CHRISTIAN ALEXANDER

Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht

Jus Privatum
147

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 147

Christian Alexander

Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht

Privatrechtliche Sanktionsinstrumente
zum Schutz individueller und überindividueller
Interessen im Wettbewerb

Mohr Siebeck

Christian Alexander, geboren 1975; 1993–98 Studium der Rechtswissenschaften in Greifswald; 1999–2001 Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Greifswald; 2001–2003 Juristischer Vorbereitungsdienst in Berlin; 2003–2009 Wissenschaftlicher Assistent an der Universität München; 2009 Habilitation; Wintersemester 2009/2010 und Sommersemester 2010 Lehrstuhlvertretung an der Universität Jena.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-151224-7
ISBN 978-3-16-150130-2
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.ddb.de* abrufbar.

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach aus der Garamond-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Im Sommersemester 2009 hat die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München die vorliegende Arbeit als Habilitationsschrift angenommen. Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung sind bis einschließlich August 2009 berücksichtigt.

Entstanden ist die Untersuchung während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent am Institut für Internationales Recht – Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht in München. Mein Dank gilt vor allem Professor Dr. Helmut Köhler für seine herausragende fachliche und persönliche Unterstützung, seinen Rat und zugleich für die wissenschaftliche Freiheit, die er mir jederzeit gelassen hat. Enorm profitieren konnte ich von den hervorragenden Arbeitsbedingungen am Lehrstuhl. Danken möchte ich Professor Dr. Michael Lehmann, der das Zweitgutachten rasch und unkompliziert erstellt hat. Neugier und Interesse an der wissenschaftlichen Arbeit hat maßgeblich Professor Dr. Axel Beater bei mir geweckt. Aus mehreren Gesprächen mit ihm konnte ich zudem wertvolle Anregungen für diese Studie schöpfen.

Dank schulde ich dem Verlag Mohr Siebeck und Herrn Dr. Franz-Peter Gillig für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe Jus Privatum sowie die kompetente Betreuung und Beratung. Der Druck wurde unterstützt durch einen großzügigen Zuschuss des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

Freunde und Kollegen haben mich während der Entstehung der Habilitationsschrift begleitet, motiviert, aufgemuntert und tatkräftig unterstützt. Sehr herzlich bedanke ich mich hierfür bei Professor Dr. Benedikt Buchner, Dr. Julian Burmeister, Dr. Christian Eichholz, Clemens Hüber und Verena Nosch. Die persönlichen Höhen und Tiefen hat mit bewundernswerter und nie versiegender Geduld René Voige mit mir geteilt.

München, im Sommer 2009 Christian Alexander

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. Einleitung 3
A. Untersuchungsgegenstand 3
I. Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche als privatrechtliche 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 Ordnungsinstrumente 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 Sanktionsinstrumente im Wettbewerbsgeschehen 67
1. Grundanforderungen 68
a) Eignung zur Verhaltensbeeinflussung 68
b) Wahrscheinlichkeit der Sanktionsanwendung 70
2. Abstimmung zwischen Schutznormen und Sanktionsnormen 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 Schadensersatzhaftung 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 konkurrenztypische 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) Mitbewerbereigenschaft 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 Schadensberechnung 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 Sanktionssystems im Kartellrecht 301
b) Vor- und Nachteile privatrechtlicher und kartellbehördlicher Sanktionen 303
2. Rechtlicher und tatsächlicher Stellenwert der privatrechtlichen 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 kartelldeliktischen 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) Höchstrichterliche 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 Wettbewerbsbeschränkungen und daraus resultierende Rechtsprobleme . . 377
bb) Legitimation eines eingeschränkten Vermögensschutzes 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 Wettbewerbsbeschränkungen 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 Schadensermittlung 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 Schadensersatzhaftung 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. Strukturgebende 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 Gesetzgebungsarbeiten: 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 Vermögensnachteils 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 Gesamtgläubigerschaft 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 Anspruchsberechtigten 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 Verkehrspflicht-verletzungen 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 Unrechtsbewusstseins 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 Sorgfaltsanforderungen 637
bb) Gegenläufige Tendenz bei Schutzrechtsverwarnungen 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 Zurechnungstatbestand 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 Zurechnungstatbestands 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

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

Anhang II – Übersicht auf Abschöpfung gerichteter Sanktionsinstrumente 736

A. Abschöpfung als Primärzweck im überindividuellen Interesse . . . 737

B. Abschöpfung als Bemessungskriterium im individuellen oder überinividuellen Interesse 738

C. Abschöpfung zum Zwecke eines primär individuellen Interessenausgleichs 738

Anhang III – Gegenüberstellung der wichtigsten Merkmale der Abschöpfungsansprüche aus § 10 UWG und § 34a GWB 740

Literaturverzeichnis 739

Bekanntmachungen, Leitlinien, Mitteilungen und weitere Materialien 763

A. Europäische Kommission 763

B. Bundeskartellamt 764

C. Sonstige Materialien 764

Sachverzeichnis 765

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.F.	alte Fassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
A.C.	The Law Reports, Appeal Cases
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (vormals: Archiv für Presserecht)
AG	Amtsgericht; Die Aktiengesellschaft
Alt.	Alternative
AMG	Arzneimittelgesetz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-InfoV	Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CML Rev.	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
ders., dies.	derselbe, dieselbe
Drucks.	Drucksache
E.C.L.R.	European Competition Law Review
EBOR	European Business Organization Law Review

EG	Europäische Gemeinschaft; in Verbindung mit einem Artikel: EG-Vertrag
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl; in Verbindung mit einem Artikel: Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl = Montanunionsvertrag
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ElGVG	Gesetz zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
Erw.	Erwägungsgrund/-gründe
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968
EuR	Europarecht
Eur. Rev. Priv. L.	European Revue of Private Law
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f., ff.	folgende Seite(n)
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GeschmMG	Geschmacksmustergesetz
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Ausl.	GRUR, Ausländischer Teil
GRUR Int.	GRUR, Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HalbLSchG	Halbleiterschutzgesetz
Hrsg.	Herausgeber
HwO	Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung)
i.V.m.	in Verbindung mit
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
IHKG	Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
jurisPK	juris PraxisKommentar
jurisPR	juris PraxisReport
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation und Recht
KartG	Kartellgesetz 2005 (Österreich)
KG	Kammergericht; Kartellgericht (Österreich)
KSchG	Konsumentenschutzgesetz (Österreich)
LG	Landgericht
LPresseG	Landespressegesetz

Ls.	Leitsatz
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst (aufgehoben durch das UrhG)
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
MarkenG	Markengesetz
MDStV	Mediendienste-Staatsvertrag (aufgehoben durch Art. 5 ElGVG)
MedienG	Mediengesetz (Österreich)
N&R	Netzwirtschaften & Recht
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
Ordo	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
östPatG	Patentgesetz (Österreich)
östUWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Österreich)
östZPO	Zivilprozessordnung (Österreich)
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
OZK aktuell	Zeitschrift für Kartell- und Wettbewerbsrecht
PAngV	Preisangabenverordnung
PatG	Patentgesetz
PharmR	Pharma Recht
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RStV	Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
S.	Satz, Seite
schweizKartG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Schweiz)
schweizUWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Schweiz)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz
SortSchG	Sortenschutzgesetz
st.	ständig(e)
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen

TDG	Teledienstegesetz (aufgehoben durch Art. 5 ElGVG)
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
TRIPs	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
Tz.	Textziffer
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht (vormals: Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht)
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen
Unterabs.	Unterabsatz
UrhG	Urhebergesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VO	Verordnung
VSchDG	EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VZBV	Verbraucherzentrale Bundesverband
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WettbG	Wettbewerbsgesetz (Österreich)
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WiStrG	Wirtschaftsstrafgesetz 1954
wobl	Wohnrechtliche Blätter
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für das Europäische Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Verzeichnis der zitierten Sekundärrechtsakte

