpfung nach dem geltenden § 34a GWB nicht ausgeräumt werden und damit ein Beitrag zu einer effizienteren Gestaltung der Durchsetzung des GWB durch die Verbraucherorganisationen nicht erreicht werde.

In seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf macht der vzbv im Interesse einer effizienten Ausgestaltung des Vorteilsabschöpfungsanspruchs die folgenden Vorschläge:

„(1) Das Erfordernis des Nachweises von Vorsatz sollte im Einklang mit der Vorteilsabschöpfung durch Kartellbehörden in § 34 GWB auf Fahrlässigkeit reduziert werden. Dies wird auch vielfach von der Literatur gefordert. Sollte dies nicht durchsetz-

bar sein, muss der Nachweis des Vorsatzes im Sinne von § 34a Abs. 1 GWB-E durch Vermutungsregeln erleichtert werden, die um einen Entlastungsbeweis des betroffenen Unternehmens ergänzt werden.

(2) Die Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen Verstoß und wirtschaftlichem Vorteil wird sachgerecht zwischen dem klagenden Verband und dem beklagten Unternehmen verteilt.

(3) Die Grundsätze der richterlichen Schadensschätzung nach § 287 ZPO sollten ausdrücklich auch auf Vorteilsabschöpfungsklagen Anwendung finden. Dies hatte die Bundesregierung offenbar auch vorausgesetzt, wird von der Literatur aber wohl mehrheitlich bestritten.

(4) Der abgeschöpfte Vorteil sollte nicht mehr ohne Zweckbindung an den Bundeshaushalt abgeführt werden. Vielmehr sollte die Herausgabe der abgeschöpften wirtschaftlichen Vorteile etwa an einen Fonds des Bundes zur Förderung des Wettbewerbs erfolgen. Mit den Mitteln dieses Fonds wären dann wiederum die Einrichtungen und Verbände zu unterstützen, die durch ihre Arbeit an der Erhaltung des Wettbewerbs mitwirken.“

In der Stellungnahme des vzbv wird weiter der Schadensausgleich sonstiger Marktbeteiligter problematisiert und weitere einzelne Regelungsgegenstände aufgegriffen.

#### **IV. 8. GWB-Novelle und UWG-Gesetzesänderungen**

Die *Zielsetzung*, die mit der 8. GWB-Novelle verbunden wird, die private Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht durch eine Erweiterung der Anspruchsberechtigung und Klagebefugnis der Verbraucherorganisationen effektiver zu gestalten, nimmt eine Rechtsentwicklung auf europäischer Ebene auf und ist nachhaltig zu begrüßen.

Die *vorgeschlagenen Gesetzesänderungen* zum Unterlassungsanspruch und Anspruch auf Vorteilsabschöpfung sind allerdings *unzureichend*, um die Verbraucherorganisationen in einer effizienten Weise an der privaten Kartellrechtsdurchsetzung zu beteiligen.

Es ist nachhaltig der Rechtsauffassung in der Begründung des Referentenentwurfs zu widersprechen, das System des Rechtsschutzes im UWG habe sich bewährt. Diese Beurteilung, die sich dem Sachzusammenhang nach auf eine Beteiligung der Verbraucher und deren Organisationen an einem privaten Rechtsschutz im Wettbewerbsrecht zur effektiven Durchsetzung lauterer Marktverhaltens bezieht, ist unzutreffend. Im Lauterkeitsrecht besteht ein erhebliches Defizit an Verbraucherrechten und verbraucherbezogenen Sanktionen. Das gilt für den individuellen und kollektiven Schadensersatz und – das ist vorliegend insbesondere von Interesse – für die Abschöpfungsregelung des UWG.<sup>lxxiii</sup>

Im Interesse einer ausgewogenen und effizienten Gesamtregelung des privaten Rechtsschutzes im Wettbewerbsrecht des GWB und UWG sind die notwendigen *Gesetzesänderungen des UWG* und die *8. GWB-Novelle* aufeinander *abzustimmen*, um ein einheitliches Rechtsschutzsystem des Wettbewerbsrechts unter Beteiligung der privaten Akteure zu erreichen.

#### **F. Kompensatorische und präventive Rechtsinstrumente zur Sanktionierung wettbewerblichen Unrechts**

##### **I. Kartellschadensersatz im Verbraucherinteresse**

## **1. Interesseninterdependenz im Wettbewerbsrecht**

### **a) Globale Zielsetzung des Lauterkeitsrechts und des Kartellrechts**

#### **aa) Der Institutionenschutz eines freien und unverfälschten, fairen Marktwettbewerbs**

Nach Überwindung der historischen Annahme einer Antinomie der Schutzzwecke zwischen UWG und GWB ist nach gegenwärtigem Rechtsverständnis von einer *globalen Zielsetzung des Lauterkeitsrechts und Kartellrechts* auszugehen.<sup>lxxiv</sup> UWG und GWB bezwecken den Schutz des Wettbewerbs als einer Institution in der freiheitlichen Wirtschaftsordnung einer sozialen und ökologischen Marktwirtschaft. Der gemeinsame Schutzzweck beider Gesetze soll die bestmögliche Freiheit aller Teilnehmer am Marktgeschehen verbürgen. In einer marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung gewährleistet der Wettbewerbsschutz die wirtschaftliche Handlungsfreiheit aller Marktteilnehmer: die Angebotsfreiheit der Wettbewerber und die Wahl- und Entscheidungsfreiheit der Verbraucher (Konsumentensouveränität).

Der Interessendualismus der Unternehmen und der Verbraucher kulminiert am Markt in der institutionellen Ordnung eines freien und unverfälschten, fairen Wettbewerbs. Im Laufe der Rechtsentwicklung des Wettbewerbsrechts verfestigte sich die Rechtserkenntnis, dass die Gemeinsamkeit der Schutzzwecke eine notwendige Brücke zwischen den beiden Wettbewerbsgesetzen des Lauterkeitsrechts und des Kartellrechts schlägt. Zwischen UWG und GWB besteht eine inhaltliche Wechselwirkung. Die Wertungen des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind Bedingungen der Rechtsfindung im UWG. Die Grundlage des Lauterkeitsrechts ist die Ordnung einer durch freien Wettbewerb gesteuerten sozialen und ökologischen Marktwirtschaft. Umgekehrt bestimmen die Gebote des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb den Anwendungsbereich des GWB, das weder der Ausschaltung unlauteren Wettbewerbs wehrt, noch der Wettbewerbsfreiheit einen Freibrief ausstellt (Wechselwirkungstheorie).

#### **bb) Die Verbraucherschützende Fortschreibung des Institutionenschutzes im Wettbewerbsrecht**

Die *institutionelle Interesseninterdependenz*, die das Verhältnis der Rechtskreise des GWB zum UWG im Sinne einer *Rahmenordnung des Marktwettbewerbs* bestimmt, wurde namentlich im letzten Jahrzehnt inhaltlich fortgeschrieben. Sie erhält eine verbraucher-spezifische Dimension durch die Anerkennung eines originären Verbraucherschutzes sowohl im Lauterkeitsrecht als auch im Kartellrecht.

Im *Lauterkeitsrecht* wurde durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) der originäre Verbraucherschutz im Lauterkeitsrecht implementiert. Auf der Basis des Schutzes eines fairen Wettbewerbs als Institution im Allgemeininteresse besteht eine Schutzzweckparität zwischen den Interessen der Unternehmen und den Interessen der Verbraucher am Markt.<sup>lxxv</sup>

Dieser verbraucher-spezifische Entwicklungsschritt wird vergleichbar im *Kartellrecht* sowohl auf europäischer Ebene als auch auf nationaler Ebene vollzogen. Auf der Grundlage des Schutzes eines freien Wettbewerbs als Institution bezwecken das GWB und das Kartellrecht des AEUV, sowohl die Interessen der Unternehmen als auch die Interessen der Verbraucher am Markt zu schützen.<sup>lxxvi</sup>

Motor des Verbraucherschutzes im Kartellrecht war und ist die Wettbewerbspolitik der Europäischen Kommission. Die Kommission favorisiert das *Instrumentarium der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht*, um zu einer praktischen Gleichrangigkeit der private-enforcement of competition law zur public-enforcement zu gelangen.

In dem Weißbuch „Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts“<sup>lxxvii</sup> erwartet die Kommission von wirksameren Entschädigungsmechanismen, dass die Kosten der Wettbewerbsverstöße von den Rechtsverletzern getragen werden und nicht zu Lasten der Geschädigten und der sich rechtskonform verhaltenden Unternehmen gehen. Wirksame Rechtsschutzinstrumente zur privaten Rechtsdurchsetzung erhöhten auch die Wahrscheinlichkeit, dass eine größere Anzahl rechtswidriger Wettbewerbsbeschränkungen aufgedeckt und die Rechtsverletzer zur Verantwortung gezogen würden. Verbesserungen bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen würden somit zwangsläufig auch positive Effekte dahingehend entfalten, dass eine stärkere Abschreckungswirkung eintrete und die EG-Wettbewerbsvorschriften besser befolgt würden.

Die Kommission schlägt in dem Weißbuch eine Reihe spezifischer Maßnahmen vor, die gewährleisten sollen, dass sowohl Verbraucher als auch Unternehmen in allen EU-Mitgliedstaaten einen wirksamen Ersatz für Schäden infolge von Verstößen gegen das EG-Kartellrecht erhalten können.

In dem „Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher“<sup>lxxviii</sup> beschreibt die Kommission Gründe und Ausmaß der Rechtsdurchsetzungsdefizite und empfiehlt Instrumente zur kollektiven Rechtsdurchsetzung. Zu den vielfältigen Gründen, die die Wirksamkeit und Effizienz eines kollektiven Rechtsdurchsetzungsverfahrens für Verbraucher behindern, zählen vor allem auch die unzureichenden Finanzmittel und Ressourcen bei den Verbraucherorganisationen, das hohe Prozesskostenrisiko für die Verbraucherorganisationen sowie die Komplexität kollektiver Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher.

Eine weitere Rechtsakte wird die „Richtlinie über Rechte der Verbraucher“<sup>lxxix</sup> des Europäischen Parlaments und des Rates sein, die in einem Entwurf vom 8. Oktober 2008 vorliegt.

### cc) Unionsrechtliche Wirksamkeitsmaxime

Diese Politik einer Stärkung des Verbraucherschutzes im Kartellrecht und Lauterkeitsrecht wird durch den *effet utile* des Gemeinschaftsrechts bestärkt. Nach der gemeinschaftsrechtlichen Wirksamkeitsmaxime sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, bei der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts diejenigen Formen und Mittel zu wählen, die für die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit der europäischen Rechtsakte unter Berücksichtigung des damit verfolgten Zwecks am geeignetsten sind.<sup>lxxx</sup> Die von den Mitgliedstaaten zu erlassenden, geeigneten Maßnahmen als Sanktionen gegen Gemeinschaftsrechtsverstöße müssen nicht nur verhältnismäßig, sondern auch effektiv und abschreckend sein. Nur auf diese Weise wird die volle Wirksamkeit der europäischen Rechtsakte sichergestellt.

### 2. „Courage“-Doktrin des EuGH

Die „Courage“-Doktrin des EuGH formuliert den zentralen Rechtssatz zur Effektivierung der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht. Das „Courage“-Urteil aus dem Jahre 2001 stellt gleichsam die Initialzündung des beginnenden Jahrzehnts dar, den Verbraucherschutz im Kartellschadensersatzrecht zu integrieren.

Das Pendant innerhalb der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft ist die Verordnung Nr. 1/2003 des Rates zu den Wettbewerbsregeln, deren Erlass zutreffend als *Paradigmenwechsel* im europäischen Kartellrecht verstanden wird.<sup>lxxxi</sup>

Der dogmatische Ausgangspunkt der Erwägungsgründe des „Courage“-Urteils ist die ständige Rechtsprechung des EuGH zur Wirksamkeitsmaxime im europäischen Kartellrecht wie allgemein im Gemeinschaftsrecht. Nach dem Prinzip des *effet utile* haben die Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts innerhalb ihrer Zuständigkeit die volle Wirkung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen zu gewährleisten und die Rechte zu schützen, die das Gemeinschaftsrecht dem Einzelnen verleiht.<sup>lxxxii</sup>

Aus diesem Effizienzgebot leitet der EuGH die „Courage“-Doktrin des *Jedermann-Kartellschadensersatzes* ab, die er zum Kartellverbot des Art. 101 AEUV (vormals Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag) formuliert. Nach der Rechtsansicht des EuGH wird die volle Wirksamkeit der Kartellrechtsnorm und insbesondere die praktische Wirksamkeit des Kartellverbots beeinträchtigt, wenn nicht Jedermann Ersatz des Schadens verlangen könne, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen könne, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden sei.<sup>lxxxiii</sup>

In den Rechtssachen „Munoz“<sup>lxxxiv</sup> und „Manfredi“<sup>lxxxv</sup> wird die „Courage“-Rechtsprechung des EuGH folgerichtig ausgebaut. Namentlich die Erwägungsgründe des „Manfredi“-Urteils veranschaulichen, wie aus dem Effektivitätsgrundsatz und dem Recht des Einzelnen auf Ersatz des Kartellschadens Konkretisierungen zur Schadensart und Schadensbemessung folgen.

Die „Courage“-Doktrin des EuGH bildet das Referenzmodell für die *kontroverse Diskussion im deutschen Kartellschadensersatzrecht*, die um den Kreis der kartellrechtserheblich Betroffenen im Sinne der Aktivlegitimation nach § 33 Abs. 1 S. 1 und 3 GWB geführt wird. Die Vorgabe des Gemeinschaftsrechts ist eindeutig: Der Verbraucher ist im Kartellschadensersatzrecht aktivlegitimiert und zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht berufen. Als *Jedermann-Akteur* erhöht der Verbraucher die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln und leistet einen wesentlichen Beitrag zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs.<sup>lxxxvi</sup>

### 3. Das „ORWI“-Urteil des BGH

In dem „ORWI“-Urteil<sup>lxxxvii</sup> wird vom BGH die Rechtsprechung des EuGH im Sinne der „Courage“-Doktrin in ersten Schritten umgesetzt. Ausgangspunkt der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Annahme einer *Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer* ist der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz.<sup>lxxxviii</sup> Jedermann könne Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen, wenn zwischen dem Schaden und einem verbotenen Kartell oder Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang bestehe.<sup>lxxxix</sup> Notwendig wird sein, die Einzelheiten für die Anwendung des Begriffs eines ursächlichen Zusammenhangs näher zu bestimmen.

Ausdrücklich wird eine Beschränkung von Schadensersatzansprüchen auf direkte Abnehmer des Kartellanten abgelehnt.<sup>xc</sup> Unter Berufung auf die „Courage“-Doktrin anerkennt der BGH, dass grundsätzlich auch indirekten Abnehmern Schadensersatz zu gewähren ist. Eigene Schadensersatzansprüche der indirekten Abnehmer dürften nicht mit der Erwägung versagt werden, sie führten zu Schwierigkeiten bei der Schadenszuordnung und dem Schadensnachweis.

Von besonderem Interesse ist die vom BGH vorgeschlagene Methodik zur Rechtskonkretisierung der Aktivlegitimation der indirekten Abnehmer und damit der Verbraucher als Schadensersatzberechtigter. Das Unionsrecht verlange, eine *praktische Konkordanz* zwischen den individuellen Rechten der Einzelnen und dem öffentlichen Interesse an wirksamer Durchsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Kartellrechts herzustellen.

Es ist an dieser Stelle ergänzend anzumerken, dass das Gebot der praktischen Konkordanz nicht nur die *Kausalität des Schadens*, sondern auch die *Art der privaten Durchsetzung* und die *Schadensrechtsfolge* berührt.

## II. Der wirtschaftliche Verbraucheranteil an Kartellbußen

Der *more economic approach*<sup>xc</sup> stellt als ein Analyserahmen,<sup>xcii</sup> der die Erkenntnisse und das Instrumentarium der neueren Ökonomik in der Kartellrechtswissenschaft und Kartellrechtspraxis verankert, zugleich einen Brückenschlag zwischen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht dar. Der Theorieansatz des *more economic approach* harmonisiert mit der aus rechtswissenschaftlicher Sicht entwickelten Theorie von der Interesseninterdependenz im Wettbewerbsrecht, bei der von einer Gemeinsamkeit der Schutzzwecke des Lauterkeitsrechts und Kartellrechts und einer inhaltlichen Wechselwirkung der lauterkeitsrechtlichen und kartellrechtlichen Rechtssätze ausgegangen wird.<sup>xciii</sup>

Auf der Grundlage einer Verfassungsbindung des globalen Marktwettbewerbs wird die gemeinsame Schutzzielbestimmung des freien und unverfälschten, lautereren Wettbewerbs das Instrument einer rechtstheoretischen Integration im Sinne einer Einheit der normativen Handelnsordnung des Wettbewerbsrechts. Die rechtsintegrative Verortung des Lauterkeitsrechts und Kartellrechts im Sinne einer einheitlichen Rahmenordnung eines freien, unverfälschten und fairen Wettbewerbs bereitet zugleich den Boden, den Verbraucherschutz im Sinne der Konsumentenwohlfaht schutzzweckkompatibel und rechtserheblich parallel in die Schutzkonzeption des Wettbewerbsrechts aufzunehmen.

Eine Schutzzweckparität der Unternehmen als Wettbewerber und der Verbraucher als gleichrangige Akteure im Marktgeschehen bietet ein konzeptionelles Gesamtmodell des wirtschaftlichen Wettbewerbs an, das im Sinne einer *Effizienzanalyse* auch *Verbrauchervorteile und Verbrauchernachteile als rechtserhebliche Beurteilungskriterien* einer lauterkeitsrechtlichen und kartellrechtlichen Rechtsbegründung zur normativen Gestaltung von Rechtsätzen einbezieht.

Die parallele Integration des Verbraucherschutzes in das Lauterkeitsrecht und Kartellrecht als Einheit einer normativen Rahmenordnung gilt nicht nur für die Regelungen des *materiellen Rechts*, sondern auch für das *Sanktionenrecht* und die *prozessuale Geltendmachung* der Rechtsfolgen. Es besteht nicht allein ein Defizit an Verbraucherrechten im Wettbewerbsrecht, sondern zugleich ein Defizit an Durchsetzungseffizienz im Sanktionenrecht.

