

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII
Verzeichnis der zitierten Sekundärrechtsakte	XXXVII

Erster Teil

§ 1. Einleitung	3
§ 2. Ausgangsfragen	47

Zweiter Teil

§ 3. Grundstrukturen und Grundprobleme wettbewerbsdeliktischer Schadensersatzhaftung	115
§ 4. Schadensersatz im Lauterkeitsrecht	176
§ 5. Schadensersatz im Kartellrecht	294

Dritter Teil

§ 6. Grundstrukturen und Grundprobleme der Abschöpfungshaftung	437
§ 7. Gewinnabschöpfung im Lauterkeitsrecht	501
§ 8. Vorteilsabschöpfung im Kartellrecht	578

Vierter Teil

§ 9. Verantwortlichkeit	607
§ 10. Einwendungen und Durchsetzbarkeit	680

Fünfter Teil

§ 11. Wesentliche Ergebnisse und Ausblick	721
---	-----

Anhang

Anhang I – Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG und der Richtlinie 2006/114/EG	734
--	-----

Anhang II – Übersicht auf Abschöpfung gerichteter Sanktionsinstrumente	735
Anhang III – Gegenüberstellung der wichtigsten Merkmale der Abschöpfungsansprüche aus § 10 UWG und § 34a GWB	737
Literaturverzeichnis	739
Bekanntmachungen, Leitlinien, Mitteilungen und weitere Materialien	763
Sachverzeichnis	765

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII
Verzeichnis der zitierten Sekundärrechtsakte	XXXVII
A. Richtlinien	XXXVII
B. Verordnungen	XXXVII

Erster Teil

§ 1. <i>Einleitung</i>	3
A. Untersuchungsgegenstand	3
I. Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche als privat- rechtliche Sanktionen im Wettbewerbsgeschehen	3
II. Erkenntnisinteresse	6
1. Schadensersatz und Abschöpfung als privatrechtliche Sanktionsinstrumente	7
2. Wandlungen und Reformen im Lauterkeits- und Kartellrecht	8
3. Austauschprozesse zwischen allgemeinem und besonderem Privatrecht	8
4. Innovationskraft des Kartell- und Lauterkeitsrechts	10
5. Individuelle und überindividuelle Interessen im Privatrecht	11
III. Zielsetzungen und Gang der Untersuchung	12
IV. Terminologie	13
1. Sanktion und Strafe	13
2. Schutzebene und Sanktionsebene	14
V. Thematische Eingrenzung	15
B. Entwicklungslinien	18
I. Lauterkeitsrecht	18
1. UWG 1896	19
2. UWG 1909	22

a) Lauterkeitsrecht und überindividuelle Interessen im Wettbewerb	23
b) Wirtschaftskrise und Nationalsozialismus	24
c) Kontinuität und Wandel in der Nachkriegszeit	25
3. Liberalisierung und Europäisierung	28
a) UWG-Reform 2004	28
b) UWG-Novelle 2008	29
c) Weitere Rechtsentwicklung	30
II. Kartellrecht	31
1. Herausbildung des Kartellrechts	31
a) Das Kartellproblem	31
b) Die Kartellverordnung von 1923	33
c) Wirtschaftskrise und Nationalsozialismus	34
d) Alliiertes Dekartellierungsrecht	36
e) Der schwierige Weg zum GWB	38
2. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	41
3. Gemeinschaftsrechtlicher Einfluss	41
C. Privatrechtliche Sanktionen und Rechtsmentalität	42
I. Rechtsmentalität und Kartellrecht	43
II. Rechtsmentalität und Lauterkeitsrecht	45
III. Folgerungen	46
§ 2. Ausgangsfragen	47
A. Rechtliche Steuerung im Wettbewerbsgeschehen mit Instrumenten des Privatrechts	47
I. Lauterkeitsrecht und Kartellrecht als Kernelemente wettbewerbsbezogenen Rechts	47
1. Mehrdimensionalität als Charakteristikum des Lauterkeits- und Kartellrechts	48
2. Notwendigkeit einer sanktionsbezogenen Abgrenzung zwischen Lauterkeits- und Kartellrecht	50
II. Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche als Handlungsinstrumente des Privatrechts	52
1. Komplexes Spannungsverhältnis	52
2. Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche als subjektive Rechte des Privatrechts	53
a) Begriff des subjektiven Rechts und funktionsbezogene Differenzierung: Subjektive Rechte als Ordnungs- instrumente und Handlungsinstrumente	53
b) Rolle des Privatrechts beim Schutz wettbewerbsbezogener Interessen	57

aa) Schutz wettbewerbsbezogener Interessen statt Schutz eines subjektiven Rechts	57
bb) Wettbewerblicher Interessenschutz und Sanktionsinstrumente	59
cc) Funktionelle Offenheit des Privatrechts	61
c) Schutz der »Institution Wettbewerb«?	62
3. Funktionalisierung und Instrumentalisierung des Privatrechts	65
III. Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche als Sanktions- instrumente im Wettbewerbsgeschehen	67
1. Grundanforderungen	68
a) Eignung zur Verhaltensbeeinflussung	68
b) Wahrscheinlichkeit der Sanktionsanwendung	70
2. Abstimmung zwischen Schutznormen und Sanktions- normen	70
a) Wechselwirkungen zwischen materiellrechtlicher Ebene und Sanktionsebene	71
b) »Spiegelbildprinzip«	72
c) Kennzeichen einer unzureichenden Abstimmung	73
aa) Sanktionsdefizit	74
bb) Sanktionshypertrophie	74
B. Gemeinschaftsrecht	76
I. Aspekte des gemeinschaftsrechtlichen Einflusses	77
1. Regelungskompetenzen der Gemeinschaft	77
2. Art des gemeinschaftsrechtlichen Einflusses	79
3. Mindest- oder Vollharmonisierung	83
4. Wirkungen der Rechtsangleichung	84
II. Art. 10 EG	86
1. Überblick und rechtliche Einordnung	86
2. Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz	88
a) Grundanforderungen	89
b) Insbesondere: Wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen	91
c) Funktionelle Äquivalenz von Sanktionen	93
III. Begrenzender Einfluss der Grundfreiheiten	94
IV. Überblick über den gemeinschaftsrechtlichen Einfluss hinsichtlich der einzelnen Ansprüche	95
C. Verfassungsrecht	96
I. Ausgangsüberlegungen	96
1. Grundgesetz und Wirtschaftsordnung	96
2. Weiter Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	97
II. Freiheitsgrundrechte	98