A. Richtlinien

RL 2009/22/EG	=	Richtlinie 2009/22/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen vom 23.4.2009, Abl. Nr. L 110/30
RL 2006/114/EG	=	Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung vom 12.12.2006, Abl. Nr. L 376/21.
RL 2005/29/EG	=	Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) vom 11.5.2005, Abl. Nr. L 149/22.
RL 2004/48/EG	=	Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums vom 29.4.2004, Abl. Nr. L 195/16.
RL 2003/33/EG	=	Richtlinie 2003/33/EG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen vom 26.5.2003, Abl. Nr. L 152/16
RL 2002/65/EG	=	Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG vom 23.2.2002, Abl. Nr. L 271/16
RL 2002/58/EG	=	Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) vom 12.7.2002, Abl. Nr. L 201/37
RL 2001/29/EG	=	Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 22.5.2001, Abl. Nr. L 167/10.
RL 2000/31/EG	=	Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (»Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr«) vom 8.6.2000, Abl. Nr. L 178/1.
RL 98/27/EG	=	Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen vom 19. Mai 1998, Abl. Nr. L/51 (wird ersetzt durch RL 2009/22/EG)
RL 89/552/EWG	=	Richtlinie 89/552/EWG (in der Fassung der Richtlinie 2007/65/EG vom 11.12.2007, Abl. EU Nr. L332/27) zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) vom 3.10.1989, Abl. Nr. L 298/23.
RL 84/450/EWG	=	Richtlinie 84/450/EWG (in der Fassung der Richtlinie 97/55/EG vom 6.10.1997, Abl. Nr. L 290/18) über irreführende und vergleichende Werbung vom 10.9.1984, Abl. Nr. L 250/17 (ersetzt durch die Richtlinie 2006/114/EG).

B. Verordnungen

VO 861/2007	=	Verordnung (EG) Nr. 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen vom 11.7.2007, Abl. Nr. L 199/1
VO 864/2007	=	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (»Rom II«) vom 11.7.2007, Abl. Nr. L 199/40
VO 2006/2004	=	Verordnung (EG) über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden (Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz) vom 27.10.2004, Abl. Nr. L 364/1
VO 139/2004	=	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 20.1.2004, Abl. Nr. L 24/1
VO 1383/2003	=	Verordnung (EG) Nr. 1383/2003 über das Vorgehen der Zollbehörden gegen Waren, die unter dem Verdacht stehen, bestimmte Rechte geistigen Eigentums zu verletzen, und die Maßnahmen gegenüber Waren, die erkanntermaßen derartige Rechte verletzen vom 22.7.2003, Abl. Nr. L 196/7.
VO 1/2003	=	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln vom 16.12.2002, Abl. Nr. L 1/1
VO 1049/2001	=	Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission vom 30.5.2001, Abl. Nr. L 145/43
VO 44/2001	=	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) vom 22.12.2000, Abl. Nr. L 12/1
VO 2790/1999	=	Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen vom 22. Dezember 1999, Abl. Nr. L 336/21
VO 1103/97	=	Verordnung (EG) Nr. 1103/97 über bestimmte Vorschriften im Zusammenhang mit der Einführung des Euro vom 17.6.1997, Abl. Nr. L 162/1.
VO 2200/96	=	Verordnung (EG) Nr. 2200/96 über die gemeinsame Marktorganisation für Obst und Gemüse vom 21.11.1996, Abl. Nr. L 297/1.
VO 2092/91	=	Verordnung (EWG) Nr. 2092/91 über den ökologischen Landbau und die entsprechende Kennzeichnung der landwirtschaftlichen Erzeugnisse und Lebensmittel vom 24.6.1991, Abl. Nr. L 198/1

Erster Teil

§ 1. Einleitung

A. Untersuchungsgegenstand

I. Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche als privatrechtliche Sanktionen im Wettbewerbsgeschehen

Sanktionen[1] sind Kernelemente des Rechts. Wenn die Rechtsordnung eine Verhaltensregel aufstellt, etwa das Verbot, eine fremde Sache zu stehlen, muss sie zugleich eine Aussage darüber treffen, was geschieht, wenn diese Verhaltensregel missachtet wird. Der Diebstahl einer fremden Sache zieht beispielsweise strafrechtliche und zivilrechtliche Konsequenzen nach sich. Erst aus dem Zusammenspiel von Regelungen und Sanktionen erwächst Recht.

Auch im Wettbewerbsgeschehen – gemeint ist im Folgenden allein der wirtschaftliche Wettbewerb – sind Regelungen und Sanktionen als wechselseitig aufeinander bezogene Strukturelemente des Rechts unverzichtbar[2]. Die Rechtsordnung legt nicht nur fest, welche marktbezogenen und geschäftlichen Verhaltensweisen zulässig und unzulässig sind. Zugleich regelt sie, welche Folgen eine rechtswidrige Handlung auslöst. Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche gehören, neben anderen Mechanismen[3], zu den Sanktionsinstrumenten des Lauterkeits- und Kartellrechts. Beide Sanktionen beruhen auf elementaren Erwartungen der von einem Rechtsverstoß Betroffenen. Es entspricht allgemeiner Überzeugung, dass ein Unternehmer einen durch sein wettbewerbswidriges Verhalten verursachten Schaden zu übernehmen hat. Gleichermaßen dürfte Konsens darüber bestehen, dass sich rechtswidriges Verhalten im Wettbewerb nicht bezahlt machen darf und rechtswidrig erlangte Vorteile nicht beim Verletzer verbleiben dürfen. Jenseits solcher allgemeinen Grundüberzeugungen wirft die sachgerechte Ausgestaltung der Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche jedoch vielschichtige und komplexe Fragen auf. Die Diskussion über die vielfältigen Grundsatz- und Detailfragen ist dabei längst nicht abgeschlossen, sondern

---

[1] Zum Begriff der Sanktion sogleich unter IV. 1., S. 13 ff.

[2] »Wirtschaftlicher Wettbewerb ist von dem Bestehen rechtlicher Regeln und ihrer wirksamen Durchsetzung abhängig«, *Meessen*, JZ 2009, 697, 698.

[3] Praktisch besonders wichtige zivilrechtliche Sanktionen sind die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gemäß § 8 Abs. 1 UWG und § 33 Abs. 1 GWB. Zu weiteren Sanktionen gehören beispielsweise Bußgelder gemäß § 20 UWG, § 81 GWB und Art. 23 VO 1/2003.

steht vielfach erst am Anfang. Die private Rechtsdurchsetzung wird Wissenschaft und Praxis noch lange beschäftigen und fordern[4].

Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche des UWG und GWB nehmen aus mehreren Gründen eine besondere Stellung innerhalb der Rechtsordnung ein. Als spezielle außervertragliche Haftungsansprüche wegen unerlaubter Handlungen sind sie im Privatrecht verwurzelt und unterliegen dessen Strukturen, Wertungen und Prinzipien. Zugleich müssen Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche aber in ihrer spezifischen Funktion innerhalb der rechtlichen Kontrolle und Steuerung des Wettbewerbs gesehen werden. Wettbewerb unterliegt eigendynamischen Prozessen, deren Kontrolle und Beeinflussung durch das Recht gewissermaßen eine stetige Gratwanderung erfordern. Einerseits muss die Rechtsordnung ein Zuviel an korrektiver Einflussnahme verhindern, um die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nicht zu gefährden. Ein Übermaß an rechtlicher Einflussnahme könnte beispielsweise Innovationen be- oder verhindern und damit wichtige und erwünschte Wettbewerbsfunktionen beeinträchtigen oder schlimmstenfalls völlig außer Kraft setzen. Andererseits müssen Rechtsverstöße – auch und insbesondere im Wettbewerbsgeschehen – konsequent und wirksam verfolgt werden. Ein Zuwenig an rechtlicher Einflussnahme kann dazu führen, dass die rechtlichen Anforderungen an ein wettbewerbskonformes Verhalten von den Rechtsadressaten nicht genügend befolgt werden. Infolgedessen könnten wettbewerbliche Prozesse außer Kontrolle geraten, was sich zum Nachteil einzelner oder auch vieler Marktakteure auswirken kann. Die Rechtsordnung muss also gewährleisten, dass Wettbewerb wirksamer Kontrolle unterliegt, dabei aber zugleich funktionsfähig bleibt, sodass die wettbewerbsimmanenten Prozesse, das freie Spiel von Angebot und Nachfrage, möglichst unverfälscht zur Entfaltung gelangen können. Diese schwierige Aufgabe erhält zusätzliche Komplexität, weil im Wettbewerbsgeschehen individuelle und überindividuelle Interessen aufeinandertreffen und unterschiedlichen rechtlichen Schutzes bedürfen. Die rechtliche Steuerung verlangt daher stets eine mehrdimensionale Betrachtung. Mit diesen ersten Überlegungen sind bereits die Grundkoordinaten und gedanklichen Ausgangspunkte dieser Untersuchung umrissen.

Das ursprüngliche Ziel der Arbeit war darauf gerichtet, auf der Grundlage der neuen gesetzlichen Ausgangslage nach der UWG-Reform 2004 und der siebenten GWB-Novelle 2005 die Schadensersatzansprüche und Abschöpfungsansprüche des Lauterkeits- und Kartellrechts als verschiedenartige Sanktionsinstrumente gegenüberzustellen und dabei insbesondere nach strukturgebenden Elementen und Prinzipien, nach Gemeinsamkeiten und Unterschieden zu suchen. Beide Anspruchsarten gehören unterschiedlichen dogmatischen Kategorien an, weisen aber vielfältige Überschneidungsbereiche auf. Bei § 9 S. 1 UWG und § 33 Abs. 3 GWB handelt es sich um sonderdeliktische Schadensersatzansprüche, deren Wurzeln im bürgerlichen Deliktsrecht liegen und die herkömmlich als In-

[4] *Augenhofer*, in: Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, S. 39, 60.

strument privatrechtlichen Individualschutzes angesehen werden. Die Abschöpfungsansprüche sind dagegen schon aufgrund ihrer Neuheit bislang nur unzureichend erforscht.

Im weiteren Verlauf verschob sich das Ziel der Untersuchung. Schnell zeigte sich die Notwendigkeit, vermeintlich gesichertes rechtliches Terrain an vielen Stellen neu zu vermessen. Manche wettbewerbsbezogene Sonderentwicklung galt es auf ihre Überzeugungskraft zu überprüfen, manche Grundannahme wurde in ihrer Tragfähigkeit erschüttert.

Beispielsweise werden § 10 UWG und § 34a GWB – unter Bezugnahme auf die amtlichen Materialien[5] – nahezu einhellig mit der Behebung eines Sanktionsdefizits bei Streu- und Bagatellschäden in Verbindung gebracht[6]. Allerdings zeigt sich bei genauerer Betrachtung, dass Abschöpfungsansprüche zur Behebung des Sanktionsdefizits bei Streu- und Bagatellschäden wenig beitragen. Die Fragen nach dem Zweck dieser Sanktionen und, darauf aufbauend, nach der dogmatischen Einordnung der Abschöpfungsansprüche mussten deswegen neu gestellt werden.

Auch die Schadensersatzansprüche des UWG und GWB bedurften in mancher Hinsicht einer Neubetrachtung. Die Schadensersatzhaftung bei unerlaubten Handlungen dient nach traditionellem Verständnis dem Individualausgleich zwischen Schädiger und Geschädigtem. Diese Sichtweise ist zwar im Grundsatz richtig, aber möglicherweise zu eng. Viele Entwicklungen lassen sich allein aus der Perspektive eines (sonder-)deliktischen Individualschutzes nicht überzeugend erklären. Beispielsweise ist im Lauterkeitsrecht (aber auch darüber hinaus) der Ersatz von so genannten »Marktverwirrungsschäden«[7] anerkannt. Es handelt sich dabei um Aufwendungen, die dazu dienen, Fehlvorstellungen, die im Verkehr infolge einer rechtswidrigen Handlung entstanden sind, durch richtigstellende Informationen zu korrigieren. Aus individualschützender Blickrichtung müsste es nun einem betroffenen Unternehmer »an sich« völlig freigestellt sein, wie er reagiert, wenn etwa – wie im Streitfall der *Pressehaftung I*-Entscheidung des BGH[8] – zu Unrecht über ihn verbreitet wird, er habe sich im Wettbewerb rechtswidrig verhalten. Würde der lauterkeitsrechtliche Schadensersatz allein dem Individualinteresse des Betroffenen dienen, dann müssten die Kosten einer allgemeinen Imagekampagne, mit deren Hilfe der gute Ruf des geschmähten Unternehmers wieder hergestellt wird, ohne Weiteres ersetzt werden, solange nur die Kampagne geeignet ist, die eingetretene Rufschädigung zu beseitigen und die dafür anfallenden Kosten nicht unverhältnismäßig hoch sind. Indessen verfährt die Praxis – mit Recht – anders. Ein betroffener Unternehmer kann unter bestimmten Voraussetzungen durch eine »Gegenanzeige« über den wahren Sachverhalt aufklären und die dafür entstandenen Kosten ersetzt verlangen[9]. Aus der Sicht lauterkeitsrechtlichen Individualschutzes lassen sich die speziellen Anforderungen, die von der Rechtsprechung an den Ersatz von »Marktverwirrungsschäden« gestellt werden, nicht ohne Weiteres erklären. Einen überzeugenderen Ansatz liefert jedoch die Überlegung, dass Aufwendungen zur »Markt-

[5] Begr. zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 15/1487, S. 23 (zu § 10 UWG); Begr. zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 15/3640, S. 36 (zu § 34a GWB).

[6] Dazu näher unten § 6. C. II., S. 483 ff.

[7] Dazu näher unten § 4. D. III. 1., S. 275 ff.

[8] BGH vom 26.4.1990, GRUR 1990, 1012 ff. – *Pressehaftung I*.

[9] BGH vom 26.4.1990, GRUR 1990, 1012, 1015 – *Pressehaftung I*.

entwirrung« nicht nur dem Betroffenen nützen, sondern auch den fehlinformierten Adressaten. Ersatzfähig sind nicht die Aufwendungen, die allein im individuellen Interesse des Geschädigten liegen. Vielmehr anerkennt die Rechtsprechung Kosten als ersatzfähig, wenn sie für Maßnahmen aufgewendet wurden, die dem Verkehr zugutekommen, also einem überindividuellen Interesse dienen. Eine solche Deutung führt zugleich zu einer inhaltlichen Abstimmung zwischen dem materiellrechtlichen Verbotszweck und den Sanktionen. Wenn ein lauterkeitsrechtliches Verbot neben dem Individualinteresse eines Unternehmers zugleich ein überindividuelles Interesse schützt, etwa das Interesse der Verbraucher an der Richtigkeit von Informationen[10], dann ist es nur konsequent, wenn dieses überindividuelle Interesse auch auf Sanktionsebene, und zwar nicht nur im Zusammenhang mit den Abwehransprüchen, Berücksichtigung findet.