Entwicklungsschritte auf diesem Weg eines verbraucherbezogenen Wettbewerbsrechts, das den Verbraucher als Akteur des Marktgeschehens in die wettbewerbsrechtliche Effizienzanalyse einbezieht, sind sowohl Dokumente und Erklärungen der Europäischen Kommission, als auch die Rechtsprechung des EuGH, die namentlich in den Urteilen „Courage“ und „Manfredi“ einen deutlichen Ausdruck findet.<sup>xciiv</sup>

Die Anerkennung eines *rechtlich qualifizierbaren und quantifizierbaren Verbraucherkartellschadens* ist materiellrechtlich der normative Regelungsgehalt eines originären Verbraucherschutzes im Kartellrecht, der durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im europäischen Lauterkeitsrecht längst vollzogen wurde. Die Diskussion um die Zulässigkeit der *passing on defence* spiegelt die Auseinandersetzung um die *Legitimation eines Verbraucherschadens als Kartellunrecht* wider.

Die richterliche Umsetzung dieser Rechtsentwicklung im deutschen Kartellrecht erfolgt über die höchstrichterliche Rechtsprechung im „ORWI“-Urteil des BGH, in dem einem indirekten Abnehmer ein kartellrechtlicher Schadensersatzanspruch grundsätzlich gewährt wird. Der BGH nahm ausdrücklich die Problematik der Schadensabwälzung – etwa überhöhter Preise – auf die nächste Marktstufe, die der Erhebung einer Klage des direkten Abnehmers regelmäßig den Anreiz nimmt, zur Begründung der Anerkennung eines eigenen Schadensersatzanspruchs der Verbraucher als indirekte Abnehmer.

Der Anerkennung sowohl eines kartellrechtlich erheblichen als auch lauterkeitsrechtlich erheblichen Verbraucherschadens und damit eines materiellrechtlichen Verbraucherschadensersatzes entspricht sanktionsrechtlich und prozessual das Postulat nach einer *aktiven Beteiligung der Verbraucher an der Rechtsdurchsetzung* im GWB und UWG. Der BGH nimmt in seinem „ORWI“-Urteil ausdrücklich auf den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz zur Begründung der Anspruchsberechtigung der

indirekten Abnehmer Bezug. Das Unionsrecht verlange eine praktische Konkordanz zwischen den individuellen Rechten der einzelnen Marktteilnehmer und dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen Durchsetzung des gemeinschaftlichen Kartellrechts.

Die jahrzehntelange Diskussion um kollektiven Rechtsschutz und Verbandsklagen im Kartellrecht und Lauterkeitsrecht als Instrumente zur effizienten Durchsetzung der Verhaltensanforderungen eines freien, unverfälschten und lautereren Wettbewerbs im Interesse aller Marktteilnehmer ist auch ein Beleg für die rechtspraktische Dimension, die ein verbraucherorientiertes Kartellrecht und Lauterkeitsrecht an das Rechtsinstrumentarium stellt, das vom Gesetzgeber der materiellrechtlich betroffenen Verbraucherschaft zur effizienten Wahrnehmung ihrer Verbraucherrechte zur Verfügung zu stellen ist.

Die *Qualifizierung* eines wirtschaftlichen Verbraucheranteils an Kartellbußen und dessen *Quantifizierung* nach dem kartellrechtlich anerkannten Instrumentarium der Schadensschätzung nach § 287 ZPO<sup>xv</sup> stellt eine zwingende Folge der materiellrechtlichen Schutzzweckparität der Unternehmen und Verbraucher im Kartellrecht dar. Der *Verbraucheranteil an Kartellbußen* beziffert den kollektiven Verbraucherschaden.

Die Geltendmachung des Verbraucheranteils an den Kartellbußen als Kollektivschaden der Verbraucher ist von den Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes und der Verbandsklagen zu unterscheiden. Im Interesse einer effizienten Realisierung eines Ausgleichs der Verbrauchernachteile und damit eines kollektiven Schadensausgleichs ist es gerechtfertigt, innerhalb des kartellrechtlichen Bußgeldverfahrens selbst das Instrument einer Kompensation des kollektiven Verbraucherschadens zu implementieren.

Die qualitative Bestimmung und quantitative Bezifferung des kollektiven Verbraucherschadens im Kartellbußgeldverfahren und dessen Auskehrung zugunsten der Verbraucher als Kollektiv ist nicht zuletzt aus Gründen der *Prozessökonomie* sachgerecht.

Wenn eine solche Differenzierung zwischen allgemeinem Kartellschaden und Verbraucheranteil im Kartellbußgeldverfahren erfolgt, dann bestimmt sich das Verhältnis des wirtschaftlichen Verbraucheranteils an Kartellbußen zur Unrechtserlösabschöpfung nach den allgemeinen Regeln zum Konkurrenzverhältnis des Kartellbußgeldrechts, des Kartellschadensersatzrechts und der kartellrechtlichen Vorteilsabschöpfung.

### III. Verschuldensunabhängigkeit der Unrechtserlösabschöpfung

#### 1. Verbraucherschaden und Unrechtserlös

Die parallele Legitimierung des Verbraucherschutzes sowohl im Kartellrecht als auch im Lauterkeitsrecht, deren Folge eine Schutzzweckparität der berechtigten Interessen der Unternehmen und der Verbraucher auf der Grundlage eines globalen Institutionenschutzes eines freien und unverfälschten, lautereren Wettbewerbs ist,<sup>xcvi</sup> verlangt nach der unionsrechtlichen Wirksamkeitsmaxime ein effektives und abschreckendes, wenngleich auch verhältnismäßiges Rechtsinstrumentarium zur Durchsetzung der kartellrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Anforderungen an das unternehmerische Marktverhalten. Der *effet utile* gilt gleichermaßen für das Effizienzgebot an die materiellrechtlichen Regelungen des GWB und UWG sowie für ein effizientes Regelungsregime im Sanktionenrecht.

Die Rechtsfolge einer Unrechtserlösabschöpfung stellt ein Sanktionsinstrument der privaten Rechtsdurchsetzung dar. Im *Kartellrecht* ist das Defizit an einer *private enforcement of competition law* von der Kommission vielfach beschrieben und als völlig unterentwickelt bezeichnet worden.<sup>xcvii</sup> In der Rechtswissenschaft besteht über diesen Befund nahezu Einigkeit.<sup>xcviii</sup> Der Einschätzung eines Defizits an privater Rechtsdurchsetzung des GWB aus Sicht der Verbraucherorganisationen steht nicht entgegen, dass in den vergangenen Jahren das System der privaten Schadensersatzklagen sowohl durch den Gesetzgeber als auch durch die Rechtsprechung verbessert wurde.

Im deutschen *Lauterkeitsrecht* spielt die private Rechtsdurchsetzung zur Kompensation von Verbraucherschäden und zur Abschöpfung von Unrechtsgewinnen namentlich wegen der Ineffizienz des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG<sup>xcix</sup> und der Rechtspraxis eines Ausschlusses lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschadensersatzes nahezu keine, allenfalls eine marginale Rolle.

Eine rechtspolitische Ursache für das Defizit eines effektiven Rechtsdurchsetzungsinstrumentariums liegt nicht zuletzt in einer bis in die 1970er Jahre zurückgehenden und weit verbreiteten *Skepsis* sowohl in der deutschen Rechtswissenschaft als auch bei dem Gesetzgeber der verschiedenen Novellen des GWB und UWG gegenüber der US-amerikanischen *class action* und damit gegenüber kollektivem Schadensersatz und einer Verbraucherverbandsklage einerseits, als auch gegenüber der Anerkennung des US-amerikanischen *punitive damages* im Sinne eines Strafschadens und allgemein einem pönalen Normzweck des Schadensersatzes andererseits. Im Fokus der rechtspolitischen Diskussion stand und steht somit der kollektive Verbraucherrechtsschutz und die Kompensation von Verbraucherschäden.

Das Sanktionsinstrument einer Unrechtserlösabschöpfung als Folge eines kartellrechtswidrigen oder lauterkeitsrechtswidrigen Marktverhaltens führte gleichsam ein Schattendasein. Innerhalb des Kanons der Verbraucherrechte im Sanktionenrecht wurde die originäre Rechtsnatur der Unrechtserlösabschöpfung mit dem Postulat eines kollektiven Rechtsschutzes im Schadensersatzrecht verbunden und als Verbraucherschadensersatz deklariert. Die Gesetzgebungsgeschichte der lauterkeitsrechtlichen

Gewinnabschöpfung im UWG 2004<sup>c</sup> und noch der Gesetzeswortlaut der konkreten Regelung des § 10 UWG machen anschaulich, wie die gebotene Unterscheidung zwischen Verbraucherschadensersatz und Unrechtserlösabschöpfung aufgegeben wird. Auf diese Weise geht die *rechtserhebliche Trennschärfe* verloren, die im verbraucherschützenden Sanktionenrecht *zwischen Verbraucherschaden und Unrechtserlös* und damit zwischen den beiden im Verbraucherinteresse zu differenzierenden, wirtschaftlichen Auswirkungen wettbewerblichen Unrechts geboten ist.

Der *Anspruch auf Abschöpfung* rechtswidrig erlangter Erlöse stellt im Wettbewerbsrecht ein *präventives Instrument der privaten Rechtsdurchsetzung der Marktverhaltensregeln* des GWB und UWG dar.<sup>ci</sup>

## **2. Individueller und kollektiver Verbraucherschadensersatz**

Im verbraucherschützenden Sanktionenrecht ist sowohl der individuelle als auch der kollektive Schadensersatzanspruch der Verbraucher von der Unrechtserlösabschöpfung im Verbraucherinteresse zu unterscheiden.

### **a) Individueller Verbraucherschadensersatz**

Ein *individueller Schadensersatzanspruch der Verbraucher* besteht zur Geltendmachung eines für den einzelnen Verbraucher erheblichen Individualschadens. Die Anerkennung eines Individualschadensersatzanspruchs der Verbraucher im Kartellrecht zentriert um die „Courage“-Doktrin des EuGH und den Begriff des Betroffenen im Sinne eines durch den Kartellrechtsverstoß beeinträchtigten sonstigen Marktbeteiligten nach § 33 Abs. 1 S. 1 und 3 GWB. Innerhalb des verbraucherbezogenen Lauterkeitsrechts wird der individuelle Schadensersatzanspruch der Verbraucher als ein Gebot der Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und einer Berücksichtigung des Art. 13 S. 2 UGP-RL diskutiert.<sup>cii</sup> Innerhalb des verbraucherbezogenen Lauterkeitsrechts ist namentlich auch unter Berücksichtigung des Art. 13 S. 2 UGP-RL, der wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen verlangt, unabdingbar, spätestens nach der Rechtslage des UWG 2008 einen individuellen Schadensersatzanspruch sowohl des Verbrauchers als des unmittelbar Verletzten im Sinne der §§ 3 und 8 UWG 2008, als auch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem verbraucherschützenden Verbotstatbestand des Lauterkeitsrechts anzuerkennen.

Schon zur Rechtslage vor Inkrafttreten des UWG 2004 war das monographische Schrifttum innerhalb der Rechtswissenschaft ganz überwiegend der Auffassung, bestimmten lauterkeitsrechtlichen Fallgruppen der großen Generalklausel des § 1 UWG 1909 komme eine verbraucherschützende Funktion im Sinne eines Schutzgesetzes nach § 823 Abs. 2 BGB zu. Die zeitlich weit zurückliegende Rechtsprechung des BGH<sup>ciii</sup> galt als durch die Fortentwicklung des Wettbewerbsrechts überholt. Das gilt, auch wenn in der Kommentarliteratur zumeist die höchstrichterliche Rechtsprechung noch weitergetragen wurde und wird.<sup>civ</sup> Der in der Gesetzesbegründung schon zum UWG 2004 unternommene Versuch, durch einen Hinweis auf den *abschließenden Charakter des Sanktionenrechts* im UWG 2004 Verbraucherrechte abzuschneiden, konterkariert den Verbraucherschutz als den vom

Gesetzgeber als wesentlich verstandenen Schutzzweck des UWG 2004 und erst recht des UWG 2008 in Umsetzung der UGP-RL.

Sowohl im österreichischen<sup>cv</sup> als auch im schweizerischen<sup>cvi</sup> Lauterkeitsrecht ist ein individueller Schadensersatzanspruch der Verbraucher anerkannt.

### **b) Kollektiver Verbraucherschadensersatz und Abschöpfung eines Verbraucherkollektivschadens**

Die Anerkennung eines *kollektiven Schadensersatzanspruchs der Verbraucher* stellt ein Instrument des kollektiven Rechtsschutzes dar. Ein kollektiver Schadensersatzanspruch der Verbraucher ist zur Geltendmachung eines für die Gesamtheit der Verbraucher erheblichen Kollektivschadens anzuerkennen, sei es zur Bündelung der Rechtsdurchsetzung individueller Schadensersatzansprüche oder sei es zur Summierung von Minimalschäden der Verbraucher (Streuschäden), auch von Massenschäden erheblicheren Gewichts. Das zivilprozessuale Instrumentarium eines kollektiven Verbraucherrechtsschutzes, sei es ein Abtretungsmodell, sei es eine Gruppenklage, sei es eine Verbandsklage oder eine der class action vergleichbare Klageart, ist hier nicht weiter zu erörtern.

Von dem kollektiven Verbraucherschadensersatz, der den Ausgleich konkreter Schäden individueller Verbraucher bezweckt, ist die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse zu unterscheiden, bei der es sich im Kartell- und Lauterkeitsrecht dem Grunde nach um einen Transfer von Unrechtserlösen an die Gruppe der Verbraucher als der betroffenen Marktakteure und damit um die Abschöpfung eines *Verbraucherkollektivschadens*<sup>cvi</sup> handelt. Einem Vermögenstransfer zugunsten der Verbraucher als Gruppe ist die Rechtsfolge einer Zuweisung der abgeschöpften Unrechtserlöse an ein Sondervermögen „Verbraucherschutz“ adäquat.

### **c) Herausgabe rechtswidrig erlangter Erlöse (Unrechtserlöse)**

Anders als die Sanktion des Schadensersatzes setzt die Sanktion der Unrechtserlösabschöpfung nicht das Vorliegen individueller Verbraucherschäden voraus. Einer solchen an der Entstehung individueller Verbraucherschäden orientierten Differenzierung zwischen Verbraucherschadensersatz und Unrechtserlösabschöpfung steht der Umstand nicht entgegen, dass wettbewerbliches Unrecht, sei es ein Verstoß gegen das GWB, sei es ein Verstoß gegen das UWG, makroökonomisch und gesamtwirtschaftlich auch als ein Verbraucherschaden – gleichsam im Sinne eines Verbraucherkollektivschadens im Sinne eines abstrakten Verbraucherschadens im Unterschied zu konkreten Verbraucherschäden der einzelnen Verbraucher – zu qualifizieren ist.

Das bedeutet: Das Instrument der Unrechtserlösabschöpfung verlangt weder im Kartellrecht noch im Lauterkeitsrecht das Vorliegen und damit den Nachweis individueller Verbraucherschäden, schließt aber umgekehrt nicht aus, individuelle Verbraucherschäden gleichsam kollektiv über die Unrechtserlösabschöpfung zu kompensieren. Diese Betrachtungsweise liegt schon den kartellrechtlichen Regelungen des Schadensersatzes und der Vorteilsabschöpfung zugrunde; das bestätigen nicht nur die

gesetzlichen Anrechnungsregelungen. Weder im Kartellrecht noch im Lauterkeitsrecht ist das Vorliegen konkret nachzuweisender Verbraucherschäden Voraussetzung einer Unrechtserlösabschöpfung. Der Unrechtserlös ist Folge eines Gesetzesverstoßes gegen das GWB oder UWG, der dem rechtswidrig Handelnden unabhängig vom Eintritt eines Verbraucherschadens zugute kommt.

### **3. Unrechtserlös als Abschöpfungsgegenstand**

Der Gegenstand einer effizienten Abschöpfungsregelung soll sowohl im Lauterkeitsrecht als auch im Kartellrecht der Unrechtserlös sein, den ein Unternehmen als Folge eines Gesetzesverstoßes gegen das UWG oder GWB einnimmt. Die Auskehrung des Unrechtserlöses verlangt nicht das Vorliegen konkreter Verbraucherschäden. Gegenstand einer Unrechtserlösabschöpfung im Sinne eines kollektiven Rechtsschutzinstruments kann ein Unrechtserlös aber auch dann sein, wenn dem Unrechtserlös auf der Marktgegenseite der Eintritt individueller Verbraucherschäden – wie etwa bei der Fallkonstellation der Streudelikte mit einer Breitenwirkung des Schadenseintritts – entsprechen. In solchen Fallkonstellationen, in denen mit dem Unrechtserlös konkrete, individuelle Verbraucherschäden korrelieren, kommt der Unrechtserlösabschöpfung nicht nur eine präventive, sondern auch eine kompensatorische Funktion zu.

In der Gesetzesbegründung zum UWG 2004 wird anschaulich, wie der Gesetzgeber die Gewinnabschöpfung an den Verbraucherschaden koppelt. Zu den Anrechnungsregeln des § 10 Abs. 2 UWG, die das Verhältnis des Gewinnabschöpfungsanspruchs zu den individuellen Ersatzansprüchen regeln, wird ausgeführt, die Regelung stelle klar, dass die individuellen Schadensersatzansprüche der Abnehmer, aber auch der Mitbewerber, vorrangig zu befriedigen seien. Der Gewinnabschöpfungsanspruch solle gerade verhindern, dass dem Unternehmer der aus dem Wettbewerbsverstoß erzielte Gewinn verbleibe. Soweit jedoch dieser Gewinn durch die Befriedigung der Ansprüche der Abnehmer ausgeglichen sei, sei die (durch die Normierung einer Gewinnabschöpfung) zu schließende Schutzlücke nicht mehr gegeben. Auch wenn diese Beschreibung dann zutrifft, wenn Verbraucherschäden eingetreten sind und deren Verhältnis zu der Gewinnabschöpfung zu bestimmen ist, so geht doch der Anspruch auf Unrechtserlösabschöpfung, als ein Anspruch sui generis über den Gewinnabschöpfungsanspruch nach der Vorstellung des Gesetzgebers hinaus. Gleichwohl ist der Rechtsansicht in der Gesetzesbegründung zuzustimmen, dass erbrachte Schadensersatzleistungen oder Leistungen zur Erfüllung der aufgrund der Zuwiderhandlung entstandenen Ansprüche der Abnehmer bei der Berechnung des Gewinns abzuziehen sind. Als nicht abzugsfähig werden jedoch die Kosten der aufgrund der Zuwiderhandlung geführten Rechtsstreitigkeiten beurteilt, da ansonsten der Zuwiderhandelnde einen Anreiz hätte, sich auf kostenträchtige Prozesse einzulassen. Wenig überzeugend ist es allerdings, Zahlungen aufgrund staatlicher Sanktionen, wie zum Beispiel Geldstrafen, als anrechnungsfähig zu beurteilen. Ob die Zahlung von staatlichen Strafgeldern den Gewinn schmälert, ist für den Gegenstand der Unrechtserlösabschöpfung nicht rechtserheblich.