III. Verfassungsrechtliches Übermaßverbot	99
1. Abschöpfungsansprüche und Verhältnismäßigkeit	100
a) Überblick	100
b) Insbesondere: Abschöpfungsansprüche als unverhältnismäßige punitive damages?	102
aa) Rechtsprechung des BGH zu punitive damages	102
bb) Keine Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf Abschöpfungsansprüche	104
2. Schadensersatzansprüche und Verhältnismäßigkeit	105
IV. Weitere verfassungsrechtliche Aspekte	106
1. Unzulässige »Privatisierung« des Strafens durch privatrechtliche Haftung?	107
2. Verbot der Doppelbestrafung	110
3. Bestimmtheit und Systemgerechtigkeit	111

Zweiter Teil

§ 3. Grundstrukturen und Grundprobleme wettbewerbsdeliktischer Schadensersatzhaftung	115
A. Überblick	115
I. Terminologie und dogmatische Einordnung	115
II. Haftungsprinzipien	117
1. Verschuldenshaftung	118
2. Weitere Haftungsgründe	119
a) Gefährdungshaftung	120
b) Billigkeitshaftung	121
c) Aufopferungshaftung	121
III. Verletzung wettbewerblicher Verhaltenspflichten	123
IV. Problembereiche wettbewerbsdeliktischer Schadens- ersatzhaftung	125
1. Fehlendes Konzept deliktischer Unternehmenshaftung	125
2. Schadensersatz und überindividuelle Interessen	126
3. Massenschäden, insbesondere Streu- und Bagatellschäden	128
4. Wettbewerb als Prozess stetiger Veränderung	131
B. Haftungszwecke	132
I. Ausgleich	133
II. Funktionspluralität des Haftungsrechts	135
1. Ausgangsüberlegungen	135
2. Prävention	139
a) Problematik	139
b) Präventionsbegünstigende Faktoren	141

aa) Kostenerwägungen als entscheidungserhebliches Motiv	142
bb) Planbarkeit künftiger Handlungen	143
cc) Kollektive Entscheidungsträger	143
dd) Wirtschaftliche »Spürbarkeit« und Schadenstragungssysteme	144
ee) Durchsetzbarkeit und Haftungserwartung	144
c) Folgerungen	144
3. Strafe	145
a) Dogma der funktionellen Trennung von Strafrecht und Privatrecht	146
b) »Strafe« im Privatrecht	149
4. Anreiz	152
III. Verhältnis und Gewichtung der verschiedenen Funktionen . .	154
C. Art und Inhalt des Schadensersatzes	156
I. Schadensrechtliche Grundsätze und schadensrechtliches Ausgleichsprogramm	157
1. Ausgangsüberlegungen	157
2. Grundprinzipien: Vorrang der Naturalherstellung, Totalreparation, »Bereicherungsverbot«	158
II. Restitution	159
1. Eigentliche Naturalherstellung	160
2. Geldersatz gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 BGB	161
III. Kompensation	163
1. Geschützte Interessen im Wettbewerb und kompensationsfähige Nachteile	163
a) Allgemeine Marktchancen	163
b) Besondere Marktchancen in Form privilegierter Wettbewerbspositionen	165
2. Ermittlungsdilemma	166
a) Verstärkte Berücksichtigung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse	167
b) Erfahrungssätze	168
c) Schadenspauschalierung	169
d) Schadensrechtliche Sonderwege und Pragmatik der Rechtsprechung	170
IV. Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden	171
1. Grundsatz	171
2. Ausnahmen	171
a) Gesetzliche Ausnahmen	171
b) Geldentschädigung bei Persönlichkeitsverletzungen als ungeschriebene Ausnahme	173
aa) Voraussetzungen der Geldentschädigung	173

bb) Geldentschädigung als Ausdruck einer »Instrumentalisierung« des Privatrechts in überindividuellem Interesse	174
§ 4. Schadensersatz im Lauterkeitsrecht	176
A. Grundlagen	176
I. Entwicklung	176
II. Stellung und Bedeutung des Schadensersatzanspruchs im lauterkeitsrechtlichen Sanktionssystem	177
1. Rechtlicher und tatsächlicher Stellenwert der privatrechtlichen Sanktionen im Lauterkeitsrecht	177
2. Funktionalisierung des lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzes	179
III. Einfluss des Gemeinschaftsrechts	180
1. Art. 10 EG	180
2. Sekundärrechtliche Vorgaben	181
a) Richtlinien 2005/29/EG und 2006/114/EG	181
aa) Sanktions- und Verfahrensvorschriften	182
bb) Individuelle Schadensersatzansprüche für Verbraucher?	184
b) »Enforcement«-Richtlinie 2004/48/EG	186
IV. Seitenblick nach Österreich	188
B. Struktur des Haftungstatbestands	190
I. Grundanforderungen	190
II. Einzelfragen	192
1. Geschäftliche Handlung	192
2. Unlauterkeit	195
a) Keine subjektiven Elemente der Unlauterkeit	195
b) Fachliche Sorgfalt	196
3. Spürbarkeit	197
a) Funktion der Spürbarkeitsklauseln	197
b) Verschulden als Kriterium der Spürbarkeit?	199
C. Anspruchsberechtigung	200
I. Abgrenzung zu anderen Marktakteuren und Verbänden	200
1. Einrichtungen, Verbände und Kammern	200
2. Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer	201
II. Begriff des Mitbewerbers	203
1. Ausgangsüberlegungen	203
2. Unternehmer	205
a) Definition in § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG	205
b) Unternehmer als Unternehmensinhaber	207