II. Erkenntnisinteresse

Im Vorwort zur ersten Auflage seines Kommentars zum Wettbewerbsrecht schreibt *Baumbach*:

»Man sagt, jede Vorrede sei eine Entschuldigung. Stimmt das, dann ist diese Vorrede nötig. Denn der bedarf gewiß der Entschuldigung, der unser ungeheures juristisches Schrifttum vermehrt, und gar das umfangreiche Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes«[11].

Seit diesen Worten ist schon der Bestand der lauterkeitsrechtlichen und der kartellrechtlichen Literatur (von den Veröffentlichungen im gewerblichen Rechtsschutz ganz zu schweigen) in beeindruckendem Maße angewachsen. Heute steht selbst der Spezialist vor der schwierigen Herausforderung, die Masse des Materials zu überblicken und zu bewältigen. Um nur einen Bereich dieser Untersuchung exemplarisch herauszugreifen: In jüngerer Zeit nimmt die Zahl der Veröffentlichungen zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht geradezu explosionsartig zu. Damit stellt sich in noch viel stärkerem Maße als zu Zeiten *Baumbachs* die Notwendigkeit, das Erkenntnisinteresse für jede weitere Veröffentlichung nachzuweisen. Wenngleich die vorliegende Untersuchung den Umfang der Literatur weiter vermehrt, sieht sie hierfür dennoch Lücke und Bedarf. Bislang wurden Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche des Lauterkeits- und Kartellrechts überwiegend isoliert untersucht[12]. An Darstellungen zu Einzelfragen besteht kein Mangel. Indessen fehlte es an einer übergreifenden monografischen Untersuchung dieser Ansprüche, wie sie hier angestrebt wird. Gerade eine solche Herangehensweise erscheint aus mehreren Gründen reizvoll und gewinnversprechend:

[10] Zum Schutz der Entscheidungsgrundlage als lauterkeitsrechtlich geschütztes Interesse der Verbraucher *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 13 Rn. 49 und § 15 Rn. 1 ff. sowie *ders*., Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 139 ff.

[11] *Baumbach*, Kommentar zum UWG, 1929.

[12] Für die Abschöpfung mit übergreifendem Ansatz aber *Sieme*, Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG und die Vorteilsabschöpfung gem. §§ 34, 34a GWB, 2009.

1. Schadensersatz und Abschöpfung als privatrechtliche Sanktionsinstrumente

Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche ermöglichen eine Verhaltenssteuerung[13] durch Zugriff auf das Verletzervermögen. Ein solcher Vermögenszugriff kann für Unternehmen, die Rechtsadressaten des Lauterkeits- und Kartellrechts, eine schmerzliche Sanktion darstellen. Denn die erfolgreiche Durchsetzung von Schadensersatz- oder Abschöpfungsansprüchen kann den wirtschaftlichen Erfolg wettbewerblichen Handelns aufzehren oder – im Falle der Schadensersatzansprüche – dem Verletzer sogar zusätzliche Nachteile bereiten. Da unternehmerisches Handeln im Wettbewerb zwangsläufig vom Streben nach Gewinn bestimmt wird, bilden Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche gleichsam ein rechtliches Korrektiv, dessen Wirkungen jedoch genau dosiert werden müssen.

Es ist wenig überraschend, wenn gerade im Zusammenhang mit Rechtsverstößen im Wettbewerb besonders intensiv darüber diskutiert wird, ob und in welchem Maße privatrechtliche Ansprüche präventive Ziele berücksichtigen dürfen und inwieweit private Ansprüche in öffentlichem Interesse mobilisiert werden können. Im Wettbewerbsgeschehen treffen individuelle und überindividuelle Interessen stetig aufeinander und zugleich werden Entscheidungen kostenorientiert getroffen. Trotz verbreiteter Zurückhaltung und mitunter schweren Angriffen[14] gewinnen diese Fragen stetig an Bedeutung. Die Mobilisierung von Individualinteressen und die mögliche Instrumentalisierung des Privatrechts berührt darüber hinaus das Selbstverständnis des Privatrechts. Denn Privatrecht ist nicht »wertneutral«, sondern steht in ständiger Wechselwirkung mit den jeweils herrschenden politischen, wirtschaftlichen sozialen, gesellschaftlichen und weltanschaulichen Vorstellungen und Werten.

Eine rechtliche Steuerung wettbewerbsbezogenen Verhaltens mit privatrechtlichen Mitteln wirft schwierige Probleme auf. Wettbewerbliche Prozesse verlaufen vielschichtig und komplex. Ergebnisse und Abläufe im Wettbewerbsgeschehen lassen sich deswegen in aller Regel nicht vorhersagen und selbst im Nachhinein sind eindeutige Aussagen über Ursachen und Wirkungen kaum möglich. Die daraus resultierenden Schwierigkeiten treten gerade bei Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüchen deutlich zutage. Die deliktische Schadensersatzhaftung nach dem Grundmodell der §§ 823 ff. und §§ 249 ff. BGB ist konzeptionell darauf ausgerichtet, dass schädigende Ereignisse als solche exakt benannt werden können, dass Kausalzusammenhänge naturwissenschaftlich nachvollziehbar und eingetretene wirtschaftliche Nachteile genau bezifferbar sind. Auf Rechtsverstöße im Wettbewerbsgeschehen passen diese Annahmen nur bedingt. Nur selten kann man z.B. feststellen, wie sich die Nachfrage entwickelt hätte, wenn ein Unternehmer nicht von einer unlauteren Handlung oder einer wettbe-

[13] Steuerung bedeutet dabei den Einsatz des Rechts zur Erhaltung der selbststeuernden Kräfte der Wirtschaft. Zur mehrfachen Bedeutung des Ausdruck »Wirtschaftssteuerung« siehe *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Bd. I, § 1 I 10 (S. 8 f.).

[14] *Honsell* ZIP 2008, 621, 626 f.; *ders.*, in: Festschrift für H.P. Westermann, S. 315, 316 ff.

werbsbeschränkenden Praktik betroffen gewesen wäre. Auch sind Aussagen über Schadenszustände, Kausalzusammenhänge und Schadenshöhen im Wettbewerb in aller Regel nur näherungsweise möglich und mit vielen Unsicherheiten behaftet.

2. Wandlungen und Reformen im Lauterkeits- und Kartellrecht

Die Ausgestaltung der Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche gehört zu den wichtigsten gesetzgeberischer Aktivitäten in jüngerer Zeit im wettbewerbsbezogenen Bereich und es steht zu erwarten, dass diese Entwicklung längst nicht abgeschlossen ist. Mit der UWG-Reform 2004 wurde die lauterkeitsrechtliche Schadensersatzhaftung in § 9 UWG vereinheitlicht und der Anspruch auf Gewinnabschöpfung wurde in § 10 UWG neu im Gesetz aufgenommen. Die siebente GWB-Novelle 2005 brachte eine grundlegende Umgestaltung der privatrechtlichen Sanktionen, insbesondere der kartelldeliktischen Schadensersatzhaftung, und etablierte mit § 34a GWB einen weiteren Abschöpfungsanspruch. Die Pläne der Kommission[15] lassen erwarten, dass in näherer Zukunft vom Gemeinschaftsrecht entscheidende Impulse für eine gemeinschaftsweit einheitlich ausgestaltete Schadensersatzhaftung bei Verstößen gegen das EG-Kartellrecht ausgehen werden, die das nationale Kartellrecht (und womöglich auch andere Bereiche) entscheidend prägen. Diese Entwicklungen verlangen nach einer übergreifenden wissenschaftlichen Aufarbeitung und Begleitung.