Der Begriff des Unrechtserlöses als der Abschöpfungsgegenstand beschreibt den spezifischen Sanktionscharakter des originären Abschöpfungsregimes. Bei dem Anspruch auf Unrechtserlösabschöpfung handelt es sich um ein originäres Instrument zur effektiven Durchsetzung der Verbote des UWG und GWB. Der Anspruch auf Unrechtserlösabschöpfung ist seiner Rechtsnatur

nach ein Anspruch sui generis. Die Unrechtserlösabschöpfung ist kein Strafschadensersatz; dem Anspruch auf Unrechtserlösabschöpfung kommt kein pönaler Normzweck zu. Als ein Sanktionsinstrument sui generis entspricht die Unrechtserlösabschöpfung der unionsrechtlichen Wirksamkeitsmaxime im Sanktionenrecht. Es ist Aufgabe der Mitgliedstaaten, eine effiziente Durchsetzung des Kartellrechts und Lauterkeitsrechts zu gewährleisten. Der Unrechtserlösabschöpfung kommt zwar in erster Linie eine Präventivfunktion zu, auch wenn mit der Geltendmachung eines Abschöpfungsanspruchs eine Kompensation verbunden sein kann. Das wettbewerbliche Unrecht, das in dem Verstoß gegen das UWG und GWB liegt, wird gesamtgesellschaftlich kompensiert.

Indem die Unrechtserlösabschöpfung verhindert, dass ein wettbewerbswidrig handelndes Unternehmen Vorteile aus einem Wettbewerbsverstoß und damit ungerechtfertigte Erlöse erzielt, lohnt ein Wettbewerbsverstoß nicht. Die Unrechtserlösabschöpfung wirkt präventiv hinsichtlich von Gesetzesverstößen gegen das UWG und GWB.

#### **4. Mehrerlös, wirtschaftlicher Vorteil, Gewinn – Unrechtserlös**

##### **a) Unterschiedliche Sprachregelung**

Die Sprachregelung im Gesetzeswortlaut der Abschöpfungsregelungen des UWG und GWB ist unterschiedlich. Die lauterkeitsrechtliche Regelung der Gewinnabschöpfung stellt in § 10 UWG auf die *Erzielung eines Gewinns* ab. Die verwaltungsrechtliche Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 GWB und die zivilrechtliche Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a GWB stellen auf die *Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils* ab. Die Bußgeldvorschrift des § 81 GWB stellt in Absatz 5 bei der Zumessung der Geldbuße auf den *wirtschaftlichen Vorteil* ab, der aus der Ordnungswidrigkeit gezogen wird. Die Sprachregelung entspricht § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG, auf den § 81 Abs. 5 GWB verweist, nach dem die Geldbuße den aus einer Ordnungswidrigkeit gezogenen *wirtschaftlichen Vorteil* übersteigen soll. Nach der kartellrechtlichen Abschöpfungsregelung des § 34 GWB aF wurde ein von dem Verletzer erlangter *Mehrerlös* abgeschöpft. Bei der Abschöpfung innerhalb der Festsetzung eines Bußgelds nach § 81 Abs. 2 S. 2 GWB aF kam es auf den erlangten *Mehrerlös* an.

Mit den verschiedenen Begriffen eines Mehrerlöses, wirtschaftlichen Vorteils oder Gewinns im Wortlaut der Abschöpfungsregelungen des UWG und GWB werden Anwendungsvoraussetzungen des Abschöpfungsanspruchs formuliert, die eine unterschiedliche Reichweite des Gegenstands der Abschöpfung bewirken. Die Anwendungsbereiche der drei Arten von Abschöpfungsgegenständen stellen drei sich überschneidende Kreise dar. Der Umfang des aufgrund der Begriffe eines Mehrerlöses, eines wirtschaftlichen Vorteils oder eines Gewinns abzuschöpfenden Betrags wird nicht nach gleichen Beurteilungskriterien und Bemessungsgrundsätzen bestimmt.

Bei einem Vergleich der drei Abschöpfungsarten, die teils enger, teils weiter sind, errechnet sich ein unterschiedlicher Abschöpfungsbetrag, der teils höher, teils niedriger ist. Es handelt sich bei den drei Abschöpfungsarten nicht um eine lineare Skala von zu errechnenden Beträgen. Dabei ist auch zu beachten, dass über die Bewertungsmethoden, Anrechnungs- und Verrechnungsregeln zumindest in den Randbereichen keine Einigkeit herrscht.

Die unterschiedliche Begriffswahl, die sich auf den Umfang der zu errechnenden Abschöpfungsbeträge auswirkt, erklärt sich aus der Gesetzesgeschichte der Regelungen des GWB, der Bezugnahme der Bußgeldvorschriften des GWB auf das Ordnungswidrigkeitenrecht und der eigenständig und kontrovers geführten Diskussion um die Einführung der Regelung im UWG 2004. Die Anwendungsunterschiede, die aus den gesetzlichen Begriffen der Abschöpfungsregelungen folgen, werden nicht zureichend von den kartellrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen, auch ordnungswidrigkeitsrechtlichen Normzwecken der Abschöpfungsregelungen gerechtfertigt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Steuergesetzgebung und deren Veränderungen sich auf die Bemessung der Abschöpfungsbeträge auswirkt. Auch ein einheitliches Begriffsverständnis über den konkreten Abschöpfungsgegenstand, das sprachlich wünschenswert ist, schließt in der praktischen Rechtsanwendung differierende Bemessungsmethoden nicht aus.

##### **b) Unrechtserlös als Oberbegriff einer rechtswidrigen Vorteilserlangung**

Der Begriff des Unrechtserlöses als Umschreibung des rechtserheblichen Abschöpfungsgegenstandes kann als Oberbegriff der verschiedenen gesetzlichen Begriffe des Mehrerlöses, des wirtschaftlichen Vorteils und des Gewinns verstanden werden. Dem Begriff des Unrechtserlöses kommt ein die Abschöpfungsgegenstände eines Mehrerlöses, eines wirtschaftlichen Vorteils oder eines Gewinns umfassender Anwendungsbereich zu.

Prävention und nicht nur Kompensation als rechtliche Funktionen einer Abschöpfungsregelung sowie das Effizienzgebot im Sanktionenrecht des GWB und UWG verlangen eine umfassende Abschöpfung der wirtschaftlichen Werte, die einem Unternehmen als Folge eines Gesetzesverstößes gegen das UWG oder GWB zugerechnet werden. Die Rechtfertigung eines weiten Anwendungsbereichs einer kartellrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsregelung ist in dem Rechtswidrigkeitszusammenhang, der zwischen dem Kartell- oder Lauterkeitsrechtsverstöß und dem Unrechtserlös besteht und den Zurechnungszusammenhang zu dem Unternehmen herstellt, begründet.

Der Begriff des Unrechtserlöses ist dahin zu umschreiben: Unrechtserlös ist der kartellrechtswidrig oder lauterkeitsrechtswidrig erlangte Erlös.

### **c) Unrechtserlös als rechtswidrig erlangter Erlös**

Auf die Sprachregelung des Gesetzgebers in den verschiedenen Abschöpfungsregelungen kommt es nicht entscheidend an. Wenn eine einheitliche Sprachregelung im Rahmen einer Gesetzesänderung nicht erreichbar ist, sollte der Gesetzgeber zumindest in der Gesetzesbegründung auf den einheitlichen Normzweck einer Abschöpfungsregelung im Lauterkeitsrecht und Kartellrecht verweisen, auf deren Grundlage in der Praxis der Rechtsanwendung eine einheitliche Bewertungsmethode und Bemessungsgrundsätze zu entwickeln sind. Wenn der Begriff des Unrechtserlöses innerhalb einer gesetzlichen Abschöpfungsregelung wegen seines Hinweischarakters auf das als Unrecht zu qualifizierende Marktverhalten als zu negativ besetzt erscheint, kann als Umschreibung der gesetzlichen Anwendungsvoraussetzung im Wortlaut einer Abschöpfungsregelung der Begriff „rechtswidrig erlangter Erlös“ verwendet werden.

### **d) Bemessungsunterschiede der Abschöpfungsregelungen**

Es ist an dieser Stelle nicht geboten, die Bemessungsunterschiede der Abschöpfungsregelungen in der Rechtspraxis darzustellen, die mit den Begriffen des Mehrerlöses, des wirtschaftlichen Vorteils und des Gewinns verbunden sind. Ausreichend erscheint auf die folgenden Unterschiede hinzuweisen, die vermieden werden können und nicht mehr bestehen würden, würde der Anwendungsbereich einer kartellrechtlichen oder lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsregelung *einheitlich mit dem Begriff eines rechtswidrig erlangten Erlöses* im Sinne des hier verwendeten Begriffs des Unrechtserlöses im Gesetzeswortlaut der Abschöpfungsregelung umschrieben.

Die Begriffsbildung in den parallelen Abschöpfungsregelungen des GWB und UWG ist schon nicht einheitlich. Der *erzielte Gewinn* im Sinne der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG ist nicht deckungsgleich mit dem *erlangten wirtschaftlichen Vorteil* im Sinne der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB. Die *Gewinnberechnung*, die einen Vergleich von Einnahmen und Ausgaben und eine Bilanzierung von Ertrag und Verlust verlangt, ist enger als die Feststellung eines wirtschaftlichen Vorteils.<sup>cvi</sup> Die *Feststellung eines wirtschaftlichen Vorteils* bestimmt sich nach der Berechnungsmethode des Ordnungswidrigkeitenrechts. Eine Abgrenzung von Vermögensvorteilen gegenüber den wirtschaftlichen Vorteilen im Rechtssinne und eine Beschränkung des wirtschaftlichen Vorteils auf geldwerte Vorteile ist etwa bei einem weiten Begriff des rechtswidrig erlangten Erlöses nicht gerechtfertigt. Die Ausgrenzung nicht geldwerter Vorteile aus der Abschöpfungsregelung ist auf die Tradition des kartellrechtlichen Begriffs des Mehrerlöses zurückzuführen.

Der *Erlösbegriff* ist allerdings grundsätzlich weiter als der *Vorteilsbegriff*. Als *Mehrerlös* wird die Differenz zwischen den tatsächlichen Einnahmen, die aufgrund des Wettbewerbsverstoßes erzielt werden, und den Einnahmen, die ohne den Wettbewerbsverstoß in dem gleichen Zeitraum von dem Unternehmen erzielt worden wären, verstanden.<sup>cix</sup> Nach dieser Begriffsbestimmung wird in der Rechtsprechung der Begriff des Mehrerlöses von dem Begriff des *wirtschaftlichen Vorteils im Sinne des § 17 Abs. 4 OWiG* unterschieden. Der Begriff des Mehrerlöses wird insofern als enger als der Begriff des wirtschaftlichen Vorteils beurteilt, als die nicht aus Einnahmen bestehenden Vorteile, wie die Verbesserung der Marktposition, die Ersparnis sonst notwendiger Kosten und andere Verbesserungen der Gesamtsituation nicht berücksichtigt werden. Auf der anderen Seite soll der Begriff des Mehrerlöses die gesamten Bruttoeinnahmen ohne Abzug von Kosten und Steuern erfassen.

Zur Eingrenzung des Abschöpfungsgegenstandes wird im Schrifttum teilweise erwogen, die Regelungen der §§ 73 Abs. 2 und 73a StGB als Bewertungsgrundlage einer Vorteilsabschöpfung im Rahmen einer Kartellbuße nach den §§ 81 Abs. 5 GWB iVm 17 Abs. 4 OWiG analog anzuwenden<sup>cx</sup> und so Nutzungen und Surrogate als Abschöpfungsgegenstände im Sinne eines wirtschaftlichen Vorteils zu beurteilen.<sup>cx</sup>

Die an dieser Stelle nur angedeuteten Differenzen bei der Bemessung eines rechtswidrig erlangten Erlöses machen anschaulich, wie geboten ein einheitliches Abschöpfungsregime ist, das von einem Abschöpfungsanspruch sui generis ausgeht.

### e) Zurechnungskriterien der Adäquanz und der Verhältnismäßigkeit

Im Schrifttum wird teils vor einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Abschöpfungsregelungen mit dem Hinweis gewarnt, mit der Abschöpfung auch mittelbarer Gewinne werde eine uferlose Abschöpfungshaftung begründet, da gleichsam sämtliche Folgevorteile von dem Gesetzesverstoß infiziert würden.<sup>cxii</sup> Dieser strafrechtlich motivierte Einwand ist in der Sache nicht überzeugend. Im zivilrechtlichen Haftungsrecht erlaubt und verlangt gerade die Feststellung eines konkreten Rechtswidrigkeitszusammenhangs,<sup>cxiii</sup> die *Zurechnungskriterien* der Adäquanz und der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Die Gefahr ungerechtfertigter oder gar existenzgefährdender Vermögensabschöpfungen besteht nicht.

### f) Erlösschätzung, Anscheinsbeweis, Beweiserleichterung, Auskunftsanspruch

Die konkrete Berechnung des Abschöpfungsbetrags eines rechtswidrig erlangten Erlöses im Sinne eines Unrechtserlöses verlangt Feststellungen, die auf der Grundlage umfänglicher Daten und Informationen eines komplexen wirtschaftlichen Sachverhalts zu treffen sind. Dazu kann auf die Erfahrungswerte einer langjährigen Praxis sowohl im Kartellverfahrensrecht als auch allgemein im Ordnungswidrigkeitenrecht unter Berücksichtigung des Steuerrechts zurückgegriffen werden. Eine gesetzliche Regelung der Bewertungsmethode und Bemessungsgrundsätze ist weder erforderlich noch zu empfehlen.

Eine besondere Bedeutung kommt der rechtlichen Möglichkeit zu, den rechtswidrig erlangten Erlös nach den *Rechtsgrundsätzen einer Schätzung nach § 287 ZPO* zu ermitteln. Die Anwendung des § 287 ZPO auf den lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG ist anerkannt.<sup>cxiv</sup> Bei der *Schätzung des Erlösbetrags* entscheidet das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung (§ 287 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 ZPO). Die Erlösermittlung durch Schätzung nach § 287 ZPO gilt auch bei der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a GWB, auch wenn die Parallelvorschrift zu § 10 UWG ebenfalls keine ausdrückliche Regelung dazu enthält. Bei der verwaltungsrechtlichen Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 GWB ist die Zulässigkeit einer Schätzung der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils ausdrücklich geregelt (§ 34 Abs. 4 S. 1 GWB). Bei der Regelung des Schadensersatzanspruchs wegen eines Kartellverstoßes nach § 33 GWB ist es nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB zulässig, bei der Entscheidung über den Schadensumfang aufgrund einer Schätzung nach § 287 ZPO insbesondere auch den Gewinnanteil, den das Unternehmen durch den Gesetzesverstoß erlangt hat, zu berücksichtigen.

Der *Nachweis der Kausalität* zwischen Gesetzesverstoß und Erlöserlangung wird unter sorgfältiger Berücksichtigung der Typik der konkreten Fallkonstellation und der jeweiligen Umstände des besonderen Sachverhalts nach den *Regeln über den Anscheinsbeweis* erleichtert. Die Anwendung der §§ 286 und 287 ZPO gelten im Zivilprozess allgemein auch für den Nachweis des *Kausalzusammenhangs* zwischen dem Haftungsgrund und dem Schadenseintritt.<sup>cxv</sup>

Beweiserleichterungen, wie die *sekundäre Darlegungslast* ermöglichen, Daten und Informationen, die in der Sphäre des Unternehmens liegen und zur Ermittlung des Abschöpfungserlöses erforderlich sind, zu erfahren und in die Erlösschätzung einzubeziehen.

Ein *akzessorischer Auskunftsanspruch*, der im Kartellrecht zur Ermittlung des Verletzergewinns auf der Grundlage einer Schadensschätzung nach den §§ 33 Abs. 3 S. 3 GWB iVm 287 ZPO anerkannt ist,<sup>cxvi</sup> ist ein auch bei Anwendung der Abschöpfungsregelungen anzuwendendes Rechtsinstitut.<sup>cxvii</sup>

Aus den gleichen Gründen ist im Recht der Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse auch – wie allgemein im Immaterialgüterrecht und im Wettbewerbsrecht – eine *Stufenklage* verbunden mit einem *unbezifferten Leistungsantrag* zulässig.

## **5. Objektive Pflichtverletzung als Grundlage des Kartell- und Lauterkeitsunrechts**

### **a) Rechtswidrigkeitszusammenhang im Sinne einer objektiven Pflichtverletzung**

Der Anspruch auf Unrechtserlösabschöpfung stellt als ein Anspruch sui generis eine verschuldensunabhängige Sanktion des Kartellrechts und Lauterkeitsrechts dar. Die in den Abschöpfungsregelungen des GWB und UWG normierte Anwendungsvoraussetzung des Verschuldens, widerspricht unabhängig von der vorausgesetzten Verschuldensart des Vorsatzes, der groben Fahrlässigkeit oder der leichten Fahrlässigkeit der Effizienz und Rechtsnatur einer wettbewerblichen Unrechtserlösabschöpfung.