3. Konkretes Wettbewerbsverhältnis	207
a) Funktion des konkreten Wettbewerbsverhältnisses	208
aa) Frühere Rechtslage	208
bb) Heutige Rechtslage	210
b) Gemeinschaftsrecht	211
c) Anforderungen	214
aa) Konkretes Wettbewerbsverhältnis als konkurrenz- typische Gefährdungslage	214
bb) Inhaltliche Präzisierungen	216
(1) Wettbewerblicher Interessenkonflikt zwischen Unternehmen als Beurteilungsmaßstab	216
(2) Problemfälle	220
(a) »Rufausbeutung«	220
(b) Unterschiedliche Waren und Dienstleistungen	221
(c) Mittelbare und potenzielle Konkurrenz	224
d) Mitbewerbergemeinschaft und Förderung eines fremden Unternehmens	225
4. Schutzzweck der verletzten Norm	226
a) Bestimmungen ohne primär individualschützenden Charakter	227
b) Bestimmungen mit primär individualschützendem Charakter	228
c) Problemfälle: Nachahmungsschutz und Schutz vor Verwechslungsgefahren	229
aa) Ergänzender Leistungsschutz	229
bb) Verwechslungsschutz und verwandte Konstellationen	232
D. Anspruchsinhalt	233
I. Naturalherstellung	234
1. (Geschäfts-)Ehrverletzungen	235
2. Abwerben von Mitarbeitern und Kunden	236
a) Abwerben von Mitarbeitern	236
b) Abwerben von Kunden	238
3. Verweigern von Geschäftsbeziehungen	239
4. Sonstige Fälle	240
II. Schadensersatz in Geld	241
1. Ausgangsfragen	241
a) Wettbewerbsunspezifische Schäden	241
b) Wettbewerbsspezifische Schäden	242
2. Schutzzweck der verletzten Norm und lauterkeitsrechtlich geschützte Interessen	242
a) Materielle und immaterielle Schäden	243
b) Weitere schutzzweckbezogene Aspekte	245

3. Ausgebliebene Vermögensmehrung	247
a) Grundsatz	247
b) Einzelfragen	248
aa) Feststellung des Unrechtsgewinns	248
bb) Unrechtsgewinne bei Abhängigkeit von behördlichen Entscheidungen	249
cc) Wechselseitige »Neutralisierung« von Unrechtsgewinnen?	252
4. Dreifache Schadensberechnung	253
a) Anwendungsbereich und sachliche Legitimation	254
b) Dogmatische Einordnung	255
c) Entwicklung und Stand der Rechtsprechung	257
aa) Herausbildung und Entwicklung der dreifachen Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht	258
bb) Rezeption der dreifachen Schadensberechnung in das Lauterkeitsrecht	260
cc) Grundlinien	263
(1) Lizenzanalogie	263
(a) Wertungsgrundlage	263
(b) Berechnungsgrundsätze	263
(c) »Verletzerzuschlag«	264
(d) Verletzerkette	265
(2) Verletzergewinn	265
(a) Wertungsgrundlage	265
(b) Berechnungsgrundsätze	266
(c) Anteilige Gewinnherausgabe	267
(d) Verletzerkette	268
(3) Alternativität und Wahlrecht des Geschädigten	269
d) Auswirkungen der RL 2004/48/EG	270
aa) Von der dreifachen zur zweifachen Schadens- berechnung	271
bb) Art und Weise der Schadensberechnung	273
cc) Folgen für den Anwendungsbereich der dreifachen Schadensberechnung im Lauterkeitsrecht	273
III. Überindividuelle Interessen	275
1. Informationsinteressen	275
a) »Marktverwirrungsschäden«	275
b) Entwirrung der »Marktverwirrung«	277
aa) Fehlvorstellungen des Verkehrs	278
bb) Ansehensminderung und Aufwendungen im überindividuellen Interesse	279

c) Folgefragen	283
aa) Schadensrechtliche Einordnung	283
bb) Umfang und Grenzen der Ersatzfähigkeit von Kosten für Aufklärungsmaßnahmen	285
cc) Parallelität medienrechtlicher und lauterkeitsrechtlicher Wertungen?	288
2. Rechtsverfolgungsinteressen	289
aa) Ausgangspunkt: Aufwendungen zur Abmahnung	290
bb) Vergebliche Abmahnkosten als ersatzfähiger Schaden?	291
§ 5. Schadensersatz im Kartellrecht	294
A. Grundlagen	294
I. Entwicklung	294
II. Stellung und Bedeutung des Schadensersatzanspruchs im kartellrechtlichen Sanktionssystem	299
1. Dichotome Sanktionsstruktur	299
a) Vor- und Nachteile des doppelspurigen Sanktions- systems im Kartellrecht	301
b) Vor- und Nachteile privatrechtlicher und kartell- behördlicher Sanktionen	303
2. Rechtlicher und tatsächlicher Stellenwert der privat- rechtlichen Sanktionen im Kartellrecht	307
3. Funktionalisierung des kartellrechtlichen Schadensersatzes	312
III. Einfluss des Gemeinschaftsrechts	316
1. Judikatur des EuGH	317
a) Gemeinschaftsrechtliche Ausgangspunkte	317
b) Urteil vom 13.4.1994, Rs. C-128/92 – Banks	318
c) Urteil vom 28.2.1991, Rs. C-234/89 – Delimitis und Urteil vom 14.12.2000, Rs. C-344/98 – Masterfoods und HB	319
d) Urteil vom 1.6.1999, Rs. C-126/97 – Eco Swiss	320
e) Urteil vom 20.9.2001, Rs. C-453/99 – Courage und Crehan	321
f) Urteil vom 13.7.2006, Rs. C-295 bis 298/04 – Manfredi	323
2. Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung	325
a) Dogmatische Einordnung	325
b) Konkrete Vorgaben für die Ausgestaltung der kartell- deliktischen Schadensersatzhaftung bei Verstößen gegen das Gemeinschaftskartellrecht	326
aa) Anspruchsgrundlage	327
bb) Haftungsauslösendes Verhalten und Verschulden	328