3. Austauschprozesse zwischen allgemeinem und besonderem Privatrecht

In Sonderbereichen des Privatrechts ist eine gewisse Tendenz zur Herausbildung von rechtlichen Enklaven beobachten. Häufig fehlt es an einem Wertungstransfer zwischen allgemeinen Regeln des Privatrechts und Sonderbereichen, aber auch zwischen verschiedenen Spezialgebieten[16]. Dieser Befund gilt nicht nur, aber auch für das Lauterkeits- und Kartellrecht. Im Interesse einzelner Problemlösungen und zur Erhaltung einer leistungsfähigen und in sich stimmigen Privatrechtsordnung ist es jedoch geboten, das Sonderprivatrecht genau zu beobachten. Möglicherweise sind Entwicklungen in Spezialgebieten verallgemeinerbar oder in andere Rechtsbereiche übertragbar. Umgekehrt müssen Abweichungen von allgemeinen Grundsätzen stets hinterfragt werden:

»Das Privatrecht muß, um seine Aufgabe in der Gesamtrechtsordnung zu erfüllen und der Gefahr eines Zerfalles zu entgehen, neue Ideen in sich aufnehmen und ausgegliederte Bereiche in seinen Rahmen zurückholen. Vor allem muß es aber seinen eigenen Aufbau überprüfen und aus inneren Kräften vervollkommnen«[17].

---

[15] *Kommission*, Weißbuch Schadensersatzklagen; *Kommission*, Grünbuch Schadensersatzklagen.

[16] *Mertens*, AcP 178 (1978), 227, 242.

[17] *Wilburg*, AcP 162 (1964), 346.

An diesen Gedanken anknüpfend, liegen Schwerpunkte dieser Untersuchung in der Suche und dem Herausarbeiten von allgemeinen und speziellen Strukturen, Prinzipien, Wertungen, Gedanken und Lösungsansätzen. Es geht um die Abstimmung von Lauterkeitsrecht und Kartellrecht und zugleich um Parallelen und Abweichungen zum bürgerlichen Recht. Trotz der Unterschiedlichkeit der Regelungsbereiche und der historischen Entwicklungen sind die bürgerlichrechtlichen Wurzeln der privatrechtlichen Sanktionen des Lauterkeits- und Kartellrechts unverkennbar. Im Laufe der Zeit haben sich beide Rechtsgebiete allerdings in vielen Bereichen verselbstständigt. Sonderentwicklungen müssen im Interesse einer transparenten Rechtsanwendung herausgearbeitet, offen benannt und bewertet werden. Statt auf allgemeinen Grundsätzen zu beharren und diese bei Bedarf mit Ausnahmen zu »durchlöchern«, kann die Herausbildung von abgesicherten rechtlichen Sonderbereichen sinnvoll sein, wenn diese zweckmäßig sind und sachgerechte Lösungen ermöglichen. Je mehr Ausnahmen von einem zum Grundsatz erhobenen Rechtsgedanken zugelassen werden, desto eher besteht Anlass darüber nachzudenken, ob es sich wirklich nur um Ausnahmen handelt. Möglicherweise sind in Wahrheit bereits selbstständige Rechtsbereiche entstanden, die eigenen Leitgedanken folgen. Umgekehrt kann die Rückbesinnung auf das bürgerliche Recht ein Verständnis für scheinbare Spezialfragen schaffen. Auch solche Zusammenhänge gilt es offen zu legen und klar zu benennen, weil dadurch möglicherweise das Beschreiten wenig überzeugender Sonderwege vermieden werden kann.

Lauterkeitsrecht und Kartellrecht bilden eigenständige Bereiche, die von eigenen Prinzipien und Wertungen durchzogen sind und viele Übereinstimmungen mit dem »Kerndeliktsrecht«, aber auch bedeutsame Abweichungen aufweisen. Das bedeutet für die Rechtsanwendung, dass eine Übernahme deliktischer Normen und Wertungen nicht unreflektiert und gleichsam automatisch unter bloßem Hinweis auf den sonderdeliktischen Charakter beider Rechtsmaterien erfolgen darf, sondern in jedem Fall eine besondere Prüfung und Begründung verlangt[18]. Daher ist jeweils zu fragen, ob der Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften sachgerecht ist oder ob nicht nach spezielleren Regelungen Ausschau gehalten werden muss, die den spezifischen Erfordernissen besser gerecht werden. Der deliktische Charakter der Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche eröffnet beispielsweise einen direkten Zugriff auf die Vorschriften des BGB, etwa §§ 830, 831, 840 BGB. Damit ist allerdings nicht gesagt, dass diese Normen zwingend angewendet werden müssen[19].

Wie bedeutsam die Interdependenz von deliktischen und sonderdeliktischen Entwicklungen sein kann, zeigt sich geradezu mustergültig im Verhältnis von § 33 Abs. 1 und Abs. 3

[18] I.E. ebenso, allerdings eine deliktische Einordnung des Lauterkeitsrechts ablehnend, *Schünemann*, in: Großkommentar, UWG, Einl. E Rn. 65.

[19] Anders *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, Einl. Rn. 7.2; *Piper*, in: Piper/Ohly, UWG, Einf. D Rn. 57, wonach die Normen des allgemeinen Deliktsrechts immer dann ergänzend anzuwenden sind, wenn das UWG keine Sonderregelung vorsieht.

GWB und § 823 Abs. 2 S. 1 BGB[20]. Die kartelldeliktische Schadensersatzhaftung war ursprünglich an dem bürgerlichrechtlichen Vorbild des § 823 Abs. 2 S. 1 BGB ausgerichtet. Beide Vorschriften knüpften die Schadensersatzhaftung an die Verletzung eines Schutzgesetzes. Dieser tatbestandlichen Verwandtschaft entsprach das Bemühen, die Rechtsanwendung gleichen Maßstäben zu unterwerfen. Mit der siebenten GWB-Novelle 2005 wurde jedoch die kartelldeliktische Schadensersatzhaftung umgestaltet. Insbesondere wurde das Erfordernis eines Schutzgesetzes bzw. einer kartellbehördlichen Schutzverfügung fallen gelassen. Mit Recht fragt *K. Schmidt*, ob sich hier eine sonderprivatrechtliche Regelung vom Deliktsrecht des BGB emanzipiert habe oder ob die neue Bestimmung Rückschlüsse auf § 823 Abs. 2 S. 1 BGB (sei es auf seine Bewährung, sei es auf sein Versagen) zulasse[21]. Mit Blick auf das Gemeinschaftsrecht stellt sich zudem die Frage, inwieweit die Entwicklungen im Gemeinschaftskartellrecht möglicherweise auf andere Bereiche, insbesondere das Deliktsrecht und das Zivilverfahrensrecht, ausstrahlen[22].

4. Innovationskraft des Kartell- und Lauterkeitsrechts

Der Blick auf die Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche im Lauterkeits- und Kartellrecht ist weiterhin von besonderem Interesse, weil beide Rechtsgebiete einen fruchtbaren Nährboden für die Fortentwicklung des Privatrechts bilden. Beide Rechtsgebiete fungieren als »Schrittmacher der Rechtsentwicklung«[23]. Diese Innovationskraft resultiert aus den Eigenheiten beider Rechtsgebiete, insbesondere aus der wettbewerbsimmanenten Dynamik und dem stetigen Prozess von Innovation und Weiterentwicklung im Wettbewerbsgeschehen. Wegen der Vielzahl der Betroffenen und der damit einhergehenden Breitenwirksamkeit[24] treten die Gefahren bestimmter Verhaltensweisen und – damit korrespondierend – die Notwendigkeit rechtlicher Steuerung im Wettbewerbsgeschehen klarer und schärfer zutage als im allgemeinen Rechtsverkehr. Zugleich werden die spezifischen Stärken und Schwächen gesetzlicher Regelungen im Wettbewerb schneller deutlich. Die Rechtsordnung muss infolgedessen ständig auf neue Herausforderungen reagieren. Der Anpassungsdruck führt oft zu neuen und flexiblen Ansätzen. Bewähren sich diese Lösungen, dann können sie möglicherweise auch außerhalb des Wettbewerbsgeschehens Anwendung finden.