Noch bei den Gesetzgebungsarbeiten zur 7. GWB-Novelle wurde im Referentenentwurf die Sachgerechtigkeit einer verschuldensunabhängigen Mehrerlösabschöpfung erkannt.<sup>cxviii</sup>

Der Grundsatz einer *Verschuldenshaftung* ist das fundamentale Rechtsprinzip des Schadensersatzrechts. Die Abschöpfung von Unrechtserlösen verlangt, als sachgerechte Anwendungsvoraussetzung auf die *Rechtswidrigkeit* eines Gesetzesverstoßes gegen das GWB oder UWG abzustellen, als dessen Folge der Mehrerlös oder wirtschaftliche Vorteil im Sinne eines Unrechtserlöses bei dem kartellrechtswidrig oder lauterkeitsrechtswidrig handelnden Unternehmen eintritt. Zwischen dem Kartell- oder Lauterkeitsrechtsverstoß und dem Unrechtserlös besteht ein *Rechtswidrigkeitszusammenhang*. Das Vorliegen einer *objektiven Pflichtwidrigkeit des unternehmerischen Marktverhaltens (objektive Pflichtverletzung)* ist die rechtliche Voraussetzung einer rechtlichen Qualifizierung der eingetretenen Vorteile als Unrechtserlös.

### **b) Beweislastumkehr als Alternativmodell**

Aus den gleichen rechtstheoretischen und rechtssystematischen Gründen und aus Gründen einer effizienten Praktikabilität ist eine gesetzliche Regelung der Unrechtserlösabschöpfung sowohl im GWB als auch im UWG in gleicher Weise *verschuldens-*

*unabhängig* zu normieren. Ein Blick in die Gesetzesgeschichten der verschiedenen Abschöpfungsregelungen im GWB und UWG mag allerdings begründete Zweifel an der Bereitschaft des Gesetzgebers aufkommen lassen, eine einheitliche Unrechtserlösabschöpfung im Kartellrecht und Lauterkeitsrecht verschuldensunabhängig zu normieren.

Als ein *Alternativmodell* zur Normierung einer verschuldensunabhängigen Unrechtserlösabschöpfung wird vorgeschlagen, ein *Verschulden im Sinne des § 276 BGB* zwar als Anwendungsvoraussetzung einer Unrechtserlösabschöpfung zu normieren, die Anwendungsvoraussetzung des Verschuldens aber zugleich mit der Regelung einer *Beweislastumkehr* zu verbinden. Eine solche normative Ausgestaltung einer Unrechtserlösabschöpfung verlangt bei Vorliegen objektiver Kartellrechtswidrigkeit oder objektiver Lauterkeitsrechtswidrigkeit von dem Unternehmer den Nachweis, dass ihn an dem Verstoß gegen das GWB oder UWG kein Verschulden – und zwar weder grobe Fahrlässigkeit noch leichte Fahrlässigkeit – trifft.

## **6. Die Rechtsnatur des Anspruchs auf Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse**

Seiner *Rechtsnatur* nach stellt der Anspruch auf Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse einen *Anspruch sui generis* dar. Der Abschöpfungsanspruch ist als ein Anspruch eigener Art weder auf Schadensersatz noch auf Bereicherungsausgleich, sondern auf *Erlösherausgabe* gerichtet. Das schließt nicht aus, dass aus rechtspraktischen und prozessökonomischen Gründen mit der Geltendmachung eines Abschöpfungsanspruchs auf Herausgabe eines rechtswidrig erlangten Erlöses ein Anspruch auf Ausgleich von Schäden oder Rückgewähr von Bereicherungen verbunden werden kann.

Die originäre Funktion eines Abschöpfungsanspruchs liegt in der *Prävention* und der damit verbundenen *Verhaltenssteuerung* am Markt. In der Kritik gegenüber der Rechtfertigung eines Abschöpfungsanspruchs kommt die allgemeine Skepsis gegenüber einer Präventionsfunktion zivilrechtlicher Rechtsinstitute und einer Verhaltenssteuerung im Sanktionenrecht des Privatrechts zum Ausdruck. Das erklärt, weshalb die Gesetzesgeschichte des Abschöpfungsregimes sowohl im Kartellrecht als auch im Lauterkeitsrecht anschaulich macht, wie mit dem traditionellen Instrumentarium des Schadensersatzrechts und des Bereicherungsrechts die Anwendungsvoraussetzungen eines Abschöpfungsanspruchs gesetzlich formuliert werden. Auf diese Weise erfuhrt und erfährt der Abschöpfungsanspruch eine Zwitterstellung, die ihm seiner Rechtsnatur nach nicht zukommt und die den kartellrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsanspruch sowohl als systemwidrig als auch als unpraktikabel und damit im Ergebnis als ineffektiv erscheinen lässt.

Die traditionelle Systematik des Haftungsrechts hat den Blick dafür versperrt, dass ein verschuldensunabhängiges Ausgleichssystem im Gegensatz zur Deliktshaftung nicht nur die Gefährdungshaftung darstellt. Die Diskussion um den Abschöpfungsanspruch wurde in den letzten Jahrzehnten durch die ablehnende Haltung gegenüber den Vorbildern aus dem US-amerikanischen Rechtssystem – der *class action* und den *punitive damages* – bestimmt. Bei dem Abschöpfungsanspruch geht es nicht um einen Strafschaden, auch wenn es gute Gründe gibt, bei bestimmten Fallkonstellationen und Sachverhalten einen mehrfachen Schaden als Verhaltenssteuerung (*Multiplikationsschaden*) als gerechtfertigt anzusehen. Das ist allerdings ein schadensersatzrechtliches

Problem, das die über die Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes hinausgehenden, weiteren Funktionen des Schadensersatzrechts thematisiert. Dem Abschöpfungsanspruch als solchem kommt seiner Rechtsnatur nach *keine pönale Funktion* zu.

Unabhängig von der Berechtigung kollektiven Rechtsschutzes im Wettbewerbsrecht besteht die *Präventionsfunktion* des Abschöpfungsanspruchs als eines Anspruchs sui generis. Illegitime Unrechtserlöse, die durch Kartellrechtsverstöße oder Lauterkeitsrechtsverstöße erwirtschaftet werden, verlangen die Implementierung eines Abschöpfungsanspruchs im Allgemeininteresse eines freien und unverfälschten, lautereren Wettbewerbs.

Es ist unzutreffend, die Aneignung wirtschaftlicher Ressourcen durch Verstöße gegen Marktverhaltensnormen deshalb nicht zu sanktionieren, weil nicht in Rechte oder Rechtsgüter im Sinne von subjektiven Rechten eingegriffen worden ist.<sup>cxix</sup> Im Immaterialgüterrecht dient der Bereicherungsausgleich ohne Verschulden zwar der Sanktion des Eingriffs in den Zuweisungsgehalt der Immaterialgüterrechte. Das ist eine rechtsmethodische Folge der Lehre vom Zuweisungsgehalt von Rechten innerhalb der Eingriffskondiktion, wenn von der Zweiteilung des Bereicherungsrechts in die Kondiktionsarten der Leistungskondiktion und der Nichtleistungskondiktion, deren bedeutsamste Fallkonstellation die Eingriffskondiktion ist, ausgegangen wird. Gesetzesverstöße gegen das GWB und UWG verlangen die vergleichbare Sanktion aus Gründen des *Allgemeininteresses* an der Funktionsfähigkeit des Marktwettbewerbs. Das Bereicherungsrecht kompensiert verschuldensunabhängig individuelle Rechtsverluste. Der Zuweisungsgehalt des verletzten subjektiven Rechts oder Rechtsgutes ortet den von dem Rechtseingriff konkret betroffenen Anspruchsberechtigten.

Unrechtserlöse als Folge von Kartell- oder Lauterkeitsrechtsverstößen verursachen unabhängig von individuellen Schädigungen *Fehlallokationen zum Nachteil der Verbraucher als Akteursgruppe* am Markt. Gerade weil der Allokationsmechanismus des Marktes zu Lasten der Verbrauchergruppe versagt, ist im Allgemeininteresse ein *verschuldensunabhängiger Ressourcentransfer* über das Rechtsinstitut eines *Präventionsanspruchs* gerechtfertigt. Die Funktionen des Bereicherungsrechts, die sich in der Lehre vom Zuweisungsgehalt in den subjektivrechtlichen Rechtsbereichen der privilegierten Rechte und Rechtsgüter ausdrücken, begrenzen nicht die Legitimität einer verschuldensunabhängigen Abschöpfung von Unrechtserlösen, die sich nach den Funktionen der rechtlichen Rahmenordnung einer funktionsfähigen Wirtschaftsordnung des Marktwettbewerbs im Allgemeininteresse bestimmt.<sup>cxx</sup> Folge des umgekehrten Postulats, selbst bei Vorsatzdelikten im Wettbewerbsrecht eine unverschuldete Erlösabschöpfung abzulehnen, ist es, den illegitimen Unrechtserlös bei dem Unternehmen als rechtswidrig handelndem Marktakteur ungerechtfertigterweise zu belassen.

In dem Rekurs auf das *Allgemeininteresse* ist auch die Legitimität der Sanktionsfolge eines Abschöpfungsregimes begründet, die rechtswidrig erlangten Erlöse zugunsten der Gruppe – gleichsam im Sinne eines *abstrakten Kollektivschadens* – abzuschöpfen, die von dem rechtswidrigen Marktverhalten insgesamt betroffen ist. Das sind bei der kartellrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Unrechtserlösabschöpfung die Gruppe der Verbraucher als die den Unternehmen gleichberechtigten Akteure am Markt.

Der Vorschlag, aus den rechtswidrig erlangten Erlösen – und auch allgemein aus dem Verbraucheranteil an den Kartellbußen – ein *zweckgebundenes Sondervermögen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit* zu bilden, stellt die der Rechtsnatur des Abschöpfungsanspruchs *adäquate Mittelzuweisung* dar.

Bei der 8. *GWB-Novelle*<sup>cxxi</sup> sollte die Chance wahrgenommen werden, ein *für das Kartellrecht und Lauterkeitsrecht einheitliches Abschöpfungsregime* in das GWB und UWG zu implementieren. Ein solcher *Präventionsanspruch* harmonisiert mit der Rechtsentwicklung auf europäischer Ebene und namentlich der Rechtsprechung des EuGH zu den Anforderungen an ein effizientes Sanktionsinstrumentarium des kollektiven Rechtsschutzes zur Durchsetzung der im GWB und UWG normierten Marktverhaltensregeln.

## **G. Zweckbindung der verbraucherbezogenen Unrechtserlösabschöpfung und des Verbraucheranteils an Kartellbußen in einem Fondsvermögen**

### **I. Bildung eines zweckgebundenen Sondervermögens**

#### **1. Zweckbindung der verbraucherbezogenen Unrechtserlösabschöpfung und des Verbraucheranteils an Kartellbußen im Verbraucherinteresse**

Nach geltendem Recht werden die Unrechtserlöse, die Folge eines Gesetzesverstoßes gegen das UWG oder GWB sind, nicht an die Anspruchsberechtigten ausgekehrt. Die Abschöpfung der Unrechtserlöse erfolgt nicht zugunsten der Aktivlegitimierten.

Die Anspruchsberechtigung und Klagebefugnis steht bei dem lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 Abs. 1 UWG den rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG), den Verbraucherverbänden als den qualifizierten Einrichtungen im Sinne der Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen<sup>cxxii</sup> (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG) und den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG) zu.

Die Anspruchsberechtigung und Klagebefugnis steht bei der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a Abs. 1 GWB den nach § 33 Abs. 2 GWB zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten zu; das sind die rechtsfähigen Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen, zu denen nicht die Verbraucherorganisationen gehören.<sup>cxxiii</sup>

Nach § 10 Abs. 1 UWG ist der lauterkeitsrechtliche Abschöpfungsanspruch auf Herausgabe des Gewinns an den Bundeshaushalt gerichtet. Das gilt auch nach der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a GWB, dessen Regelung die Vorschrift der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG zum Vorbild diente. Die verwaltungsrechtliche Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB, bei der die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils durch die Kartellbehörde angeordnet wird, erfolgt nicht anders als die Verhängung einer – auch vorteilsabschöpfenden (§§ 81 Abs. 5 GWB iVm 17 Abs. 4 OWiG) – Geldbuße zugunsten der Bundeskasse (§ 82a Abs. 2 S. 2 GWB). Allgemein gilt: Die Abschöpfung der lauterkeitsrechtlichen und kartellrechtlichen Unrechtserlöse und die Verhängung von Bußgeldern erfolgt ausschließlich zugunsten des Staates.

Sowohl im Referentenentwurf (§ 9 Abs. 4 RefE) als auch im Regierungsentwurf (§ 10 Abs. 4 RegE) zur UWG-Reform des Jahres 2004 war noch die vorläufige Einziehung des abgeschöpften Gewinns durch die aktivlegitimierten Verbände als Anspruchsinhaber und die anschließende Abführung des abgeschöpften Gewinns nach Abzug der Aufwendungen vorgesehen. Die vorgeschlagene Regelung einer vorläufigen Einziehung durch die Verbände mit anschließender Ablieferungspflicht an die

Staatskasse wurde im Gesetzgebungsverfahren wegen der als Folge der erforderlichen Verwaltungsmaßnahmen der Verbände entstehenden Mehraufwendungen kritisiert und nicht realisiert.

Die Folgerung, die aus dem „Umweg“-Argument einer vorläufigen Einziehung und anschließenden Abführung des abgeschöpften Gewinns nach Abzug der Aufwendungen gezogen wurde, nämlich den abgeschöpften Gewinn unmittelbar an den Bundeshaushalt herauszugeben, wurde dem ureigenen Anliegen der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung nicht nur nicht gerecht, sondern kehrte sie gerade in ihr Gegenteil um. Die Idee der Gewinnabschöpfung ging von Anfang an dahin, mit dem Instrument der Unrechtserlösabschöpfung die Verbraucherarbeit durch eine finanzielle Ausstattung der Verbraucherorganisationen unmittelbar zu fördern.

Die Abführung des abgeschöpften Gewinns an den Bundeshaushalt wurde teils auch deshalb favorisiert, weil eine nicht unerhebliche Skepsis gegenüber einer endgültigen Herausgabe des abgeschöpften Gewinns an einen aktivlegitimierten Verband bestand.<sup>cxxiv</sup> Es wurde befürchtet, eine Regelung, bei der ein abzuschöpfender Gewinn zugunsten des klagenden Verbandes herauszugeben sei und bei diesem verbleibe, könne zu einer Vermehrung von Wettbewerbsprozessen gleichsam aus erwerbswirtschaftlichem Interesse an der Gewinnabschöpfung führen und dadurch zu einem Störfaktor im Wettbewerbsverfahrensrecht werden.

Die Argumente der Praktikabilität und Wirtschaftlichkeit, die im Gesetzgebungsverfahren zugunsten einer nur vorläufigen Herausgabe des abgeschöpften Gewinns an die Verbände mit anschließender Abführungspflicht an die Staatskasse vorgebracht wurden, wendeten sich somit gegen die ursprüngliche Intention der Abschöpfungsregelung. Die Organisation eines zweckgebundenen Fondsvermögens, das neutral und unabhängig als Sondervermögen verwaltet wird, widerlegt den (schon an sich nicht überzeugenden) Einwand, die aus erwerbswirtschaftlichem Interesse vermehrt geführten Wettbewerbsprozesse bildeten einen Störfaktor im Wettbewerbsverfahrensrecht. Das Modell eines neutralisierten Fondsvermögens dient umgekehrt der Effizienz eines verbraucherbezogenen Abschöpfungsregimes rechtswidrig erlangter Erlöse.

Die wesentliche Zielsetzung einer gesetzlichen Regelung der Unrechtserlösabschöpfung, die Finanzausstattung der Verbraucherorganisationen und damit die Verbraucherarbeit im Sinne des Verbraucherschutzes zu stärken, wird nur dann erreicht, wenn die Abschöpfung der Unrechtserlöse *im wirtschaftlichen Ergebnis* zugunsten der Verbraucherorganisationen erfolgt. Die *Zweckbindung einer Unrechtserlösabschöpfung* und eines *Verbraucheranteils an Kartellbußen* ist das wesentliche Instrument zur Erreichung des mit einer Unrechtserlösabschöpfung verbundenen Normzwecks.

Es besteht deshalb nahezu Einigkeit sowohl im Schrifttum als auch in der Rechtspraxis sowohl zur lauterkeitsrechtlichen als auch zur kartellrechtlichen Unrechtserlösabschöpfung, dass die Ineffizienz des Abschöpfungsregimes im geltenden Recht wesentlich darauf beruht, dass der Anspruchsinhalt auf Herausgabe des abgeschöpften Gewinns oder des wirtschaftlichen Vorteils an den Bundeshaushalt gerichtet ist.

Wenn die abgeschöpften Ressourcen unmittelbar an den klagenden Verband herausgegeben werden und bei dem klagenden Verband als Anspruchsinhaber verbleiben, dann wird die Zweckbindung nur mittelbar über den Satzungszweck der aktivlegitimierte Verbände und Einrichtungen erreicht. Diese mittelbare Zweckbindung der eingeklagten Ressourcen wird als unzureichend angesehen werden können, bedenkt man, dass eine Kontrolle grundsätzlich nur über das Rechtsregime der Klageberechtigung organisierbar ist. Die Implementierung eines neutralen Fondsvermögens gewährleistet eine unabhängige Organisation und zweckentsprechende Mittelverwendung.

## **2. Bildung eines Sondervermögens**

Ein Rechtsregime, das der gesetzgeberischen Zielsetzung einer Unrechtserlösabschöpfung zugunsten einer Stärkung des Verbraucherschutzes adäquat ist, verlangt die Bildung eines Sondervermögens und dessen Zweckbindung. Die Zweckbindung der abgeschöpften Ressourcen in einem Sondervermögen ist die angemessene Rechtsfolge im Sinne des Anspruchs auf Unrechtserlösabschöpfung als eines Anspruchs sui generis.

Die *Bildung eines zweckgebundenen Sondervermögens* ist gegenüber einer nur mittelbaren Zweckbindung der Finanzmittel aufgrund der Organisationsstruktur der aktivlegitimierte Verbände und Einrichtungen vorzuziehen. Die Organisation eines Sondervermögens bietet ein hohes Maß an Rechtssicherheit hinsichtlich einer zweckgebundenen Mittelverwendung und bietet zugleich rechtliche Vorkehrungen zur Verhinderung von Missbrauchskonstellationen.