cc) Anspruchsberechtigung	328
dd) Art und Umfang des ersatzfähigen Schadens	329
ee) Verjährung	330
3. Zielvorstellungen und Handlungsprogramm	
der Kommission	330
a) Grundkonzeption und inhaltliche Leitlinien	331
b) Anvisierte Maßnahmen der Kommission im Überblick	331
aa) Anspruchsberechtigung und gebündelte	
Anspruchsdurchsetzung	331
bb) Informationsbeschaffung	332
cc) Verschulden	333
dd) Schadensfragen	334
ee) Verjährung	334
ff) Anspruchsdurchsetzung	335
gg) Schadensersatz und Kronzeugenprogramm	335
c) Sekundärrechtliche Umsetzung	335
IV. Seitenblick nach Österreich	336
B. Struktur des Haftungstatbestands	339
I. Grundanforderungen	339
1. Tatbestandliche Einbeziehung von Verstößen gegen	
Gemeinschaftskartellrecht	339
2. Keine Beschränkung auf Verletzungen von Schutzgesetzen	
oder Schutzverfügungen	339
II. Abkehr vom Erfordernis eines Schutzgesetzes oder	
einer Schutzverfügung	341
1. Segen und Fluch des Schutzprinzips in § 33 GWB a.F.	341
a) Funktionsunterschiede zwischen § 823 Abs. 2 BGB	
und § 33 GWB a.F.	342
b) Problematische Suche nach dem Schutzgesetzcharakter	
einer Norm	343
c) Fehlende gemeinschaftsautonome Kriterien	345
2. Verstoß gegen die Verfügung einer Kartellbehörde	346
a) Entscheidungen der Kommission	346
b) Bestandskraft der Verfügung	347
III. Funktionelle Abstimmung von privatrechtlichen und	
kartellbehördlichen Sanktionen	348
1. Verletzung von Ordnungsvorschriften	348
2. Spezielle Sanktionsmechanismen und sonstige Befugnisse	
der Kartellbehörde	349
a) Gemeinschaftskartellrecht	349
b) Deutsches Kartellrecht	350

C. Anspruchsberechtigung	351
I. Grundanforderungen	351
1. Betroffenheit	352
2. Kartellrechtsautonomes Begriffsverständnis	354
3. »Jedermann«	356
4. Bedeutung von Schutzzweckerwägungen	357
5. Einzelne Betroffene	359
a) Mitbewerber	359
b) Marktgegenseite	360
c) Sonstige Betroffene	361
II. Normspezifische Wertungskriterien	361
1. Marktbezug und individuelle Betroffenheit	361
a) Beeinträchtigung individueller Interessen	361
b) Betroffenheit als Marktakteur	362
2. Vorrang individueller Entscheidungsbefugnisse	364
3. Wettbewerbs- und wirtschaftspolitische Zwecksetzungen	365
4. Beteiligung an der wettbewerbsbeschränkenden Praktik	367
5. Zielrichtung der Wettbewerbsbeschränkung	370
a) Rechtsprechung	370
aa) Höchsttrichterliche Rechtsprechung	370
bb) Instanzgerichtliche Rechtsprechung	371
(1) Vitaminkartell-Entscheidungen	371
(2) Weitere Entscheidungen	373
b) Kritische Würdigung und Bedeutung der Zielgerichtetheit nach neuem Recht	375
6. Marktvermittelte Fernwirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen	376
a) Ausgangsüberlegungen	377
aa) Übergreifende Wirkungen von Wettbewerbsbeschrän- kungen und daraus resultierende Rechtsprobleme	377
bb) Legitimation eines eingeschränkten Vermögens- schutzes mittelbar Geschädigter im Deliktsrecht	378
cc) Strukturelle Unterschiede zwischen Deliktsrecht und Kartelldeliktsrecht	380
b) Mittelbar Betroffene als sonstige Marktbeteiligte	381
aa) Keine gesetzliche Notwendigkeit zur Differenzierung zwischen unmittelbar und mittelbar Betroffenen	382
bb) Keine Indizwirkung von § 33 Abs. 3 S. 2 GWB	383
cc) Bedenken des Schrifttums gegen eine Einbeziehung mittelbar Betroffener und Stellungnahme	384
(1) Praktikabilität der Rechtsdurchsetzung bei Massenschäden	384
(2) Kein fehlender Zurechnungszusammenhang	386