Den Befund, dass Kartell- und Lauterkeitsrecht einen Nährboden für die künftige Rechtsentwicklung bilden, belegen Erfahrungen aus der Vergangenheit eindrucksvoll. Geradezu ein Musterbeispiel ist die Verbandsklage. Sie ist aus dem modernen Lauterkeits-,

---

[20] Dazu *K. Schmidt*, in: Festschrift für Canaris, Bd. I, S. 1175 ff. sowie unten im Text § 5. B. II., S. 341 ff.

[21] *K. Schmidt*, in: Festschrift für Canaris, Bd. I, S. 1175, 1177.

[22] Dazu näher *Marcos/Graells*, Eur. Rev. Priv. L. 2008, 469 ff.

[23] Ähnliches gilt für das Handelsrecht im Vergleich zum bürgerlichen Recht, *Canaris*, Handelsrecht, § 1 Rn. 20. Die Parallele zwischen Wettbewerbsrecht und Handelsrecht wird beispielsweise auch von *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, § 145 I 9, S. 439, gezogen, der das UWG gleichsam als ein »großes Deliktsgesetz des Handelsrechts« betrachtet.

[24] *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, S. 596 ff. spricht gleichbedeutend vom »Multiplikatoreffekt«.

Kartell- und Verbraucherschutzrecht – nicht zuletzt aufgrund gemeinschaftsrechtlichen Einflusses durch die RL 98/27/EG[25] – nicht mehr wegzudenken. Ihre rechtliche Wurzel liegt im ersten Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb von 1896. Ein weiteres Beispiel für die rechtliche Innovationskraft des Wettbewerbs bildet die außergerichtliche und gerichtliche Rechtsdurchsetzung in Wettbewerbsstreitigkeiten. Einige richterrechtliche Entwicklungen haben mittlerweile Eingang in das Gesetz gefunden. So hat der Gesetzgeber sowohl die Abmahnung als solche in § 12 Abs. 1 S. 1 UWG aufgenommen als auch den Aufwendungsersatz für die Kosten einer berechtigten Abmahnung (§ 12 Abs. 1 S. 2 UWG)[26].

5. Individuelle und überindividuelle Interessen im Privatrecht

Schließlich manifestiert sich im Lauterkeits- und Kartellrecht ein zunehmender Funktionswandel des Privatrechts[27]. Lauterkeits- und Kartellrecht belegen eindrucksvoll, dass der Schutz überindividueller Interessen keineswegs staatlichen Einrichtungen vorbehalten ist, sondern auch vom Privatrecht geleistet werden kann. Schon weit fortgeschritten ist diese Entwicklung im Kartellrecht. Gefördert durch die Rechtsprechung des EuGH[28] und Maßnahmen der Kommission[29] steht heute nicht mehr in Zweifel, dass der kartelldeliktische Schadensersatz nicht allein aus der isolierten Perspektive des Individualschutzes gesehen werden kann. Vielmehr besteht an der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen bei Kartellrechtsverletzungen ein öffentliches Interesse. Der Individualschutz des Einzelnen ist zugleich ein Instrument zur Verwirklichung öffentlicher Aufgaben. Im Lauterkeitsrecht werden solche grundlegenden Ansätze im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen bislang noch kaum problematisiert. Immerhin wird zuweilen von einer »Wettbewerbssicherungsfunktion« des Schadensersatzes gesprochen[30], was auf eine über den Individualschutz hinausgehende Zielrichtung deutet. Wenn der lauterkeitsrechtliche Schadensersatz sowohl bei der Verletzung von Individualinteressen als auch bei der Verletzung von überindividuellen Interessen ausgelöst werden kann[31], dann liegt die Vermutung nahe, dass die Mehrdimensionalität des lauterkeitsrechtlichen Schutzes auch auf Sanktionsebene Bedeutung erlangt. Zusätzliche Nahrung erhalten solche Überlegungen durch die Beobachtung, dass die lauterkeitsrechtliche Schadensersatzhaftung verschiedene Besonderheiten aufweist, die darauf schließen lassen, dass diese Sanktion nicht auf das Verhältnis Schädiger-Geschädigter isoliert werden kann,

[25] Diese Richtlinie wird ersetzt durch die RL 2009/22/EG, die am 29.12.2009 in Kraft tritt.

[26] Eine weitere gesetzliche Regelung hierzu findet sich neuerdings in § 97a UrhG.

[27] *Brüggemeier*, AcP 182 (1982), 385, 430; *Mertens*, ZHR 139 (1975), 438, 442 ff.

[28] EuGH vom 13.7.2006, Rs. 295 bis 298/04, Slg. I-6619 – *Manfredi* und EuGH vom 20.9.2001, Rs. 453/99, Slg. I-6297 – *Courage und Crehan*; zu weiteren wichtigen EuGH-Entscheidungen siehe unten § 5. A. III. 1., S. 317 ff.

[29] *Kommission*, Weißbuch Schadensersatzklagen; *Kommission*, Grünbuch Schadensersatzklagen.

[30] *Fritzsche*, in: Münchener Kommentar, UWG, § 9 Rn. 5.

[31] Siehe nur *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 17 Rn. 9 f. und § 30 Rn. 61.

sondern vielfach weitere Aspekte berücksichtigt. Eine sorgfältige Analyse dieser und ähnlicher Entwicklungen kann Auskunft darüber geben, welche Chancen und Risiken mit einem solchen Funktionswandel verbunden sind.

III. Zielsetzungen und Gang der Untersuchung

Für die weitere Untersuchung kristallisierten sich fünf ineinandergreifende Ziele heraus: Erstens ist den wettbewerbsspezifischen Besonderheiten der Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche nachzugehen. Da sie als Sanktionen für wettbewerbswidriges Verhalten konzipiert sind, stellt sich die Frage, wie den rechtlichen und tatsächlichen Besonderheiten des Wettbewerbsgeschehens Rechnung getragen wird. Zweitens ist dabei zu berücksichtigten, ob und inwieweit diese Besonderheiten Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen des außervertraglichen Haftungs- und Schadensrechts legitimieren oder umgekehrt gerade eine Rückbesinnung auf diese allgemeinen Grundsätze als sinnvoll erscheinen lassen. Darauf aufbauend soll drittens der Versuch unternommen werden, allgemeine Strukturen und Prinzipien für die Schadensersatz- und Abschöpfungshaftung im Wettbewerb herauszuarbeiten. Speziell mit Blick auf die Schadensersatzansprüche ist viertens danach zu fragen, ob und inwieweit die Anwendung dieser Sanktionen durch die Wahrnehmung überindividueller Interessen im Wettbewerb beeinflusst wird. Schließlich will die Untersuchung fünftens dazu beitragen, die Abschöpfungsansprüche in das privatrechtliche Anspruchssystem einzuordnen.