## **II. Rechtliche Organisationsform eines zweckgebundenen Sondervermögens**

### **1. Sondervermögen des Bundes**

Die Zweckbindung eines Vermögens zum Sondervermögen, das aus den Ressourcen der lauterkeitsrechtlichen und kartellrechtlichen Unrechtserlösabschöpfung und dem Verbraucheranteil an Kartellbußen gebildet wird, zur Finanzierung der Verbraucherarbeit verlangt, die rechtliche Organisationsform eines zweckgebundenen Sondervermögens einzurichten.

Als Organisationsmodelle kommen sowohl öffentlichrechtliche als auch privatrechtliche Rechtsinstitute in Betracht. Ein zweckgebundenes Sondervermögen kann in der hoheitlichen Verwaltung der Bundesregierung, eines oder ressortübergreifend mehrerer Bundesministerien oder einer öffentlichen Institution liegen, oder es kann privatwirtschaftlich organisiert werden. Als Organisationsformen zur Verwaltung eines zweckgebundenen Sondervermögens kommen sowohl die Errichtung einer Stiftung als auch die Organisation eines Vermögensfonds in Betracht.

Im Gesetzgebungsverfahren der UWG-Reform 2004 wurde bei der Diskussion des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG die Errichtung einer *Stiftung* zur Verwaltung der abgeschöpften Gewinne erörtert. Schon im Regierungsentwurf wurde das Stiftungsmodell abgelehnt, da ein nicht unerheblicher Verwaltungsaufwand erforderlich und der Um-

fang der Gewinnabschöpfung nicht abzusehen sei. Es ist hervorzuheben, dass die Gesetzesbegründung nur darauf zielte, ein solches Sondervermögensmodell sei „zumindest derzeit problematisch“.<sup>cxxv</sup> Es wird im Übrigen darauf hingewiesen, die Arbeit der Verbraucherorganisationen werde zum Teil ohnehin aus öffentlichen Mitteln finanziert, und es sei deshalb angemessen, wenn die Gelder dem Bundeshaushalt zufließen. Es wird auch – in diesem Zusammenhang allerdings ungerechtfertigt – darauf verwiesen, es solle vor allem verhindert werden, dass der Gewinnabschöpfungsanspruch aus dem „letztlich sachfremden Motiv der Einnahmeerzielung“ geltend gemacht werde.

Die *Stiftung* ist zwar ein Organisationsmodell, das zur Zweckbindung eines Sondervermögens geeignet ist.<sup>cxxvi</sup> Das gilt namentlich für die rechtsfähige Stiftung des Privatrechts (§§ 80 ff. BGB), die als Rechtsträger ein aus den abgeschöpften Unrechtserlösen und den Bußgeldanteilen gebildete Stiftungskapital nach dem Stiftungszweck und entsprechend der Stiftungssatzung verwaltet.

Es ist allerdings zu bedenken, dass eine effektive Verwaltung eines zweckgebundenen Sondervermögens zur Finanzierung der Verbraucherarbeit nicht der Organisationsstruktur einer privatrechtlichen Stiftung bedarf. Der Aufwand an sachlichen und personellen Ressourcen, den eine Stiftungsorganisation benötigen wird, ist zu einer ordnungsgemäßen Verwaltung eines zweckgebundenen Fondsvermögens im Allgemeininteresse des Verbraucherschutzes nicht erforderlich. Das gilt auch für das *Organisationsmodell einer unselbstständigen Stiftung* bei der gleichsam eine rechtsfähige Stiftung im Sinne der §§ 80 ff. BGB durch Vertragsgestaltung privatautonom begründet wird.<sup>cxxvii</sup>

Die Zweckbindung einer Unrechtserlösabschöpfung und eines Verbraucheranteils an Kartellbußen in einem Sondervermögen bedarf nicht der Organisationsform eines rechtsfähigen Rechtsträgers wie etwa der Errichtung einer privatrechtlichen Stiftung als Rechtssubjekt. Die *Organisation eines nichtrechtsfähigen Sondervermögens* im Sinne eines Fonds, das *auf gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage errichtet und aufgrund eines untergesetzlichen Regelungsregimes von der öffentlichen Hand verwaltet* wird, stellt eine rechtssichere und kostengünstige Organisationsvariante dar.

Als rechtliche Organisationsform zweckgebundener Finanzmittel aus zugewiesenen Unrechtserlösen und Bußgeldanteilen ist die Errichtung eines *Sondervermögens des Bundes im Sinne eines nichtrechtsfähigen Fondsvermögens* geeignet.

## **2. Implementierung eines zweckgebundenen Sondervermögens des Bundes**

Die Rechtsgrundlagen zur Errichtung eines nichtrechtsfähigen Sondervermögens des Bundes, das aus den Unrechtserlösen der lauterkeitsrechtlichen und kartellrechtlichen Abschöpfungsregelungen und aus den Verbraucheranteilen an Kartellbußen gebildet wird, sind im UWG und GWB bei den Vorschriften über die Unrechtserlösabschöpfung und über das Bußgeldverfahren vorzusehen. Es ist gesetzlich zu regeln, dass die Unrechtserlöse und die verbraucheranteiligen Bußgeldebträge einem vom Bund zu errichtenden und zu verwaltenden Sondervermögen zugewiesen werden.

Die Zweckbindung des *Bundessondervermögens* wird gesetzlich bestimmt. Zweck des Sondervermögens ist es, im Interesse einer Stärkung des Verbraucherschutzes den Verbraucherorganisationen Finanzmittel zur Erfüllung ihrer satzungsgemäßen Aufgaben zur Verfügung zu stellen.

Die Organisation und Verwaltung des Bundessondervermögens ist dem *Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz* als dem zuständigen Fachministerium zu übertragen. Die Verwaltung des Bundessondervermögens ist in einem untergesetzlichen Regelungsregime zu normieren. Das Verbraucherschutzministerium ist auf gesetzlicher Grundlage zu ermächtigen (Rechtsverordnungsermächtigung), ein Organisationsstatut zur Verwaltung des Bundessondervermögens zu erstellen. In dem Organisationsstatut sind insbesondere die Zertifizierung der Verbraucherorganisationen als berechnete Zuwendungsempfänger und die Voraussetzungen und das Verfahren der Zuwendung von Finanzmitteln an die Verbraucherorganisationen einschließlich des Aufwendersatzes der Verfahrenskosten in Abschöpfungsprozessen der aktivlegitimierten Verbraucherorganisationen näher zu regeln.

Die *Höhe der finanziellen Zuwendungen* wird sich nach den jährlichen Zuweisungen an Unrechtserlösen und Bußgeldanteilen auf der Grundlage einer ordnungsgemäßen Vermögensverwaltung richten. Die finanziellen Zuwendungen an die Verbraucherorganisationen sollten grundsätzlich *nicht projektbezogen* sein. Im Interesse der Planungssicherheit sollte der wesentliche Finanzbeitrag den Empfängern zur *allgemeinen Mittelverwendung* nach dem Satzungszweck der Organisation bereitgestellt werden.

Die nicht projektbezogene und ständige Förderung mit Finanzmitteln aus dem Sondervermögen sollte ausschließlich einem *zertifizierten* Kreis bedeutender Verbraucherorganisationen im Sinne der *Destinatäre des Bundessondervermögens* zustehen. Dazu zählen in Deutschland insbesondere die Verbraucherzentralen der Bundesländer, der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., die Deutsche Stiftung Verbraucherschutz und die Stiftung Warentest.

Auch wenn die ständige anteilige Finanzausstattung der zertifizierten Verbraucherorganisationen die wesentliche Aufgabe des Bundessondervermögens darstellen sollte, sollten auch einzelne *Projektförderungen* möglich sein. Anträge auf eine konkrete Projektförderung sollten nicht nur die zertifizierten Verbraucherorganisationen, sondern auch die qualifizierten Einrichtungen im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 3 UWG und wissenschaftliche Forschungseinrichtungen stellen können.

### **3. Volumen eines zweckgebundenen Sondervermögens „Verbraucherschutz“**

#### **a) Prognose**

Aussagen zu dem zu erwartenden Volumen eines zu errichtenden Sondervermögens „Verbraucherschutz“ als zweckgebundenes Bundessondervermögen, das aus der Zuweisung der abgeschöpften Unrechtserlöse und der Verbraucheranteile an den Kartellbußen besteht, müssen aus verschiedenen Gründen noch als spekulativ angesehen werden.

Nach ersten Einschätzungen wird davon auszugehen sein, dass eine jährliche Gesamtzuweisung aus abgeschöpften Unrechtserlösen und Verbraucheranteilen an Bußgeldern zumindest in einer *zweistelligen Millionenhöhe im mittleren Bereich* zu erwarten ist. Dabei wird zwischen den kartellrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Betragszuweisungen zu unterscheiden sein, da die wirtschaftlichen Auswirkungen von Kartellrechtsverstößen regelmäßig weit umfangreicher sein werden als Lauterkeitsrechtsverstöße. Das gilt sowohl für die Abschöpfung der rechtswidrig erlangten Erlöse nach UWG und GWB als auch insbesondere für die Verbraucheranteile an den kartellrechtlichen Bußgeldern.

#### **b) Lauterkeitsrecht**

Im Lauterkeitsrecht ist nicht vorherzusehen, in welchem Umfang die Verbraucherorganisationen von ihrer Klagebefugnis nach § 10 UWG, Herausgabe der lauterkeitsrechtlichen Unrechtserlöse an das zu errichtende Sondervermögen zu verlangen, nach einer UWG-Gesetzesänderung Gebrauch machen werden. Unabhängig von der tatsächlich zu erwartenden Anzahl solcher Klageverfahren kann mit Sicherheit nur gesagt werden, dass nach einer überfälligen Reform des § 10 UWG die Verbraucherorganisationen ernsthaft Abschöpfungsklagen erheben werden, um eine effiziente Abschöpfungsregelung des UWG in der Rechtswirklichkeit umzusetzen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die etwas über 20 Prozesse, die zu § 10 UWG geführt wurden, nahezu vollständig erfolglos waren und weitere Klageverfahren als kaum aussichtsreich erscheinen ließen.

Nicht nur die zu erwartende Anzahl der lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsprozesse nach einer Gesetzesänderung des § 10 UWG ist unbestimmt, auch die Höhe der Abschöpfungserlöse, zu deren Herausgabe konkret verurteilt werden wird, ist auch in einem Mittelwert schwer einzuschätzen. Aus den etwa 20 Verfahren, die von Verbraucherorganisationen zum Gewinnabschöpfungsanspruch des § 10 UWG geführt wurden, lassen sich schon deshalb keine prognostischen Aufschlüsse gewinnen, da nahezu sämtliche Verfahren aus Sicht der Verbraucherorganisationen ergebnislos verlaufen sind. In nur wenigen Fällen wurden Vergleichszahlungen geleistet, die in den bekannt gewordenen Fällen 18.500 Euro<sup>cxxviii</sup> und 25.000 Euro<sup>cxxix</sup> betragen. Auch die Streitwerte in UWG-Sachen, die in der überwiegenden Mehrheit der Fälle bei einem Streitwert zwischen 30.000 und 100.000 Euro und in einer geringen Anzahl bei einem Streitwert von 300.000 bis 500.000 Euro liegen, bieten keine validen Daten, da sich die Festsetzung des Streitwerts nicht nach rechtswidrig erlangten Erlösen bestimmt und in erster Linie regelmäßig ein Unterlassungsanspruch im Mittelpunkt des Rechtsstreits steht.

Auch wenn diese Unwägbarkeiten eine seriöse Einschätzung zur Höhe der lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungserlöse nach § 10 UWG kaum zulassen, kann gleichwohl angenommen werden, dass ein effizientes Abschöpfungsregime einen lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsbetrag in Höhe einer jährlichen Gesamtsumme eines *unteren einstelligen Millionenbetrags* als realistisch erscheinen lässt. Es ist allerdings auch nicht ausgeschlossen, dass ein effizientes Abschöpfungsregime im Lauterkeitsrecht ermöglicht, in einem einzigen Klageverfahren Unrechtsgewinne in *zweistelliger Millionenhöhe* geltend zu machen.

Ein Beispiel bietet der Rechtsstreit der Verbraucherzentrale Hamburg<sup>cxxx</sup> gegen das Mobilfunkunternehmen O<sub>2</sub> (vormals VIAG Intercom) wegen einer falschen DM/Euro-Umrechnung als Grundlage von Telefonrechnungen. Die Verbraucherzentrale Hamburg ging davon aus, dass es sich bei dem abzuschöpfenden Unrechtsgewinn um einen Betrag in zweistelliger Millionenhöhe handeln werde. Da die Höhe des Unrechtsgewinns „ohne einen Blick in die Bücher“ nicht zu beziffern war, wurde Auskunfts-klage erhoben, die aus in diesem Zusammenhang nicht näher erheblichen Rechtsgründen nicht erfolgreich war.<sup>cxxxi</sup>

Sachverhaltlich ging es um die im Herbst des Jahres 2001 erfolgte Umrechnung der Minutenpreise für das Telefonieren von DM in Euro. Als eine Folge der Umrechnung der Kleinstbeträge entstanden in der monatlichen Telefongesamtrechnung erhebliche Rundungsdifferenzen zu Lasten der Kunden von O<sub>2</sub>. Die Verbraucherzentrale Hamburg hatte verlangt, dass richtigerweise nur der Endbetrag der monatlichen Telefonrechnung mit dem DM/Euro-Faktor 1,95583 umzurechnen sei. Der EuGH bestätigte die Rechtsauffassung der Verbraucherzentrale Hamburg, die von dem Mobilfunkunternehmen vorgenommene Umrechnung der Minutenpreise von DM auf Euro bei gleichzeitiger Rundung verstoße gegen den Grundsatz der Kontinuität von Vertragsbedingungen. Der EuGH entschied in seinem Urteil vom 14. September 2004<sup>cxxxii</sup> auf Vorlage des LG München, das in seinem Urteil vom 3. Mai 2005<sup>cxxxiii</sup> die Rechtsauffassung des EuGH zugrunde legte, der im Sinne der Verbraucherzentrale Hamburg entschieden hatte.

Bei einer vorläufigen Schätzung des entstandenen Unrechtsgewinns wurde davon ausgegangen, dass bei 400.000 betroffenen Kunden und einem Zeitraum ab Herbst 2001 der Unrechtsgewinn etwa 30 Millionen Euro und bei der Annahme von 100.000 betroffenen Kunden, gerechnet vom Zeitpunkt des Urteils des EuGH bis zu der von O<sub>2</sub> behaupteten Anpassung und damit für einen Zeitraum von 11 Monaten etwa 1,2 Millionen Euro betrage.

### c) Kartellrecht

Dem Kartellrecht kommt für den Umfang eines zu errichtenden Sondervermögens „Verbraucherschutz“ eine herausragende Bedeutung zu. Das Ausmaß der wirtschaftlichen Folgen eines Kartellrechtsverstoßes ist regelmäßig um ein vielfaches Höher als ein UWG-Verstoß.

Wenn nach einer Gesetzesänderung des § 34a GWB Verbraucherorganisationen eine Klagebefugnis zuerkannt wird, dann gewinnt die zivilrechtliche Vorteilsabschöpfung nach § 34a GWB, die bisher in der Rechtspraxis keine Rolle spielte, erheblich an Bedeutung. Die zivilrechtliche Abschöpfung der durch einen Kartellverstoß rechtswidrig erlangten Erlöse und deren Zuweisung an ein zu errichtendes Sondervermögen „Verbraucherschutz“ wird nach einer solchen Gesetzesänderung auf Initiative der qualifizierten Einrichtungen möglich.

Die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes setzt in der Regel ein komplexes Kartellverfahren voraus. Bei der Durchsetzung der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung kommen den nach einer Gesetzesänderung aktivlegitimierten Verbraucherorganisationen auch die *gesetzlichen Erleichterungen* zugute, die schon nach geltendem Recht für die Durchsetzung privater Schadensersatzforderungen anzuwenden sind. In einem Abschöpfungsprozess nach § 34a GWB obliegt der klagenden Verbraucherorganisation nicht erneut der *Nachweis eines Kartellrechtsverstoßes*, wenn eine rechtskräftige kartellbehördliche Entscheidung vorliegt, der in dem Zivilprozess eine Feststellungswirkung zukommt. Die Feststellung der Höhe des rechtswidrig erlangten Erlöses erleichtert zudem die Zulässigkeit einer Schätzung des zu ermittelnden Betrags.

Nach dem Grundsatz der *Subsidiarität* kommt allerdings der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung durch die qualifizierten Einrichtungen nach § 34a GWB (neu) dann keine Bedeutung zu, wenn das Bundeskartellamt in einem gesonderten Abschöpfungsverfahren nach § 34 GWB eine Vorteilsabschöpfung durchführt oder, um den prozessökonomischen Umweg über die kartellbehördliche Abschöpfung nach § 34 GWB zu vermeiden, den Weg nach den §§ 81 Abs. 5 GWB iVm 17 Abs. 4 OWiG beschreitet und die Abschöpfung innerhalb des Bußgeldverfahrens vornimmt und in dem Bußgeldbescheid zwischen dem Abschöpfungsteil und dem Ahndungsteil des Bußgeldes unterscheidet. Wenn der Abschöpfungsteil des Bußgeldes einem zu errichtenden Sondervermögen „Verbraucherschutz“ zuzuweisen ist, erübrigt sich die Durchführung eines Zivilverfahrens durch die Verbraucherorganisationen zur Abschöpfung der kartellrechtlichen Unrechtserlöse.

Eine *Auswertung* der ausgewiesenen Abschöpfungsanteile in Bußgeldbescheiden und die vom Bundeskartellamt der Bemessung zugrunde gelegten Beurteilungsmaßstäbe<sup>cxxxiv</sup> können Aufschlüsse über die Höhe der Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse geben, die einem Sondervermögen zugeführt werden können. Die Daten geben allerdings auch nur mittelbaren Aufschluss, da der Abschöpfungsanteil wohl auch von steuerrechtlichen Implikationen beeinflusst wird und von Schadensersatzansprüchen privater Abnehmer zu bereinigen ist.

Da in dieser Untersuchung davon ausgegangen wird, dass unabhängig vom Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils im Sinne der kartellrechtlichen Abschöpfung es gerechtfertigt ist, einen bestimmten Verbraucheranteil an den Geldbußen an ein zu errichtendes Sondervermögen „Verbraucherschutz“ abzuführen, erscheint es gerechtfertigt, diesen Verbraucheranteil an dem Bußgeld nicht konkret der Höhe nach zu bestimmen, sondern den Verbraucheranteil an der Geldbuße pauschalierend in einer prozentualen Quote (Quotenpauschale) festzulegen.