c) Sonstige Fernwirkungen von Wettbewerbs- beschränkungen	387
7. Keine Subsidiarität kartelldeliktischer Ansprüche	389
III. Zwischenfazit	389
D. Anspruchsinhalt	390
I. Naturalherstellung	390
II. Schadensersatz in Geld	393
1. Ausgangsfragen	393
a) Grundsätze der Schadensermittlung	393
aa) Umfang des Schadensersatzes	393
bb) Differenzhypothese	394
cc) Schadenspauschalierung und Schätzung	395
b) Zeitpunkt des Schadenseintritts	396
2. Schadensrechtliche Sonderregelungen	396
a) Überhöhte Preise und Schadensabwälzung (§ 33 Abs. 3 S. 2 GWB)	396
b) Berücksichtigung des anteiligen Verletzergewinns (§ 33 Abs. 3 S. 3 GWB)	400
aa) Anteiliger Verletzergewinn als zusätzliche Bemessungsgröße im Rahmen der Schadens- ermittlung	400
bb) Berechnung des Verletzergewinns und Reichweite der Schätzungsbefugnis des Gerichts	401
c) Zinsen (§ 33 Abs. 3 S. 4 und 5 GWB)	402
III. Überindividuelle Interessen	403
1. Abwälzung von kartellbedingten Preiserhöhungen auf andere Marktakteure	403
a) Defensive Abwälzungsproblematik	404
aa) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	404
bb) Schadensrechtliche Einordnung	404
(1) Vorteilsausgleichung	405
(2) Bereicherungsverbot	406
(3) Gebot der Schadensminderung	407
cc) Potenzierung der Schadensersatzhaftung?	408
dd) Stellungnahme	410
(1) De lege lata: Unbeachtlichkeit des Abwälzungseinwands zur Verwirklichung der Anreizfunktion der Schadens- ersatzhaftung	410
(2) De lege ferenda: Innenausgleich zwischen den Geschädigten unterschiedlicher Absatzstufen sowie Konzentration von Schadensersatzklagen	412
b) Offensive Abwälzungsproblematik	415

2. Schadenskorrektive im überindividuellen Interesse	416
a) Haftungsverschärfung durch mehrfachen Schadensersatz?	416
b) Haftungsprivileg für Kronzeugen?	418
aa) Konfliktfelder zwischen Kronzeugenprogrammen und privatrechtlichen Sanktionen	419
bb) Umgang mit Informationen des Kronzeugen	420
cc) Haftungsrechtliche Folgen der Kronzeugeneigenschaft	420
(1) Haftungsbeschränkung des Kronzeugen im Außenverhältnis	420
(2) Haftungsbeschränkung nach Marktanteil; Haftungshöchstgrenzen	422
(3) Haftungsbeschränkung im Innenverhältnis	422
E. Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen	424
I. Gemeinschaftsrechtlicher Hintergrund	425
II. Einzelfragen	426
1. Umfang der Bindungswirkung	426
a) Bindung an den Inhalt der Entscheidung	426
b) Keine negative Bindungswirkung	428
2. Bindende Entscheidungen der Kommission und der Kartellbehörden und Kartellgerichte	428
3. Bindungswirkung und berechtigtes Interesse an der Feststellung beendeter Zuwiderhandlungen	430
a) Tätigwerden der Behörde aufgrund der Beschwerde eines (potenziell) Geschädigten	431
b) Tätigwerden der Behörde ohne Beschwerde eines (potenziell) Geschädigten	433
III. Ambivalenz der Bindungswirkung	433

Dritter Teil

§ 6. Grundstrukturen und Grundprobleme der Abschöpfungshaftung	437
A. Legitimation der Abschöpfung von Unrechtsvorteilen	437
B. Instrumente zur Abschöpfung von Unrechtsvorteilen	438
I. Abschöpfung im Privatrecht	439
1. Abschöpfung durch »Rückverschiebung« von unberechtigten Vermögensmehrungen	439
a) Abschöpfung bei Geschäftsanmaßung	439
b) Abschöpfung durch Eingriffskondiktion	441
2. Abschöpfung bei unerlaubten Handlungen	443

II. Abschöpfung im Ordnungswidrigkeiten- und Strafrecht	444
1. Abschöpfung durch Geldbußen	444
a) Allgemeines	444
b) Abschöpfung als Bemessungskriterium	445
c) Geldbußen gegen Unternehmen	447
2. Abschöpfung durch Anordnung von Verfall	447
a) Allgemeines	447
b) Verfall im Strafrecht	448
aa) Überblick	448
bb) Verfall und Ansprüche von Verletzten	449
c) Verfall im Ordnungswidrigkeitenrecht	451
aa) Überblick	451
bb) Verfall und Ansprüche von Verletzten	452
3. Abführung und Rückerstattung des Mehrerlöses	453
4. Sicherung von Abschöpfungsmaßnahmen	453
III. Abschöpfung im Kartellrecht	455
1. Abschöpfung durch Geldbußen	455
a) Gemeinschaftskartellrecht	455
b) Nationales Kartellrecht	457
2. Abschöpfung durch Verfall	460
3. Vorteilsabschöpfung durch Kartellbehörden	460
a) Abschöpfung gemäß § 34 GWB	460
aa) Entstehung	460
bb) Stellung und Bedeutung der behördlichen Vorteilsabschöpfung im kartellrechtlichen Sanktionssystem	463
cc) Überblick über den Inhalt der Regelung	463
(1) Tatbestand	463
(2) Wirtschaftlicher Vorteil	465
(3) Durchsetzung	465
b) Abschöpfung gemäß § 32 Abs. 2 GWB?	465
IV. Abschöpfung im Recht der regulierten Märkte	468
1. Überblick	468
2. Abschöpfung im Telekommunikationsrecht	469
a) Abschöpfung durch Geldbußen oder Verfall	469
b) Vorteilsabschöpfung gemäß § 43 TKG	470
3. Abschöpfung im Energiewirtschaftsrecht	471
a) Abschöpfung durch Geldbußen oder Verfall	471
b) Vorteilsabschöpfung gemäß § 33 EnWG	471
V. Abschöpfung im Lauterkeitsrecht	472
VI. Bestandsaufnahme	472
1. Abschöpfung als Kernaufgabe der Rechtsordnung	472
2. Funktionelle Unterscheidung der Abschöpfungsinstrumente	473