Aus diesen Zielsetzungen ergibt sich das weitere Vorgehen. In § 2 des ersten Teils werden zunächst privatrechtsdogmatische, gemeinschaftsrechtliche und verfassungsrechtliche Ausgangsfragen behandelt. Der zweite Teil der Untersuchung ist der wettbewerbsdeliktischen Schadensersatzhaftung gewidmet. In § 3 werden zunächst Grundstrukturen und Grundprobleme dargestellt. Sodann ist der Blick im Einzelnen auf die lauterkeitsrechtliche (§ 4) und die kartellrechtliche (§ 5) Schadensersatzhaftung zu richten. Den Gegenstand des dritten Teils der Untersuchung bilden die Abschöpfungsansprüche. In § 6 werden vorab wiederum Grundstrukturen und Grundprobleme erörtert. Insbesondere soll dabei der Versuch unternommen werden, gemeinsame dogmatische Strukturen der Abschöpfungsansprüche herauszuarbeiten. Anschließend werden der lauterkeitsrechtliche Anspruch auf Gewinnabschöpfung (§ 7) und der kartellrechtliche Anspruch auf Vorteilsabschöpfung (§ 8) näher untersucht. Der vierte Teil gilt schließlich sanktionsübergreifenden Aspekten, nämlich der Verantwortlichkeit (§ 9) und sonstigen Fragen im Zusammenhang mit Einwendungen und Durchsetzbarkeit der Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche (§ 10).

IV. Terminologie

1. Sanktion und Strafe

Den Gegenstand dieser Untersuchung bilden Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche als privatrechtliche Sanktionen. Der Begriff der Sanktion bedarf dabei einer kurzen Erläuterung. Zwar wird im Lauterkeits- und Kartellrecht verbreitet von Sanktionen gesprochen[32], doch verbinden sich mit diesem Begriff unterschiedliche Bedeutungen. Beispielsweise heißt es in der *Gemeinkostenanteil*-Entscheidung des BGH:

»Die Abschöpfung des Verletzergewinns dient dabei auch der Sanktionierung des schädigenden Verhaltens (…) und auf diese Weise auch der Prävention gegen eine Verletzung der besonders schutzbedürftigen Immaterialgüterrechte«[33].

Der BGH stellt die »Sanktionierung« eines rechtswidrigen Verhaltens einer (davon zu unterscheidenden) präventiven Wirkung gegenüber. Der Begriff der Sanktion wird also zweckbezogen verwendet, nämlich im Sinne einer »Bestrafung« des Verletzers. Doch ist damit keine begriffliche Klarheit gewonnen, sondern umgekehrt eher die Basis für terminologische Verwirrung gelegt. Der Begriff der Strafe kann nämlich seinerseits in unterschiedlichen Zusammenhängen und mit ganz unterschiedlichen Bedeutungen gebraucht werden. Im strafrechtlichen Sinne bezeichnet die »Strafe« eine spezielle Reaktion auf einen Rechtsverstoß; es wird dabei differenziert zwischen den Strafen[34] und den Maßregeln der Besserung und Sicherung[35]. Davon zu unterscheiden sind die verfassungsrechtlichen Begriffe der (allgemeinen) Strafgesetze und der Bestrafung in Art. 103 Abs. 3 GG. Im alltäglichen Sprachgebrauch bezeichnet Strafe im weiteren Sinne die Zufügung eines Nachteils als Reaktion auf ein bestimmtes normwidriges Verhalten, unabhängig davon, ob es sich etwa um rechtliche oder gesellschaftliche Normen und Reaktionen handelt. Der Begriff der Strafe kann schließlich zweckbezogen verstanden werden. Ein solches Verständnis wird im Allgemeinen zugrunde gelegt, wenn über den »Strafcharakter« von Abschöpfungsansprüchen, über einen »Strafschadensersatz« oder einen »Strafzweck« des Schadensersatzes gesprochen wird. Hierbei wird der Begriff der Strafe zumeist im Sinne von »Buße« oder »Vergeltung« verstanden. Doch wäre ein solches Verständnis wiederum zu eng, da Vergeltung nur ein möglicher Strafzweck ist[36].

---

[32] Misslich ist, dass der Gesetzgeber selbst keine begriffliche Konsequenz an den Tag legt. So ist der sechste Abschnitt des GWB mit »Befugnisse der Kartellbehörden, Sanktionen« überschrieben. Da die Sanktionen damit offensichtlich den kartellbehördlichen Befugnissen gegenüber gestellt werden, lässt dies sprachlich allein den Schluss zu, dass als Sanktionen (nur) die privatrechtlichen Ansprüche angesehen werden. Demgegenüber ist das Kapitel 2 des UWG, das vergleichbare Regelungen für unlautere Handlungen enthält, mit »Rechtsfolgen« überschrieben.

[33] BGH vom 2.11.2000, BGHZ 145, 366, 372 – *Gemeinkostenanteil*; ebenso jüngst BGH vom 14.5.2009, WRP 2009, 1129 Tz. 76 – *Tripp-Trapp-Stuhl*.

[34] §§ 38 ff. StGB.

[35] §§ 61 ff. StGB.

[36] *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, § 3 Rn. 1 ff.

Im Interesse unmissverständlicher Terminologie wird der Begriff der Sanktion im Folgenden nicht in einem zweckbezogenen Sinne verstanden, sondern als rechtlich angeordnete Reaktion auf eine Zuwiderhandlung. Die Rechtsnatur des Sanktionsinstruments ist dabei gleichgültig. Es kann sich bei einer Sanktion beispielsweise um eine Strafe (im strafrechtlichen Sinne) handeln, aber auch um Bußgelder oder privatrechtliche Ansprüche. Eine zweckbezogene Vorprägung des Begriffs der Sanktion muss strikt vermieden werden, weil Sanktionen unterschiedliche Zwecke verfolgen können. Ob dabei ein spezieller Zweck im Vordergrund steht oder ob mehrere Sanktionszwecke zusammentreffen, bedarf der Klärung im Einzelfall und ist auf begrifflicher Ebene bedeutungslos. Zugleich zwingt ein solches Vorgehen zur exakten Benennung von Sachproblemen. Wer etwa über den »Strafcharakter« von Schadensersatz- oder Abschöpfungsansprüchen spricht, muss genau sagen, welcher Sanktionszweck oder welche Sanktionszwecke damit gemeint sind. Die Sachdiskussion gewinnt durch eine solche begriffliche Entzerrung an Transparenz und verliert an ideologischer Vernebelung. Es macht beispielsweise einen erheblichen Unterschied, ob man über Vergeltung oder Prävention als Zwecke privatrechtlicher Haftung spricht[37].

2. Schutzebene und Sanktionsebene

Im Folgenden wird zwischen der materiellrechtlichen Schutzebene und den daran geknüpften Sanktionen, der Sanktionsebene, differenziert. Nicht zu verwechseln ist diese Unterscheidung mit der normlogischen Struktur eines vollständigen Rechtssatzes, der jeweils aus Tatbestand und Rechtsfolge besteht[38]. Diese Differenzierung ist angelehnt an die Unterscheidung *Hecks*[39] zwischen Schutznormen und Sanktionsnormen[40]. Die Schutzebene betrifft die Statuierung von Verhaltensgeboten und -verboten, während auf Sanktionsebene darüber entschieden wird, unter welchen Voraussetzungen welche rechtliche Folge an eine Rechtsverletzung geknüpft wird.

Die Trennung zwischen Schutzebene und Sanktionsebene ist vor allem aus inhaltlichen Gründen im Hinblick auf die konsequente und in sich stimmige Verwirklichung des jeweiligen Regelungsziels einer Norm von Bedeutung. Schutzebene und Sanktionsebene stehen in enger Wechselwirkung. Der materiellrechtlich intendierte Schutz einer Norm wird nur dann vollständig und wirksam gewährleistet, wenn die Missachtung des jeweiligen Gebotes oder Verbotes rechtliche Konsequenzen hat. Welche Konsequenzen dies aber sind (und sein

[37] Dazu näher unten § 3. B. II. 2. und 3., S. 139 ff.