In dem Zeitraum zwischen den Jahren 2006 bis 2009 wurde im Bereich der Bekämpfung der so genannten Hardcore-Kartellen (Preis-, Quoten-, Gebiets- und Kundenabsprachen) Bußgelder in der Höhe von fast einer Milliarde Euro verhängt. Selbst wenn der *Prozentsatz* des einem Sondervermögen zuzuweisenden Verbraucheranteils an Bußgeldern gesetzlich entsprechend der Mindestgrenze eines pauschalierten Verbraucheranteils an den Bußgeldern festgelegt wird, wird einschließlich des Abschöpfungsbetrags ein Gesamtzuweisungsbetrag an das Sondervermögen mindestens in Höhe einer mittleren zweistelligen Millionen-summe erreicht. Es scheint insoweit realistisch zu sein, von einer kartellrechtlichen *Zuweisung von mindestens 50 Millionen Euro* auszugehen.

## **H. Vorschlag von Gesetzesänderungen des UWG und GWB**

### **I. Handlungsbedarf und Lösungsweg**

Im Interesse einer Stärkung des Verbraucherschutzes und einer Verbesserung der Arbeit der Verbraucherorganisationen werden als Gegenstände einer Gesetzesänderung des UWG und GWB vorgeschlagen:

- (1) Gesetzliche Zweckbindung der lauterkeitsrechtlichen und kartellrechtlichen Unrechtserlösabschöpfung und eines prozentualen Verbraucheranteils an Kartellbußen.
- (2) Die Errichtung eines Sondervermögens des Bundes aus den rechtswidrig erlangten Erlösen und den verbraucherbezogenen Bußgeldanteilen zum Zwecke einer Finanzierung der Verbraucherarbeit der Verbraucherorganisationen.

### **II. Regelungsgegenstände der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen**

#### **1. Lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG)**

##### **a) Verschuldensunabhängigkeit der Unrechtserlösabschöpfung – Beweislastumkehr als Alternative**

Die Anwendungsvoraussetzung des Vorsatzes in § 10 Abs. 1 S. 1 UWG ist zu streichen. Die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse ist verschuldensunabhängig gerechtfertigt.

Wenn eine verschuldensunabhängige Unrechtserlösabschöpfung aus rechtspolitischen Gründen nicht gerechtfertigt erscheint, dann sollte als Alternative die Anwendungsvoraussetzung des Verschuldens in Form des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit mit der Regelung einer Beweislastumkehr verbunden werden. Folge ist, dass bei Vorliegen eines objektiven Lauterkeitsrechtsverstoßes dem Unternehmer der Nachweis obliegt, dass ihn an dem Gesetzesverstoß kein Verschulden und zwar weder grobe Fahrlässigkeit noch leichte Fahrlässigkeit trifft.

#### **b) Begriff des Unrechtserlöses oder des rechtswidrig erlangten Erlöses**

Innerhalb der Abschöpfungsregime des UWG und GWB sollte von einem einheitlichen Erlösbegriff ausgegangen werden. Da auf eine objektive Lauterkeitsrechtswidrigkeit oder Kartellrechtswidrigkeit (objektive Pflichtverletzung) abzustellen ist, ist der Begriff eines Unrechtserlöses oder alternativ eines rechtswidrig erlangten Erlöses einheitlich im UWG und GWB zu verwenden.

#### **c) Streichung der Anwendungsvoraussetzung „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“**

Das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“, das im Gesetzgebungsverfahren zur Umschreibung der Streuschäden verwendet wurde, ist zu streichen, da die Streudelikte nur ein Anwendungsfall der Gewinnabschöpfung durch kollektiven Rechtsschutz sind, die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse aber unabhängig vom Vorliegen eines konkreten Schadens der Verbraucher gerechtfertigt ist.

#### **d) Erlösschätzung nach § 287 ZPO**

Die Anwendung des § 287 ZPO auf den lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG ist zwar anerkannt, in der Vorschrift des § 10 UWG allerdings nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Zur Klarstellung, dass die Ermittlung des rechtswidrig erlangten Erlöses nach den Rechtsgrundsätzen einer Schätzung nach § 287 ZPO ermittelt werden kann, ist eine ausdrückliche Regelung vorzusehen.

#### **e) Zweckgebundene Zuweisung des abgeschöpften Unrechtserlöses an ein Sondervermögen des Bundes**

Die im geltenden Recht vorgesehene Herausgabe des abgeschöpften Gewinns an den Bundeshaushalt ist zu streichen. Die abgeschöpften Unrechtsgewinne sind zweckgebunden einem zu errichtenden Sondervermögen des Bundes zuzuweisen.

#### **f) Errichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens des Bundes**

Es ist ein zweckgebundenes Sondervermögen des Bundes gesetzlich zu errichten. Die abgeschöpften Unrechtsgewinne werden dem Sondervermögen zweckgebunden zugewiesen.

### **g) Rechtsverordnungsermächtigung**

Die Organisation und Verwaltung des zweckgebundenen Sondervermögens sollte durch Rechtsverordnung geregelt werden. Dazu bedarf es einer gesetzlichen Rechtsgrundlage im Zusammenhang mit der Abschöpfungsregelung.

## **2. Kartellrechtliche Vorteilsabschöpfung durch Verbände (§ 34a GWB)**

### **a) Anpassung des § 34a GWB an § 10 UWG-E**

Die zivilrechtliche Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a GWB ist als die kartellrechtliche Parallelregelung zu der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG an die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen des § 10 UWG-E anzupassen.

### **b) Aktivlegitimation der Verbraucherverbände**

Die bei der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a GWB bestehende Einschränkung der Aktivlegitimation auf die rechtsfähigen Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen nach den §§ 33 Abs. 2 iVm 34a Abs. 1 GWB ist auf die Aktivlegitimation der qualifizierten Einrichtungen im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 3 UWG und damit auf die Verbraucherorganisationen auszudehnen. Diese Gesetzesänderung ist im Referentenentwurf des BMWi zu einem Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehen.

## **3. Verwaltungsrechtliche Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 GWB**

Die verwaltungsrechtliche Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 GWB ist an die Gesetzesänderungen der zivilrechtlichen Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a GWB-E entsprechend den Gesetzesänderungen der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG-E anzupassen.

## **4. Kartellbußen**

Die Verbraucheranteile an Kartellbußen sind zweckgebunden einem zu errichtenden Sondervermögen des Bundes zuzuweisen.

Unter einem Verbraucheranteil an Kartellbußen ist einerseits (1) der nach den §§ 81 Abs. 5 GWB iVm 17 Abs. 4 OWiG als wirtschaftlicher Vorteil abgeschöpfte Betrag und andererseits (2) ein allgemeiner Quotenanteil an den kartellrechtlichen Geldbußen zu verstehen.

Der Verbraucheranteil an den Kartellbußen sollte der Höhe nach pauschaliert und ein bestimmter Prozentsatz gesetzlich bestimmt werden.

Dieser Verbraucheranteil an den Bußgeldern ist nicht der Bundeskasse, sondern zweckgebunden dem zu errichtenden Sondervermögen des Bundes zuzuweisen. Die Vorschrift des § 82a Abs. 2 S. 2 GWB, der die Zuweisung der Geldbußen und der Geldbeträge, deren Verfall angeordnet wurde, an die Bundeskasse regelt, ist insoweit zu ergänzen.

### III. Wortlaut der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen

#### 1. Abschöpfungsregelung

##### § 10 UWG-E                    **Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse** [alternativ: Unrechtserlösabschöpfung]

Alternative 1: Verschuldensunabhängige Abschöpfungsregelung

##### **Absatz 1 Satz 1**

**Wer eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch einen rechtswidrigen Erlös [alternativ: Unrechtserlös] erlangt, kann von den gemäß § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses Erlöses an das Sondervermögen des Bundes (§ x UWG-E/GWB-E) in Anspruch genommen werden.**

Alternative 2: Verschuldensabhängige Abschöpfungsregelung mit Beweislastumkehr

##### **Absatz 1 Satz 1**

**Wer eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch einen rechtswidrigen Erlös [alternativ: Unrechtserlös] erlangt, kann von den gemäß § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses Erlöses an das Sondervermögen des Bundes (§ x UWG-E/GWB-E) in Anspruch genommen werden, es sei denn, dass er die unzulässige geschäftliche Handlung nicht zu vertreten (§ 276 BGB) hat.**

##### **Absatz 1 Satz 2**

**Der [alternativ: Die Höhe des] rechtswidrig erlangte[n] Erlös[es] [alternativ: Unrechtserlös] kann geschätzt werden (§ 287 ZPO).**

**Absatz 1 Satz 3**

**Die an das Sondervermögen des Bundes (§ x UWG-E/GWB-E) herauszugebenden Erlöse sind zweckgebunden zur Finanzierung der Verbraucherarbeit der Verbraucherorganisationen zu verwenden.**

Anpassung des § 10 Abs. 2 bis 4 UWG (Folgeänderungen):

Die Regelungen des § 10 Abs. 2 bis 4 UWG sind an die Regelungen des § 10 Abs. 1 S. 1 bis 3 UWG-E redaktionell anzupassen.

Anpassung der §§ 34a und 34 GWB an § 10 UWG-E (Folgeänderungen):

Die zivilrechtliche Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a GWB und die verwaltungsrechtliche Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde nach § 34 GWB sind an die Gesetzesänderungen der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG-E anzupassen.

## **2. Verbraucheranteil an Kartellgeldbußen**

### **§ 82 Absatz 2 Satz 3 GWB-E**

**Die Verbraucheranteile an den Geldbußen in Höhe von x Prozent sind zweckgebunden zur Finanzierung der Verbraucherschutzarbeit der Verbraucherorganisationen an das Sondervermögen des Bundes (§ x UWG-E/GWB-E) zuzuweisen.**

## **3. Errichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens des Bundes**

Die gesetzliche Rechtsgrundlage zur Errichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens des Bundes kann sowohl im UWG als auch im GWB und sowohl in einer eigenen Vorschrift (§ 10a UWG-E oder § 82b GWB-E) oder als ein Absatz der Abschöpfungsregelung (§ 10 Abs. x UWG-E oder § 82a Abs. 3 GWB-E) normiert werden.

### **§ x UWG-E/GWB-E      Sondervermögen des Bundes**

#### **Absatz 1            (Errichtung eines zweckgebundenen Sondervermögens)**

**Die Bundesregierung errichtet ein zweckgebundenes Sondervermögen zur Verwaltung und zweckentsprechenden Verwendung der nach den §§ 10 UWG-E, 34a und 34 GWB-E abgeschöpften und an das Sondervermögen herausgegebenen Erlöse und den nach § 82 Absatz 2 Satz 2 GWB-E an das Sondervermögen zuzuweisenden Verbraucheranteilen an den Geldbußen.**

**Absatz 2 (Rechtsverordnungsermächtigung Organisationsstatut)**

**Das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung die näheren Bestimmungen für das Organisationsstatut zur Verwaltung und zweckentsprechenden Verwendung des Sondervermögens des Bundes zu treffen.**

---

## Fußnoten

<sup>i</sup> In der Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 11. Juni 2004 heißt es: „Eine erhebliche Verbesserung des Verbraucherschutzes stellt der neu eingeführte Gewinnabschöpfungsanspruch dar.“

<sup>ii</sup> Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 22. August 2003 (BT-Drucks. 15/1487, S. 12, 23).

<sup>iii</sup> Einen allgemeinen Gewinnabschöpfungsanspruch im Lauterkeitsrecht, dessen Anwendungsvoraussetzung ein UWG-Gesetzesverstoß ist, habe ich erstmals schon in meiner „Rechtsgutachterlichen Stellungnahme zu der Frage, ob die Normierung eines wettbewerbsrechtlichen Vertragsauflösungsrechts wegen Vorliegens verbraucherschützender Regelungslücken und Durchsetzungsdefiziten bei bestimmten Fallkonstellationen unlauteren Wettbewerbs geboten ist“, erstellt im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv) vom 29. November 2002 erhoben; siehe dazu *Fezer*, Das wettbewerbsrechtliche Vertragsauflösungsrecht in der UWG-Reform, WRP 2003, 127 ff. In dem im Auftrag des Bundesministeriums für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft erstellten Gutachten vom Juli 2002 „Unrechtsgewinnabschöpfung – Möglichkeiten und Perspektiven eines kollektiven Schadensersatzanspruchs im UWG“ wird der Anwendungsbereich der Unrechtsgewinnabschöpfung in Anlehnung an das vorausgegangene, im Auftrag der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. erstellte Gutachten zum kollektiven Rechtsschutz („Verbandsklagen auf Schadensersatz bzw. Gewinnabschöpfung“) vom Januar 2002 auf die Problematik von Bagatell- und Streuschäden beschränkt. Die Tatsache, dass im Gesetzgebungsverfahren die Problematik der Streudelikte im Mittelpunkt stand, bedeutet keine gesetzliche Einschränkung des Anwendungsbereichs des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs.

<sup>iv</sup> Siehe zur Rechtsnatur des Anspruchs auf Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse unten im Text F III 6.

<sup>v</sup> Siehe zu einem verbraucherschützenden Sanktionenrecht als Folge lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes und zum rechtspolitischen Postulat eines Kanons an Verbraucherrechten im Sanktionenrecht *Fezer*, in: *Fezer* (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG, Band I, 2. Auflage, 2010, Einleitung E, Rn 39 ff., 378 ff.

<sup>vi</sup> Die schon innerhalb der Reformdiskussion erhobene Prophezeiung, bei der Neuregelung des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruchs handle es sich wegen dessen konkreter Ausgestaltung der Anspruchsvoraussetzungen um einen „Papiertiger“, bewahrheitete sich („Schöner bunter Papiertiger“, so *Stadler/Micklitz*, Der Reformvorschlag der UWG-Novelle für eine Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung, WRP 2003, 559, 562).

<sup>vii</sup> Siehe zur Kritik an der gesetzestechnischen Umsetzung des Art. 5 UGP-RL als Unzulässigkeitsnorm *Fezer*, in: *Fezer* (Fn 5), § 3 UWG, Rn 54 ff.

<sup>viii</sup> Siehe zu den Reformvorschlägen und der Arbeitsweise der bei dem Bundesministerium der Justiz im Jahre 2001 eingesetzten Arbeitsgruppe Unlauterer Wettbewerb und zur Entstehungsgeschichte des Entwurfs zum UWG 2004 *Fezer*, in: *Fezer* (Fn 5), Einleitung E, Rn 52 ff.

<sup>ix</sup> Siehe zu diesem aus Sicht einer Stärkung des Verbraucherschutzes ineffizienten Vorschlag des § 9 Abs. 2 S. 1 UWG *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*, WRP 2002, 1317 ff.; zu solcher Restriktion des Anwendungsbereichs auch *Leistner/Porthmann*, WRP 2003, 815, 830; *Sosnitza*, GRUR 2003, 739, 746; zu einem umfassenden Gewinnabschöpfungsanspruch (Mehrerlösabschöpfung) bei unlauterem Wettbewerb ohne individuelle Schadensfolgen der Verbraucher innerhalb eines verbraucherschützenden Sanktionenrechts siehe schon *Fezer*, WRP 2003, 127, 128.

<sup>x</sup> Siehe dazu oben im Text B I 1.

<sup>xi</sup> Siehe dazu die ausführliche Darstellung bei *v. Braunmühl*, in: *Fezer* (Fn 5), § 10 UWG, Rn 54 ff.; siehe dazu auch *Micklitz*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 2, 2006, § 10 UWG, Rn 53 ff.; *Köhler*, in: Köh-

---

ler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 30. Auflage, 2012, § 10 UWG, Rn 1; *Goldmann*, in: Har- te-Bavendamm/Henning-Bodewig, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Auflage, 2009, Kommen- tar, § 10 UWG, Rn 2; *Piper/Ohly/Sosnitza*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Auflage, 2010, Kommen- tar, § 10 UWG, Rn 2; *Koch*, in: Ullmann, jurisPK-UWG, § 10 UWG, Rn 1 ff.; aus der Sicht des Wettbewerbsverfah- rensrechts *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Auflage, 2011, 37. Kap., Rn 2; *Loewen- heim*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 5. Auflage, 2005, Kap. 74, Rn 1; siehe zu einer Darstellung zu den histo- rischen und wirtschaftlichen Hintergründen einer Einführung des lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsan- spruchs *Neuberger*, Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich, 2006, S. 7 ff., 20 ff.

<sup>xii</sup> Siehe zur *rechtspolitischen Diskussion* um den kollektiven Schadensersatzanspruch in den 1970er und 1980er Jahren ausführlich die Darstellung von *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung – Möglichkeiten und Perspek- tiven eines kollektiven Schadensersatzanspruches im UWG, 2003, S. 14 ff.; zur Mehrerlösabschöpfung *Grauel/Luhrenberg*, WRP 1980, 521 ff.; zur *Rechtslage im Ausland* siehe den Überblick bei v. *Braunmühl*, in: Fezer (Fn 5), § 10 UWG, Rn 43 ff.; zum *europäischen Ausland* *Wimmer-Leonhardt*, UWG-Reform und Gewinnabschöp- fungsanspruch oder „Die Wiederkehr der Drachen“, GRUR 2004, 12, 14 f.

Siehe grundsätzlich zum kollektiven Rechtsschutz das Arbeitsdokument der Europäischen Kommission, Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz, vom 4. Februar 2011, SEK(2011) 173 endg.; siehe dazu die Stellungnahme der Bundesregierung vom 25. Mai 2011 und die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages, BT-Drucks. 17/5956 vom 25. Mai 2011, S. 9, Nr. 26: „Bevor neue In- strumente geschaffen werden, müssen daher bestehende, in den nationalen Rechtsordnungen bereits implemen- tierte Ansätze ausgebaut und gestärkt werden.“; Nr. 28: „Alle Ansätze, die Schadensersatz einen darüberhinausge- henden Strafcharakter zumessen (punitive damages), lehnt der Deutsche Bundestag daher strikt ab.“; zu Gruppen- klagen, Verbandsmusterklagen und der Verbandsklagebefugnis im Zivilprozessrecht siehe *Brönneke* (Hrsg.), Kol- lektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht, 2001; zu den Formen kollektiven Rechtsschutzes siehe *Stadler*, Muster- verbandsklagen nach künftigem deutschem Recht, in: FS für Schuhmann, 2001, S. 465 ff.; grundsätzlich zur Theo- rie der Verbandsklage *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, 2006; *Keßler*, Schadensersatz und Verbandsklage- rechte im Deutschen und Europäischen Kartellrecht, 2009, S. 11 ff.; *Saam*, Kollektive Rechtsbehelfe zur Durchset- zung von Schadensersatzansprüchen im europäischen Wettbewerbs- und Verbraucherrecht – Eine systematische Untersuchung der aktuellen Vorhaben der EU-Kommission und ihrer möglichen Kompetenzgrundlagen, 2011, S. 25 ff.