C. Dogmatische Einordnung der Abschöpfungsansprüche	474
I. Strukturebende Merkmale	474
1. Privatrechtlicher Charakter	475
2. Kollektivrechtlicher Charakter	478
3. Vermögensentzug durch Abschöpfung	480
4. Verschuldensabhängigkeit	481
II. Sanktionszweck	483
1. Bisherige Erklärungsversuche	483
a) Beseitigung eines Sanktionsdefizits bei Streu- und Bagatellschäden	483
b) »Strafcharakter«	486
2. Doppelfunktionalität der Abschöpfungsansprüche	487
3. Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen der Abschöpfungsansprüche	488
III. Rechtliche Besonderheiten	489
1. Ausgangsüberlegungen	489
2. Besonderheiten auf Gläubigerseite	489
a) Forderungsabtretung	490
b) Einziehungsermächtigung	491
c) Weitere Einschränkungen und Besonderheiten	492
aa) Erlass	492
bb) Sonstige Änderungen des Schuldverhältnisses	494
cc) Einwilligung gemäß § 185 BGB	495
3. Besonderheiten auf Schuldnerseite	496
a) Aufrechnung	496
b) Hinterlegung	496
c) Leistung erfüllungshalber	497
4. Abschöpfungsansprüche und Auslandsbezug	497
a) Internationales Verfahrensrecht	497
b) Kollisionsrecht	499
§ 7. Gewinnabschöpfung im Lauterkeitsrecht	501
A. Grundlagen	501
I. Entwicklung	501
1. Vorarbeiten und Entwürfe	502
2. »Zankapfel«, »Papiertiger« und »Schreckgespenst« – der Gewinnabschöpfungsanspruch als Zielscheibe der Kritik	504
II. Stellung und Bedeutung der Gewinnabschöpfung im lauterkeitsrechtlichen Sanktionssystem	505
1. Rechtsprechung zu § 10 UWG	506
a) Lauterkeitsrechtliche und zivilverfahrensrechtliche Ausgangslage	506

b) Entscheidungen	506
aa) LG Bonn, Urteil vom 12.5.2005	506
bb) OLG Stuttgart, Urteil vom 2.11.2006 und LG Heilbronn, Urteil vom 23.2.2006	507
cc) OLG Hamm, Urteil vom 14.2.2008 und LG Essen, Urteil vom 20.7.2007	510
dd) LG Berlin, Urteil vom 25.9.2007	511
ee) LG München I, Urteil vom 22.7.2008	512
ff) LG Hanau, Urteile vom 1.9.2008 und 17.9.2009 . . .	513
gg) OLG Frankfurt, Urteile vom 4.12.2008	514
2. Zwischenfazit	514
III. Einfluss des Gemeinschaftsrechts	515
1. Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen de lege lata . . .	515
2. Gewinnabschöpfung als gemeinschaftsrechtliches Rechtsinstrument de lege ferenda?	516
IV. Seitenblick nach Österreich	516
B. Struktur des Haftungstatbestands	518
I. Grundanforderungen	518
1. Geschäftliche Handlung, Unlauterkeit und Spürbarkeit . .	518
2. Absatzbezogenes Vertikalverhältnis	518
a) Abnehmer	518
aa) Abgrenzungen	518
bb) Abnehmer als Nachfrager nachfolgender Absatzstufen	520
b) Ausschluss der Gewinnerzielung zu Lasten von Mitbewerbern	522
c) Ausschluss der Gewinnerzielung zu Lasten von Anbietern	522
II. Breitenwirksamkeit der unlauteren Handlung	523
1. Meinungsspektrum	524
2. »Vielzahl von Abnehmern« als qualitatives Erfordernis . .	525
a) Massencharakter der unlauteren Handlung	525
b) Problemfälle	526
III. Zu Lasten	528
1. Ausgangsüberlegungen	528
2. Meinungsspektrum	529
a) Amtliche Materialien	529
aa) Konzeptionelle Wechsel während der Gesetz- gebungsarbeiten: Vom Schaden zur wirtschaftlichen Schlechterstellung	529
bb) Kriterien der wirtschaftlichen Schlechterstellung . .	531
b) Rechtsprechung und Schrifttum	532
aa) Schaden der Abnehmer	533

bb) Individuell-konkreter Vermögensnachteil der Abnehmer	534
cc) Vermögensnachteil der Abnehmer bei typisierender Betrachtung	536
dd) Verzicht auf das Erfordernis eines Vermögens- nachteils	539
3. Stellungnahme	540
a) Kein Vermögensnachteil erforderlich	540
b) Keine unmittelbare Vermögensverschiebung erforderlich	542
c) Beeinträchtigung von lauterkeitsrechtlich geschützten Abnehmerinteressen	543
IV. Gewinn	545
1. Ausgangsfragen	545
a) Abgrenzung	545
aa) Wirtschaftlicher Vorteil	545
bb) Mehrerlös	546
b) Berechnungsgrundsätze	546
2. Zusammenhang zwischen Zuwiderhandlung und Gewinnerzielung	548
a) Kausalität und Zurechenbarkeit	548
b) Anteiliger Unrechtsgewinn	549
aa) Mehrere geschäftliche Handlungen	550
bb) Geschäftliche Handlung als Bewertungseinheit	551
(1) Seitenblick auf das Schadensrecht	551
(2) Problemlage bei der Gewinnabschöpfung	554
c) Rechtmäßiges Alternativverhalten	555
3. Anrechenbare Leistungen	557
a) Dogmatische Einordnung	557
b) Einzelheiten	559
aa) Individualansprüche von Verletzten	559
bb) Zahlungen an den Staat	561
cc) Insbesondere: Gewinnabschöpfung und Verfall	561
4. Sonstige Abzugsposten?	564
C. Anspruchsberechtigung	565
I. Verbände, Einrichtungen Kammern	566
II. Mehrere Berechtigte	566
1. Problematik	566
2. Verfehlte Verweisung	567
a) Abweichende Interessenlage zwischen Gesamtgläubiger- schaft und einer Gewinnabschöpfung durch mehrere Berechtigte	567
b) § 428 BGB	567