<sup>xiii</sup> *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung (Fn 11), S. 25 ff., 82 ff.

<sup>xiv</sup> Siehe dazu *Fezer* (Fn 3); siehe dazu die Stellungnahme für den Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv) vom 29. November 2002.

<sup>xv</sup> Siehe zur Unterscheidung zwischen Streuschäden und Massenschäden *Wagner*, Neue Perspektiven im Scha- densersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, in: Verhandlungen des 66. Deut- schen Juristentages, Band I, Gutachten, Teil A, 2006, S. A 106, A 119 ff.

<sup>xvi</sup> Siehe zu dem rechtspolitischen Postulat eines verbraucherschützenden Sanktionenrechts im Lichte der UGP-RL *Fezer*, in: *Fezer* (Fn 5), Einleitung E, Rn 383 ff.

<sup>xvii</sup> Siehe zu einem Dualismus der Lauterkeitsrechtsordnungen im Sinne eines verbraucherbezogenen und eines mitbewerberbezogenen Lauterkeitsrechts *Fezer*, in: *Fezer* (Fn 5), § 3 UWG, Rn 2 ff.; *Fezer*, Der Dualismus der Lauterkeitsrechtsordnungen des b2c-Geschäftsverkehrs und des b2b-Geschäftsverkehrs im UWG, WRP 2009, 1163 ff.

<sup>xviii</sup> *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*, Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform, WRP 2002, 1317 ff.

<sup>xix</sup> Referentenentwurf zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, vom 23. Januar 2003, GRUR 2003, 298.

---

<sup>xx</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)“, BT-Drucks. 15/1487 vom 22. August 2003 (Regierungsentwurf vom 7. Mai 2003).

<sup>xxi</sup> Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/1487, Anlage 2, S. 29, 34 ff.

<sup>xxii</sup> Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 15/1487, S. 29, 35.

<sup>xxiii</sup> Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/1487, Anlage 3, S. 40, 43.

<sup>xxiv</sup> Begründung zur Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 15/2795, S. 45.

<sup>xxv</sup> Siehe dazu die Darstellung unten im Text unter D.

<sup>xxvi</sup> Siehe dazu die Übersichten bei v. *Braunmühl*, in: Fezer (Fn. 5), § 10 UWG, Rn 17 ff.; kurze Übersicht bei *Wimmer-Leonhardt*, GRUR 2004, 12, 14 f.

<sup>xxvii</sup> Eine kommentierte Auswertung einer umfassenden Literaturrecherche zur Effektivität einzelner kollektiver Rechtsschutzinstrumente, zur Effektivität des kollektiven Rechtsschutzes insgesamt sowie zu Verbesserungsvorschlägen und zur Rechtspolitik und insoweit auch zum lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG enthält der im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft, Verbraucherschutz erstellte Abschlussbericht von *Meller-Hannich/Höland* zur „Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente für Verbraucher im nationalen Recht und rechtliche Bewertung ausgewählter Ansätze zu ihrer Fortentwicklung“ (Aktenzeichen: 514-06.01-2809HS011) aus dem Jahre 2010. In dem Evaluierungsgutachten (Seite 28) wird die im wissenschaftlichen Schrifttum vertretene Auffassung dahin zusammengefasst, die Bedeutung des Abschöpfungsanspruchs werde für die Praxis derzeit als gering eingeschätzt. Das Gutachten macht sich die Bewertung zu eigen, § 10 UWG sei ein „Gespenst, welches keinen Schrecken mehr zu verbreiten vermag“. Das Resümee des Gutachtens geht dahin, der Gewinnabschöpfungsanspruch stelle sich insgesamt in seiner jetzigen Form als ineffektiv dar (Seite 33).

In einer ersten Entscheidungsanalyse für den Zeitraum von zwei Jahren nach Inkrafttreten des UWG 2004 wurde die erstinstanzliche Rechtsprechung vorsichtig noch als ein positives erstes Signal bewertet; so *van Raay*, Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – Erste Schritte, VuR 2007, 47 ff. Die nachfolgenden Analysen und Stellungnahmen gelangen nahezu einhellig zu einem vernichtenden Urteil über die Praxisrelevanz der konkreten Regelung der lauterkeitsrechtlichen Gewinnabschöpfung. Die Hoffnung, mit einem Leitfaden für eine effektive Anwendung in der Praxis, könne ein Effizienzgewinn erreicht werden, wurde nur vereinzelt gehegt und erwies sich als Illusion; siehe dazu *Gärtner*, Der Gewinnabschöpfungsanspruch gemäß § 10 UWG – Leitfaden für eine effektive Anwendung in der Praxis, GRUR Int. 2008, 817 ff.; siehe schon *Gärtner*, Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG, 2006, S. 179, der gleichwohl resignierend einräumt, nach der geltenden Rechtslage sei eine effektive Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs nicht realisierbar. Deutliche Kritik übt *Beuchler*, Das „Schreckgespenst“ § 10 UWG: mehr Gespenst als Schrecken, WRP 2006, 1288 ff.; in diesem Sinne auch *Sieme*, Die Auslegung des Begriffs „zu Lasten“ in § 10 UWG und § 34a GWB, WRP 2009, 914 ff.; dazu auch *Sieme*, Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG und die Vorteilsabschöpfung gem. §§ 34, 34a GWB, 2009.

In seiner rechtswissenschaftlichen Analyse (*Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, 2010), nach der der Gewinnabschöpfungsanspruch aus § 10 Abs. 1 UWG als eigenständige und gleichberechtigte privatrechtliche Sanktion neben den sonstigen Ansprüchen des UWG steht, wird die Bedeutung der Gewinnabschöpfung in der Praxis als derzeit eher gering eingeschätzt; die instanzgerichtlichen Urteile zeigten, dass die Praxis beim Umgang mit § 10 UWG zu große Zurückhaltung übe (unter Berufung auf *Beuchler*, WRP 2006, 1288, 1292 f.). Der Beurteilung von *Alexander* ist gleichwohl zu widersprechen. Zwar ist die Bemerkung zutreffend, die im Vorfeld der UWG-Reform geäußerten Befürchtungen, es komme zu völlig unnötigen Gerichtsverfahren (siehe dazu nur *Sack*, Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der geplanten UWG-Novelle, WRP 2003, 549 ff.; siehe zu diesem Aspekt in der frühen Diskussion der 1980er Jahre *Grauel/Luhrenberg*, Mehrerlösabschöpfung im UWG?, WRP 1980, 521 ff. nach denen die Effektivität des Rechtsschutzes bei Einführung einer Mehrerlösabschöpfung leide, weil der außergerichtlichen Streiterledigung eine Präjudizwirkung für künftige Abschöpfung zukomme und deshalb eine vermehrte Inanspruchnahme der Gerichte zu besorgen sei), hätten sich als völlig verfehlt

erwiesen, da keine Klagenflut eingetreten und nicht zu erwarten sei, dass Unternehmen künftig in „harmlosen Fällen“ eine Gewinnabschöpfung fürchten müssten. Die Rechtsanalyse von *Alexander* geht allerdings nicht dahin, eine Effizienzsteigerung des konkreten Abschöpfungsregimes zu erreichen, sondern vermittelt eher den Eindruck, die rechtspolitischen Bedenken von Handel und Industrie aus den Zeiten der Gesetzgebungsgeschichte zu beruhigen. Seine Annahme, es würden immerhin einige Urteile durchaus Anlass zu vorsichtigem Optimismus geben, dass es möglich sein könne, einen Gewinnabschöpfungsanspruch erfolgreich geltend zu machen, ist mitnichten belegt und dient allein der Abwehr einer Gesetzesänderung zur effektiven Rechtsgestaltung einer Unrechtserlösabschöpfung. Im Jahre 2010 ist die Aussage kaum verständlich, die bislang vorliegenden Erfahrungen würden Anlass geben, zunächst weitere praktische Erfahrungen abzuwarten. Eine Reform der Abschöpfungsansprüche sei dagegen zum jetzigen Zeitpunkt verfehlt, zumal sich insbesondere die Kernproblematik des Vorsatzes möglicherweise schon de lege lata befriedigend lösen lasse (Seite 515).

Zu den nicht berechtigten Bedenken einer Verfassungsmäßigkeit des Gewinnabschöpfungsanspruchs siehe *Wimmer-Leonhardt*, UWG-Reform und Gewinnabschöpfungsanspruch oder „Die Wiederkehr der Drachen“, GRUR 2004, 12 ff.

In dem Abschlussbericht des Forschungsvorhabens zu Finanzierungsmodellen für die Verbraucherarbeit in Deutschland wird an ausgewählten Verbraucherorganisationen und Verbraucherinstitutionen im europäischen Ausland untersucht, wie das Ziel einer Sicherstellung einer unabhängigen Verbraucherarbeit gewährleistet werden kann; *Becker*, Finanzierungsmodelle für die Verbraucherarbeit in Deutschland, 2009, S. 1 ff.

<sup>xxviii</sup> *Verbraucherzentrale Bundesverband*, Recht durchsetzen – Verbraucher stärken, Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Klageinstrumente, S. 18 f.

<sup>xxix</sup> LG Bonn, Urteil vom 12. Mai 2005, Aktenzeichen 12 O 33/05, GRUR-RR 2006, 111 – Unzutreffendes Testurteil; siehe dazu auch *van Raay*, Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – Erste Schritte, VuR 2007, 47 ff.

<sup>xxx</sup> OLG Stuttgart, Urteil vom 2. November 2006, Aktenzeichen 2 U 58/06, GRUR 2007, 435 – Veralteter Matratzentest; erstinstanzlich LG Heilbronn, Urteil vom 23. Februar 2006, Aktenzeichen 23 O 136/05 KfH, VuR 2007, 73 = BeckRS 2006, 03993; siehe dazu auch *van Raay*, Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – Erste Schritte, VuR 2007, 47 ff.; siehe dazu *Beuchler*, Das „Schreckgespenst“ § 10 UWG: mehr Gespenst als Schrecken, WRP 2006, 1288, 1290; siehe dazu auch *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, 2010, S. 507 ff.

<sup>xxxi</sup> LG Berlin, Urteil vom 25. September 2007, Aktenzeichen 16 O 115/06, CR 2008, 192 mit Anmerkung *Klees*.

<sup>xxxii</sup> Unter Berufung auf *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht, 25. Auflage, 2007, § 10 UWG, Rn 6.

<sup>xxxiii</sup> Unter Hinweis auf *v. Braunmühl*, in: Fezer (Fn 5), § 10 UWG, Rn 176.

<sup>xxxiv</sup> OLG Hamm, Urteil vom 14. Februar 2008, Aktenzeichen 4 U 135/07, GRUR-RR 2008, 435 – Zulassung in EU-Mitgliedstaat; siehe auch OLG Hamm, Urteil vom 7. Dezember 2004, Aktenzeichen 4 U 101/04 und LG Essen, Urteil vom 20. Juli 2007, Aktenzeichen 45 O 4/07; siehe dazu *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, 2010, S. 510 f.

<sup>xxxv</sup> Unter Ablehnung der weitergehenden Auffassung von *v. Braunmühl*, in: Fezer (Fn 5), § 10 UWG, Rn 176, nach dem es hinsichtlich der Wertung der Unlauterkeit auf ein Erkennenmüssen innerhalb der Parallelwertung in der Laiensphäre ankommt.

<sup>xxxvi</sup> OLG Naumburg, Urteil vom 27. Juni 2008, Aktenzeichen 10 U 77/07 (Hs) – CONVENT.

<sup>xxxvii</sup> OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 4. Dezember 2008, Aktenzeichen 6 U 187/07, CR 2009, 253 – Internet-Abodienste = K&R 2009, 197; vorgehend LG Frankfurt, Urteil vom 5. September 2007, Aktenzeichen 3/8 O 35/07 und nachgehend BGH, Urteil vom 25. März 2010, Aktenzeichen I ZR 11/09 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen); Parallelentscheidung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 4. Dezember 2008, Aktenzeichen 6 U 186/07, GRUR-RR 2009, 265 – Internet-Abodienste; siehe dazu *Sieme*, Die Auslegung des Begriffs „zu Lasten“ in § 10

---

UWG und § 34a GWB, WRP 2009, 914, 915; *Seichter*, jurisPR-WettbR 6/2009, Anmerkung 5.

<sup>xxxviii</sup> OLG München, Urteil vom 15. April 2010, Aktenzeichen 6 U 4400/08 – O<sub>2</sub>; siehe zur Höhe einer möglichen Unrechtserlösabschöpfung in diesem Fall die Darstellung unten im Text G II 3 b.

<sup>xxxix</sup> EuGH, Urteil vom 14. September 2004, Aktenzeichen C-19/03, Slg 2004, I-8183 – O<sub>2</sub>.

<sup>xl</sup> OLG Frankfurt, Urteil vom 25. Mai 2010, Aktenzeichen 6 U 33/09 – „heute gratis!“

<sup>xli</sup> Siehe dazu die Darstellungen von *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage, 2011, § 34a GWB, Rn 1 ff.; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Auflage, 2007, § 34a GWB, Rn 1 ff.; *Lübbig*, in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 2, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 2008, § 34a GWB, Rn 1 ff.; *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Kommentar, 2. Auflage, 2009, § 34a GWB, Rn 1 ff.; *Bechtold*, Kartellgesetz, Kommentar, 6. Auflage, 2010, § 34a GWB, Rn 1 ff.

<sup>xlii</sup> *Bornkamm*, in: Langen/Bunte (Fn 41), § 34a GWB, Rn 1.

<sup>xliii</sup> Siehe dazu oben im Text C.

<sup>xliv</sup> Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drucks. 15/3640, S. 53.

<sup>xlv</sup> *Bornkamm*, in: Langen/Bunte (Fn 41), § 34a GWB, Rn 7.

<sup>xlvi</sup> Siehe zur Rechtserheblichkeit des unterschiedlichen Gesetzeswortlauts *Bornkamm*, in: Langen/Bunte (Fn 41), § 34a GWB, Rn 7 f.; *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn 41), § 34a GWB, Rn 2; siehe dazu oben im Text D I 2 c aa.

<sup>xlvii</sup> *Bechtold* (Fn 41), § 34a GWB, Rn 4.

<sup>xlviii</sup> Siehe Fn 19.

<sup>xlix</sup> Siehe Fn 20, S. 24.

<sup>l</sup> BT-Drucks. 15/1487, S. 34.

<sup>li</sup> BT-Drucks. 15/1487, S. 43.

<sup>lii</sup> Siehe zu diesem Vorschlag *Fezer*, WRP 2003, 127, 128.

<sup>liii</sup> So zutreffend v. *Braunmühl*, in: *Fezer* (Fn 5), § 10 UWG, Rn 189.

<sup>liv</sup> So *Alexander* (Fn 34), S. 590.

<sup>lv</sup> Siehe dazu oben im Text C III.

<sup>lvi</sup> Siehe dazu die Darstellung zum Politikum der Vorteilsabschöpfung als Verschuldenshaftung unten im Text D II 3.

<sup>lvii</sup> Siehe dazu unten im Text D II.

<sup>lviii</sup> Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drucks. 15/3640, S. 55; kritisch zur Wortwahl der Subsidiarität *Bornkamm*, in: Langen/Bunte (Fn 41), § 34 GWB, Rn 11.

<sup>lix</sup> Siehe dazu *Kühnen*, Mehrerlös und Vorteilsabschöpfung nach der 7. GWB-Novelle, WuW 2010, 16 ff., der dar-

---

stellt, dass eine Vorteilsabschöpfung zwar grundsätzlich stattzufinden habe, es aber im Ermessen der Kartellbehörde stehe, ob sie die Abschöpfung mit der Geldbuße oder in einem gesonderten Verwaltungsverfahren nach § 34 GWB vornehme.

<sup>lx</sup> *Bornkamm*, in: Langen/Bunte (Fn 41), § 34 GWB, Rn 7.

<sup>lxi</sup> Siehe zur Rechtsnatur des Anspruchs auf Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse unten im Text F III 6.

<sup>lxii</sup> Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (nicht veröffentlichter Referentenentwurf vom 17. Dezember 2003; siehe die Referentenbegründung, S. 25, 54 des Umdrucks); zitiert nach *Lübbig*, Münchener Kommentar (Fn 41), § 34 GWB, Rn 2.

<sup>lxiii</sup> Vermerk des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 29. April 2004, Umdruck, S. 2 (nicht veröffentlicht); zitiert nach *Lübbig*, Münchener Kommentar (Fn 41), § 34 GWB, Rn 2.

<sup>lxiv</sup> BT-Drucks. 15/3640 vom 12. August 2004, S. 11.

<sup>lxv</sup> BT-Drucks. 15/3640 vom 12. August 2004, S. 78.

<sup>lxvi</sup> BT-Drucks. 15/3640 vom 12. August 2004, S. 88.

<sup>lxvii</sup> Siehe zur „Courage“-Doktrin des EuGH unten im Text F I 2.

<sup>lxviii</sup> Siehe dazu nur *Bornkamm*, in: Langen/Bunte (Fn 41), § 33 GWB, Rn 21, 36.

<sup>lxix</sup> BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, Aktenzeichen KZR 75/10, WuW/E DE-R 3431 = WRP 2012, 209 ff. – ORWI.

<sup>lxx</sup> BGH, Beschluss vom 25. April 2005, Aktenzeichen KRB 22/04, WuW/E DE-R 1487 ff. = WRP 2005, 1015 – Steuerfreie Mehrerlösabschöpfung.

<sup>lxxi</sup> BT-Drucks. 15/3640 vom 12. August 2004, S. 67.

<sup>lxxii</sup> Siehe zu den Auswirkungen einer reinen Ahndungsgeldbuße und einer die Abschöpfung eines wirtschaftlichen Vorteils einbeziehenden Geldbuße auf die steuerliche Behandlung des Bußgeldes *Bechtold* (Fn 41), § 81 GWB, Rn 45 ff.; zur EU-Geldbuße mit teilweise Abschöpfungscharakter siehe Rn 47.

<sup>lxxiii</sup> Siehe dazu oben im Text C III.

<sup>lxxiv</sup> Siehe dazu ausführlich *Fezer*, in: *Fezer* (Fn 5), Einleitung E, Rn 214 ff.

<sup>lxxv</sup> Siehe zu den primärrechtlichen Regelungsansätzen auf dem Weg zu einem europäischen Lauterkeitsrecht *Fezer*, in: *Fezer* (Fn 5), Einleitung E, S. 80 ff.

<sup>lxxvi</sup> Siehe dazu nur *Riesenkampff*, Vom Wettbewerbsschutz zum Verbraucherschutz?, in: FS für Möschel, 2011, S. 489 ff.; *Keßler* (Fn 12), S. 1 ff.

<sup>lxxvii</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM (2008) 165 endg. vom 2. April 2008, S. 3 (unter 1.1.1.).

<sup>lxxviii</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher, KOM (2008) 794 endg. vom 27. November 2008.

<sup>lxxix</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher vom 8. Oktober 2008, KOM (2008) 614 endg.

<sup>lxxx</sup> EuGH, Urteil vom 10. März 1976, Aktenzeichen C-48/75, Slg. 1976, 497, Rn 75 – Royer; EuGH, Urteil vom 12. September 1996, Aktenzeichen C-58/95, Slg. 1996, I-4345, Rn 14 – Gallotti; EuGH, Urteil vom 4. Juli 2006, Aktenzeichen C-212/04, Slg. 2006, I-6057, NJW 2006, 2465 ff., Rn 93 – Adeneler; siehe zur Wirksamkeitsmaxime im Lauterkeitsrecht *Fezer*, in: Fezer (Fn 5), Einleitung E, Rn 416 ff.

<sup>lxxxi</sup> *Wagner*, Kollektiver Rechtsschutz - Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden, in: Schulze/Casper/Janssen (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, 2009, S. 41; *Zimmer/Logemann*, Der private Rechtsschutz im Kartellrecht – Zum Weißbuch der Kommission über Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, ZEuP 2009, 489; *Alexander*, Gemeinschaftsrechtliche Perspektiven der kollektiven Rechtsdurchsetzung, WRP 2009, 683 ff.; *Keßler*, Private Enforcement – Zur deliktsrechtlichen Aktualisierung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Lichte des Verbraucherschutzes, WRP 2006, 1061 ff.; *Lübbig/le Bell*, Die Reform des Zivilprozesses in Kartellsachen, WRP 2006, 1209 ff.; siehe dazu auch *Basedow*, Perspektiven des Kartelldeliktsrechts, ZWeR 2006, S. 294 ff.; *Pajunk*, Konsumentenschutz im Rahmen privater Kartellrechtsdurchsetzung – Bestandsaufnahme und Entwicklung von Lösungsansätzen zur Gewährleistung subjektiver Befugnisse für mittelbare Kartellopfer unter besonderer Berücksichtigung deutscher und europäischer Initiativen, 2011, S. 1 ff.; *Keßler* (Fn 12), S. 11 ff.; *Brönneke* (Fn 12); *Möschel/Bien* (Hrsg.), Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen, 2010; *Bien*, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht auf neuen Wegen? – Materiellrechtliche Anspruchsbündelung durch Gesamtgläubigerschaft und Drittschadensliquidation, in: FS für Möschel, 2011, S. 131 ff.

<sup>lxxxii</sup> EuGH, Urteil vom 20. September 2001, Aktenzeichen C-453/99, WuW/E EU-R 479 = Slg. 2001, I-6297, Erwägungsgrund 20 – Courage; siehe dazu *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn 41), § 33 GWB, Rn 8 ff.; *Bornkamm*, in: Langen/Bunte (Fn 41), § 33 GWB, Rn 40 ff.; *Saam* (Fn 12), S. 84 ff.; *Glöckner*, Kartellrecht – Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2011, Rn 218 ff.

<sup>lxxxiii</sup> EuGH (Fn 82), Erwägungsgrund 26.

<sup>lxxxiv</sup> EuGH, Urteil vom 17. September 2002, Aktenzeichen C-253/00, Slg. 2002, I-7289 – Munoz.

<sup>lxxxv</sup> EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006, Aktenzeichen C-295/04 bis 298/04, WuW/E EU-R 1107 = Slg. 2006, I-6641 – Manfredi.

<sup>lxxxvi</sup> So zu den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln und zum Wettbewerb in der Gemeinschaft EuGH (Fn 80), Erwägungsgrund 27.

<sup>lxxxvii</sup> BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, Aktenzeichen KZR 75/10, WuW/E DE-R 3431 = WRP 2012, 209 – ORWI; siehe dazu *Lübbig/Mallmann*, Zivilprozessuale Folgen des ORWI-Urteils des BGH zur kartellrechtlichen „Passing-on-Defence“, WRP 2012, 166 ff.; *Dück/Eufinger*, Anspruchsberechtigung mittelbar Betroffener und „passing-on-defence“ im Lichte der BGH-Rechtsprechung zu § 33 GWB, WRP 2011, 1530 ff.

<sup>lxxxviii</sup> BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, Aktenzeichen KZR 75/10, WuW/E DE-R 3431 = WRP 2012, 209 ff., Rn 34 – ORWI.

<sup>lxxxix</sup> Unter Berufung auf das „Manfredi“-Urteil des EuGH.

<sup>xc</sup> BGH, Urteil vom 28. Juni 2011, Aktenzeichen KZR 75/10, WuW/E DE-R 3431 = WRP 2012, 209, Rn 35 – ORWI.

<sup>xci</sup> Siehe dazu *Möschel*, Wettbewerb zwischen Handlungsfreiheiten und Effizienzzielen, in: FS für Mestmäcker, 2006, S. 357 ff.; *Schmidtchen*, Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, WuW 2006, 6 ff.; *Basedow*, Konsumentenwohlfaht und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik?, WuW 2007, 712 ff.; *C. Christian v. Weizsäcker*, Konsumentenwohlfaht und Wettbewerbsfreiheit: Über den tieferen Sinn des „Economic Approach“, WuW 2007, 1078 ff.; *Zimmer*, Der rechtliche Rahmen für die Implementierung moderner ökonomischer Ansätze, WuW 2007, 1198 ff.; *Podszun*, Der „more economic approach“ im Lauterkeitsrecht, WRP 2009, 509 ff.; siehe auch *Wiedemann*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage, 2008, § 2, Rn 3a.

---

<sup>xcii</sup> *Riesenkampff* (Fn 76), S. 489 ff., 496 f., nach dem der more economic approach nicht den Sinn, Zweck und Ziel des Kartellrechts berühre, sondern eine Methode bei dessen Anwendung sei.

<sup>xciii</sup> Siehe dazu oben im Text F I 1 a.

<sup>xciv</sup> Siehe dazu oben im Text F I 2.

<sup>xcv</sup> Siehe zur effektiven Schadensermittlung nach § 287 ZPO im Kartellrecht *Rauh/Zuchandke/Reddemann*, Die Ermittlung der Schadenshöhe im Kartelldeliktsrecht, WRP 2012, 173 ff.

<sup>xcvi</sup> Siehe dazu oben im Text F I und II.

<sup>xcvii</sup> Siehe dazu Weißbuch (Fn 77), S. 3 und Grünbuch (Fn 78), S. 4.

<sup>xcviii</sup> *Möschel*, Behördliche oder private Durchsetzung des Kartellrechts, WuW 2007, 483, 484, der zur Rechtslage vor der 7. GWB-Novelle zwar feststellt, Kartellverstöße hätten schon immer eine Basis für private Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche geboten, deren praktische Bedeutung allerdings gegen Null gegangen sei.

<sup>xcix</sup> Siehe dazu oben im Text C III.

<sup>c</sup> Siehe dazu oben im Text B I 3.

<sup>ci</sup> Siehe zur Rechtsnatur der Anspruchs auf Abschöpfung rechtswidrig erlangter Erlöse unten im Text F II 6.

<sup>cii</sup> Siehe zur Klagebefugnis von privaten Verbrauchern im UWG jüngst *Sack*, Neuere Entwicklungen der Individualklagebefugnis im Wettbewerbsrecht, GRUR 2011, 953, 963 f. (mit umfassenden Nachweisen); ausführliche Darstellung bei *Koos*, in: Fezer (Fn 5), § 9 UWG, Rn 3 ff.; zur Anerkennung eines individuellen Schadensersatzanspruchs sowohl des Verbrauchers als des unmittelbar Verletzten im Sinne der §§ 3 und 8 UWG als auch eines Schadensersatzanspruchs nach § 823 Abs. 2 BGB iVm einem verbraucherschützenden Verbotstatbestand des Lauterkeitsrechts schon *Fezer*, in: Fezer (Fn 5), Einleitung E, Rn 383 ff., insbesondere Fn 406.

<sup>ciii</sup> BGH GRUR 1975, 150, 151 – Prüfzeichen; offengelassen in BGH NJW 1985, 194, 195 – Dachabdeckfolie; zumindest tendenziell in eine neue Richtung verweist BGH GRUR 2009, 980, Rn 9 – E-Mail-Werbung II (zum Unterlassungsanspruch nach den §§ 823 Abs. 1 – Recht am Unternehmen – iVm 1004 BGB); siehe dazu *Sack* (Fn 97), S. 953, 956, 963 f.

<sup>civ</sup> Siehe dazu nur *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Fn 11), § 5 UWG, Rn 1.11 mit der Begründung, die Regelung der lauterkeitsrechtlichen Ansprüche in § 8 UWG sei abschließend unter wenig überzeugendem Hinweis auf die Begründung im Regierungsentwurf zum UWG 2004, allerdings mit der Anerkennung einer Ausdehnung des Schutzzwecks im europäischen Lauterkeitsrecht (Rn 1.12); *Ohly*, in: Piper/Ohly/Sosnitza (Fn 11), Einf D, Rn 62.

<sup>cv</sup> öOGH WRP 1998, 789, 790 – 1. Hauptpreis; siehe dazu *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, 1997, S. 766.

<sup>cvi</sup> Siehe Art. 10 Abs. 1 schweizUWG.

<sup>cvi</sup> Siehe zum Begriff des Verbraucherkollektivschadens und zur Legitimation dessen Abschöpfung im Allgemeininteresse unten im Text F III 6.

<sup>cvi</sup> Siehe dazu ausführlich v. *Braunmühl*, in: Fezer (Fn 5), § 10 UWG, Rn 212 ff.

<sup>cix</sup> BGH, Beschluss vom 24. April 1991, WuW/E BGH 2718, 2719 – Bußgeldbemessung; siehe zum Begriff des Mehrerlöses und den Berechnungsgrundsätzen *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn 41), § 81 GWB, Rn 335 ff., 337 ff.

---

<sup>cx</sup> *Achenbach*, in: Frankfurter Kommentar, GWB, § 81 GWB, Rn 299.

<sup>cx<sup>i</sup></sup> Siehe zur Auslegung der strafrechtlichen Vorschriften *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Auflage, 2010, § 73 StGB, Rn 30 ff. (zur Erstreckung des Verfalls auf Nutzungen und Surrogate nach Abs. 2); § 73a StGB, Rn 1 ff. (zum Verfall des Wertersatzes).

<sup>cx<sup>ii</sup></sup> Zu diesem Einwand wird gerne die Lehre vom *versari in re illicita* zitiert; siehe dazu etwa *Drathjer*, Die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vorteile im Ordnungswidrigkeitenrecht, 1997, S. 86; so wohl auch *Alexander* (Fn 30), S. 597. Der Ursprungstext der Lehre lautet: *Versanti in illicito imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto* (D. 48, 49, 38 § 5). Nach dieser (strafrechtlichen) Regel sollen demjenigen, der sich auf verbotenerm Felde bewegt, alle schlimmen Folgen, die sein Verhalten mit sich bringt, zugerechnet werden.

<sup>cx<sup>iii</sup></sup> Siehe dazu unten im Text F III 5 a.

<sup>cx<sup>iv</sup></sup> v. *Braunmühl*, in: Fezer (Fn 5), § 10 UWG, Rn 217; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm (Fn 11), § 10 UWG, Rn 14; siehe dazu auch *Micklitz*, in: Münchener Kommentar (Fn 11), § 10 UWG, Rn 151. Schon im Referentenentwurf sowie im Gesetzentwurf zum UWG 2004 wird auf die Geltung des § 287 ZPO zur Gewinnschätzung verwiesen; Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 22. August 2003 (BT-Drucks. 15/1487, S. 24).

<sup>cx<sup>v</sup></sup> Siehe zur Problematik des Kausalitätsnachweises auch *Gärtner*, Der Gewinnabschöpfungsanspruch gemäß § 10 UWG – Leitfadens für eine effektive Anwendung in der Praxis, GRUR Int. 2008, 817, 818 f.

<sup>cx<sup>vi</sup></sup> *Bornkamm*, in: Langen/Bunte (Fn 41), § 33 GWB, Rn 134.

<sup>cx<sup>vii</sup></sup> So auch v. *Braunmühl*, in: Fezer (Fn 5), § 10 UWG, Rn 217; *Bornkamm*, in: Langen/Bunte (Fn 41), § 34a GWB, Rn 111.

<sup>cx<sup>viii</sup></sup> Siehe die Darstellung oben im Text D II 3 b.

<sup>cx<sup>ix</sup></sup> So aber *Wagner* (Fn 15), S. A 91.

<sup>cx<sup>x</sup></sup> Siehe allgemein zu den rechtlichen Funktionen subjektivrechtlicher Rechtsgeltung und konkret zu der rezeptiven, ordnungskonstitutiven und freiheitsoptimierenden Funktion der subjektiven Rechte grundsätzlich *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung – Die personale Funktionsweise des subjektiven Privatrechts, 1986, S. 140 ff. (zur Entwicklungsgeschichte), S. 333 ff., 362 ff. (zur pluralen Struktur des Rechtsinstituts eines subjektiven Rechts).

<sup>cx<sup>xi</sup></sup> Siehe dazu oben im Text E.

<sup>cx<sup>xii</sup></sup> *Qualifizierte Einrichtungen* im Sinne 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 vom 11. Juni 1998, S. 51) sind *Verbraucherschutzbehörden* und *Verbraucherschutzorganisationen*. Die Richtlinie über Unterlassungsklagen aus dem Jahre 1998 verpflichtet die Mitgliedstaaten, zur Durchsetzung bestimmter Verbraucherschutz-Richtlinien, die *Klagebefugnis* von Verbraucherschutzorganisationen oder Verbraucherschutzbehörden der Mitgliedstaaten vorzusehen. Die Richtlinie wurde durch das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) und im Lauterkeitsrecht durch § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG umgesetzt.

<sup>cx<sup>xiii</sup></sup> Siehe zu der vorgeschlagenen Gesetzesänderung im Rahmen der 8. GWB-Novelle oben im Text E II und IV.

<sup>cx<sup>xiv</sup></sup> Siehe dazu rechtsvergleichend *Micklitz/Stadler* (Fn 12), S. 109.

<sup>cx<sup>xv</sup></sup> Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 22. August 2003 (BT-Drucks. 15/1487, S. 25).

---

<sup>cxxvi</sup> In dem Forschungsvorhaben zu den Finanzierungsmodellen für die Verbraucherarbeit in Deutschland kommt *Becker* (Fn 28) zu der Empfehlung, eine Stiftung zur Finanzierung der Verbraucherarbeit einzurichten. Eine Vermögensstiftung zur Finanzierung der Verbraucherarbeit wird befürwortet, da nur durch die Erträge eines im Wert zu erhaltenden Vermögensgrundstücks die Unabhängigkeit der Verbraucherorganisationen in ideeller und finanzieller Hinsicht gesichert werden könnten (S. 172 f.).

<sup>cxxvii</sup> Es wird teilweise von der Simulation einer unselbstständigen Stiftung als virtueller Stiftung gesprochen; siehe zur unselbstständigen Stiftung *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2011, Vorbemerkung zu §§ 80 ff., Rn 231 ff.

<sup>cxxviii</sup> Verfahren LG Berlin (siehe dazu die Darstellung oben im Text C II 4).

<sup>cxxix</sup> Verfahren OLG Stuttgart (siehe dazu die Darstellung oben im Text C II 3).

<sup>cxxx</sup> Pressemitteilung der Verbraucherzentrale Hamburg e.V. vom 1. Dezember 2011; siehe zu dem O<sub>2</sub>-Urteil des OLG München die Darstellung oben im Text C II 8.

<sup>cxxxi</sup> Im Ergebnis verblieb der Unrechtsgewinn bei dem Mobilfunkunternehmen O<sub>2</sub>.

<sup>cxxxii</sup> EuGH, Urteil vom 14. September 2004, Aktenzeichen C-19/03, Slg. 2004, I-8183 – O<sub>2</sub>.

<sup>cxxxiii</sup> LG München, Urteil vom 3. Mai 2005, Aktenzeichen 33 O 3385/02.

<sup>cxxxiv</sup> Eine Leitlinie zur Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils ist in Nr. 22 der *Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamts* geregelt (Bekanntmachung Nr. 38/2006 vom 15. September 2006): Neben der Ahndung der Zuwiderhandlung behält sich das Bundeskartellamt vor, im Rahmen des Bußgeldverfahrens oder eines gesonderten Verfahrens (§ 34 GWB) den wirtschaftlichen Vorteil im Sinne des § 17 Abs. 4 OWiG abzuschöpfen. Für Verstöße, die bis zum 30. Juni 2005 beendet wurden, kann gemäß § 34 GWB in der bis zum 30. Juni 2005 geltenden Fassung der wirtschaftliche Vorteil allein im Rahmen des Bußgeldverfahrens abgeschöpft werden. Schöpft das Bundeskartellamt den wirtschaftlichen Vorteil im Rahmen des Bußgeldverfahrens ab, kann die Geldbuße gemäß § 17 Abs. 4 S. 2 OWiG die Kappungsgrenze überschreiten.