c) § 430 BGB	568
d) § 429 BGB	568
D. Anspruchsinhalt und prozedurale Aspekte	570
I. Drittbegünstigung des Bundeshaushalts	570
1. Dogmatische Einordnung	570
2. Rechtspolitische Bewertung	571
II. Rechtsverhältnis zwischen Abschöpfungsgläubiger und Bundeshaushalt	572
1. Auskunftspflicht	573
2. Ersatz von Aufwendungen	574
a) Überblick	574
b) Verbleibende wirtschaftliche Risiken für die Anspruchs- berechtigten	575
§ 8. Vorteilsabschöpfung im Kartellrecht	578
A. Grundlagen	578
I. Entwicklung	579
II. Stellung und Bedeutung der Vorteilsabschöpfung im kartellrechtlichen Sanktionssystem	580
1. Legitimation einer privatrechtlichen Abschöpfung im Kartellrecht	580
2. Bedeutung	581
3. Verhältnis zu anderen Sanktionen	582
a) Privatrechtliche Sanktionen	582
b) Kartellbehördliche Sanktionen	582
III. Einfluss des Gemeinschaftsrechts	583
IV. Seitenblick nach Österreich	584
B. Struktur des Haftungstatbestands	585
I. Grundanforderungen	585
1. Parallele zum Tatbestand der kartellbehördlichen Vorteilsabschöpfung gemäß § 34 Abs. 1 GWB	585
a) Zuwiderhandlung im Sinne des § 34 Abs. 1 GWB	585
b) Verstoß gegen die Verfügung einer Kartellbehörde	585
aa) Entscheidungen der Kommission	585
bb) Bestandskraft der Verfügung	586
2. Absatz- oder bezugsbezogenes Vertikalverhältnis	586
a) Abnehmer und Anbieter	587
b) Ausschluss der Vorteilserzielung zu Lasten von Mitbewerbern	589
II. Breitenwirksamkeit der kartellrechtswidrigen Handlung	589
III. Zu Lasten	590

IV. Wirtschaftlicher Vorteil	592
1. Ausgangsfragen	592
a) Abgrenzung	592
aa) Mehrerlös	592
bb) Gewinn	594
b) Berechnungsgrundsätze	594
c) Schätzungsbefugnis	595
2. Zusammenhang zwischen Zuwiderhandlung und wirtschaftlichem Vorteil	596
3. Anrechenbare Leistungen	598
a) Zahlungen des Verletzers aufgrund privatrechtlicher Ansprüche	598
b) Kartellbehördliche Abschöpfungsmaßnahmen	598
c) Sonstige Zahlungen des Verletzers, insbesondere Geldstrafen	598
C. Anspruchsberechtigung	599
I. Beschränkung auf Unternehmensverbände	599
1. Problematik der gesetzlichen Neufassung des § 33 Abs. 2 GWB	599
2. Nichtberücksichtigung von qualifizierten Einrichtungen	601
II. Mehrere Berechtigte	603
D. Anspruchsinhalt und prozedurale Aspekte	604
I. Drittbegünstigung des Bundeshaushalts	604
II. Rechtsverhältnis zwischen Abschöpfungsgläubiger und Bundeskartellamt	604
E. Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen	604

Vierter Teil

§ 9. Verantwortlichkeit	607
A. Anspruchsverpflichtung	607
I. Verletzer	607
1. Keine Haftung des Störers auf Schadensersatz und Abschöpfung	608
2. Täterschaft durch Verkehrspflichtverletzung	610
a) Verkehrspflichten im Lauterkeitsrecht	610
b) Reichweite der Haftung für Verkehrspflichtverletzungen	612
c) Haftung für Rechtsverletzungen Dritter aufgrund eigener Pflichtverletzung	614

II. Mehrere Beteiligte	616
III. Besonderheiten der Abschöpfungsansprüche	618
B. Vorsatz und Fahrlässigkeit	620
I. Einfluss des Gemeinschaftsrechts	620
II. Vorsatz	624
1. Herrschende Doktrin vom Erfordernis des Unrechts- bewusstseins bei privatrechtlicher Vorsatzhaftung	624
2. Anerkannte Ausnahmen vom Erfordernis eines Unrechtsbewusstseins	627
3. Folgerungen für das Lauterkeits- und Kartellrecht	629
a) Zusammentreffen lauterkeits- und kartellrechtlicher Haftung mit Ansprüchen aus §§ 823 Abs. 2 S. 1 und 826 BGB	629
b) Sonstige Haftungsfälle	631
c) Korrektiv des erheblichen (unvermeidbaren) Verbotsirrtums	632
III. Fahrlässigkeit	634
1. Allgemeine Anforderungen	634
a) Sorgfaltsmaßstab	634
b) Abgrenzung zur fachlichen Sorgfalt gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG	635
2. Insbesondere: Fahrlässigkeit bei Verkennung der Rechtslage durch den Täter	636
a) Ausgangsüberlegungen	636
b) Entwicklung der Rechtsprechung	637
aa) Tendenz zur Verschärfung der Sorgfalts- anforderungen	637
bb) Gegenläufige Tendenz bei Schutzrechts- verwarnungen	640
c) Bewertung	641
C. Verantwortlichkeit für Dritte	643
I. Bürgerlichrechtliche Lösungsansätze	645
1. Seitenblick auf das Vertragsrecht	645
2. Haftung gemäß §§ 31, 81, 89 BGB (analog)	646
a) Organ- und Repräsentantenhaftung	646
b) »Fiktionshaftung« für mangelhafte Organisation	648
3. Geschäftsherrnhaftung gemäß § 831 BGB	649
a) Dogmatische Konstruktion	649
b) Voraussetzungen der Haftung für Verrichtungsgehilfen	650
aa) Begriff des Verrichtungsgehilfen	650
bb) Schädigung bei Ausführung der Verrichtung	651
cc) Entlastungsbeweis	651

c) Anwendbarkeit bei Schadensersatzansprüchen	652
d) Keine Anwendbarkeit bei Abschöpfungsansprüchen	654
4. Ergänzende Regelungen	656
a) »Flucht« in die vertragliche und quasi-vertragliche Haftung	656
b) Unternehmerische Organisationspflichten	657
II. § 8 Abs. 2 UWG als lauterkeitsrechtlicher Zurechnungs- tatbestand	658
1. Entstehung	658
2. Dogmatische Einordnung und Normzweck	660
3. Anwendungsbereich und Analogiefähigkeit der Norm	663
a) Seitenblick auf das Markenrecht	663
b) De lege lata: Analoge Anwendung von § 8 Abs. 2 UWG auf alle privatrechtlichen Ansprüche des UWG	665
c) De lege ferenda: Schaffung eines einheitlichen Zurechnungs- tatbestands im Lauterkeitsrecht nach markenrechtlichem Vorbild	667
D. Medienspezifische Besonderheiten der Verantwortlichkeit	668
I. Ausgangsfragen	668
II. Lauterkeitsrechtliches »Presseprivileg«	669
1. Entstehung und Schutzzweck	669
2. Anwendungsbereich	671
a) Privilegierte Medien	672
aa) Druckschriften	672
bb) Andere Medien	672
cc) Periodizität	674
b) Teleologische Reduktion des »Presseprivilegs«	675
3. Privilegierter Personenkreis	676
III. Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für fremde Informationen	676
1. Anwendungsbereich	676
2. Normzweck	677
3. Ausschluss der Verantwortlichkeit	678
§ 10. Einwendungen und Durchsetzbarkeit	680
A. Rechtswidrigkeit	680
I. Ausgangsfragen	680
II. Einzelfragen	683
1. Abwehrhandlungen	683
2. Einwilligung	684

B. Rechtsmissbrauch und Verwirkung	686
I. Rechtsmissbrauch	687
1. Ausgangsfragen	687
2. Seitenblick auf § 8 Abs. 4 UWG	689
a) Entstehung	689
b) Dogmatische Einordnung und Normzweck	690
c) Fehlende Analogiefähigkeit der Norm	691
3. Einzelfragen	693
a) »Unclean hands«	693
b) Provozierter Wettbewerbsverstoß	694
c) Beteiligung am Wettbewerbsverstoß	696
d) Wechsel der Rechtsauffassung	697
e) Prozessfinanzierung	698
II. Verwirkung	698
1. Rechtliche Einordnung	699
2. Voraussetzungen	701
3. Besonderheiten der Verwirkung bei wettbewerbsbezogenen Ansprüchen	702
a) Vertrauen und Vertrauensinvestition	702
b) Überindividuelle Interessen	704
aa) Seitenblick auf Unterlassungsansprüche	704
bb) Übertragbarkeit auf Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche	705
C. Verjährung	706
I. Verjährungsfristen	707
1. Kurze Verjährung bei lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzansprüchen	707
a) Entstehung und Zweck	707
b) Rechtspolitische Fragwürdigkeit der kurzen Verjährung bei lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzansprüchen	708
c) Folgerungen	710
2. Regelmäßige Verjährung bei Abschöpfungsansprüchen und kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen	711
a) Gewinnabschöpfungsanspruch	711
b) Kartellrechtliche Ansprüche	712
aa) Schadenersatzanspruch	712
(1) Geltende Rechtslage	712
(2) Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht	712
(a) Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung	713
(b) Künftiger Änderungsbedarf	713
bb) Vorteilsabschöpfungsanspruch	714
II. Hemmung der Verjährung im Kartellrecht	715
1. Normzweck und Anwendungsbereich	716

2. Einzelfragen	716
a) Beginn der Verjährungshemmung	716
b) Ende der Verjährungshemmung	717
c) Unanwendbarkeit von § 203 S. 2 BGB	717

Fünfter Teil

§ 11. Wesentliche Ergebnisse und Ausblick	721
I. Mehrdimensionalität des Lauterkeits- und Kartellrechts	721
II. Funktionalisierung privatrechtlicher Ansprüche	722
III. Grundanforderungen an privatrechtlichen Sanktionen	723
IV. Lauterkeitsrechtlicher Schadensersatz	723
V. Kartellrechtlicher Schadensersatz	725
VI. Dogmatik der Abschöpfungsansprüche	727
VII. Lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung	728
VIII. Kartellrechtliche Vorteilsabschöpfung	729
IX. Vorsatz und Fahrlässigkeit	729
X. Verantwortlichkeit für Dritte	730
XI. »Presseprivileg«	731
XII. Rechtswidrigkeit und Rechtsmissbrauch	731
XIII. Verjährung	732
XIV. Ausblick	732

Anhang

<i>Anhang I – Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG und der Richtlinie 2006/114/EG</i>	<i>734</i>
<i>Anhang II – Übersicht auf Abschöpfung gerichteter Sanktions- instrumente</i>	<i>736</i>
A. Abschöpfung als Primärzweck im überindividuellen Interesse	737
B. Abschöpfung als Bemessungskriterium im individuellen oder überindividuellen Interesse	738
C. Abschöpfung zum Zwecke eines primär individuellen Interessenausgleichs	738
<i>Anhang III – Gegenüberstellung der wichtigsten Merkmale der Abschöpfungsansprüche aus § 10 UWG und § 34a GWB</i>	<i>740</i>

Literaturverzeichnis	739
Bekanntmachungen, Leitlinien, Mitteilungen und weitere Materialien	763
A. Europäische Kommission	763
B. Bundeskartellamt	764
C. Sonstige Materialien	764
Sachverzeichnis	765