[38] Siehe nur *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 71 ff.

[39] *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, § 145 I 6 a, S. 438 f. Dabei können beide Normgattungen rechtstechnisch in einer Vorschrift zusammenfallen, wie etwa in § 823 BGB, siehe *Heck* a.a.O., S. 439.

[40] Abweichend von *Heck* werden im Folgenden nicht bestimmte Normen unterschieden, sondern lediglich normimmanente gedankliche Regelungsebenen. Denn nicht selten fallen Schutzebene und Sanktionsebene in einer Norm zusammen (z.B. in § 823 Abs. 1 BGB).

müssen), ergibt sich wiederum nur unter Bezugnahme auf den materiellrechtlich gewährleisteten Schutz.

Will das Recht beispielsweise einen umfassenden Schutz des Eigentums gewährleisten, dann muss es dem Eigentümer die entsprechenden Gestaltungsmittel in Form von Ansprüchen in die Hand geben, damit dieser sämtliche Beeinträchtigungen des Eigentums abzuwehren vermag. Umgekehrt kann das Vorhandensein oder Fehlen von bestimmten rechtlichen Folgen Aufschluss über die Reichweite des materiellrechtlichen Schutzes geben. Dieses wechselseitige Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Ebenen ist nicht unabänderlich und a priori vorgegeben, sondern als ein stetiger wechselseitiger Abstimmungsprozess zu betrachten, sodass der Prüfung bedarf, inwieweit der materiellrechtlich zu gewährleistende Schutz auf Sanktionsebene tatsächlich verwirklicht wird[41].

V. Thematische Eingrenzung

Der Fokus der Untersuchung ist auf die Schadensersatzansprüche aus § 9 S. 1 UWG und § 33 Abs. 3 GWB sowie auf die Abschöpfungsansprüche aus § 10 Abs. 1 UWG und § 34a Abs. 1 GWB gerichtet. Vertragliche Haftungsansprüche wegen unlauterer oder kartellrechtswidriger Handlungen, insbesondere bei Verwirkung einer vereinbarten Vertragsstrafe, bleiben ebenso außen vor wie Schadensersatzansprüche aus §§ 717 Abs. 2 und 945 ZPO. Die Vertragsstrafe ist aus der vorliegenden Untersuchung auszuklammern, weil sie keinen Bestandteil des gesetzlichen Sanktionssystems im Kartell- und Lauterkeitsrecht bildet, sondern ihre Grundlage in der privatautonomen Vereinbarung der Beteiligten findet. Bei den zivilverfahrensrechtlichen Schadensersatzansprüchen aus §§ 717 Abs. 2 und 945 ZPO handelt es sich nicht um Sanktionen für rechtswidriges Verhalten, sondern diese Ansprüche dienen einer angemessenen Risikoverteilung zwischen den Parteien bei Vollstreckungen.

Das Ziel der Untersuchung besteht darin, die Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche des UWG und GWB in ihrer Einbettung innerhalb des Privatrechts und unter Berücksichtigung ihrer wettbewerbsspezifischen Besonderheiten und Abweichungen darzustellen. Mit dieser inhaltlichen Ausrichtung geht eine Konzentration auf das Gemeinschaftsrecht und das deutsche Recht einher. Rechtsvergleichende Erkenntnisse werden partiell, jedoch ohne Anspruch auf Vollständigkeit einbezogen. Häufigere Seitenblicke auf die Rechtslage in Österreich[42] belegen, dass trotz ähnlicher Rechtskulturen und Kodifikationen im Lauterkeits- und Kartellrecht im Detail viele bemerkenswerte Abweichungen bestehen. Zweifellos wäre eine umfassende rechtsvergleichende Studie reizvoll gewe-

[41] Eingehend zu diesem Abstimmungsprozess zwischen materiellrechtlicher Ebene und Sanktionsebene im Text unter § 2. A. III. 2., S. 70 ff.

[42] Insbesondere in § 4. A. IV., S. 188 ff., § 5. A. IV., S. 336 ff., § 7. A. IV., S. 516 ff. und § 8. A. IV., S. 584 ff.

sen. Eine Selbstbeschränkung war jedoch – aus Zeit- und Raumgründen – unentbehrlich. Zudem klafft insoweit keine gravierende Forschungslücke, denn viele Arbeiten zur Abschöpfung[43] und zum Kartelldeliktsrecht[44] beziehen rechtsvergleichende Aspekte umfassend ein.

Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich des Weiteren auf genuin rechtliche Fragen der Schadensersatz- und Abschöpfungsansprüche in ihrer Funktion als privatrechtliche Sanktionen. Damit soll die Bedeutung eines interdisziplinären »Blicks über den Tellerrand« keineswegs infrage gestellt werden. Vor allem die Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften fließen in jüngerer Zeit verstärkt in die rechtliche Diskussion ein[45]. Im Kartellrecht verbindet sich die verstärkte Berücksichtigung ökonomischer Zusammenhänge mit dem Stichwort des »more economic approach«[46]. Gleichwohl strebt diese Untersuchung keine fachübergreifende Ausrichtung an und verzichtet dementsprechend auf einen entsprechenden Grundlagenteil (selbstverständlich aber nicht auf die Einbeziehung ökonomischer Überlegungen im Einzelnen). Dies beruht auf der Überzeugung, dass die Berücksichtigung solcher Erkenntnisse erst dann vollen Ertrag verspricht, wenn der Jurist auf der Basis eines soliden rechtlichen Fundaments

[43] Umfangreichere rechtsvergleichende Untersuchungen zum lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungsanspruch finden sich etwa bei *Gärtner*, Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG, S. 16 ff. (dort speziell zum US-amerikanischen Recht), *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 88 ff., *Neuberger*, Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich, S. 140 ff. (dort zu europäischen Rechtsordnungen) sowie in den Kommentierungen von *Micklitz*, in: Münchener Kommentar, UWG, § 10 Rn. 13 ff. und *von Braunmühl*, in: Fezer, UWG, § 10 Rn. 38 ff.

[44] Das Kartelldeliktsrecht war bereits in der Vergangenheit Gegenstand rechtsvergleichender Untersuchungen. Im Jahre 1966 wurde im Auftrag der Kommission die Studie »Schadensersatzansprüche bei einer Verletzung der Artikel 85 und 86 des Vertrags zur Gründung der EWG« zu den Rechtsordnungen der damaligen Mitgliedstaaten vorgelegt; speziell mit dem US-amerikanischen Recht befassen sich im älteren Schrifttum etwa *Linder*, Privatklage und Schadensersatz im Kartellrecht, S. 69 ff. und *Mailänder*, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, S. 17 ff. Aus neuerer Zeit sind insbesondere hervorzuheben *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, S. 35 ff., 143 ff., 169 ff. (zum US-amerikanischen, englischen und französischen Recht); *Endter*, Schadensersatz nach Kartellverstoß, S. 233 ff. (zum englischen Recht); *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, S. 173 ff. (zum US-amerikanischem Recht) sowie die umfangreiche Studie von *Möllers/Heinemann*, The Enforcement of Competition Law in Europe, S. 387 ff. Des Weiteren sind zu erwähnen die im Auftrag der Kommission erstellten und 2004 vorgelegten *Ashurst*-Studien sowie die Berichte von *Buxbaum*, *Idot* und *Castronovo* zur privaten Rechtsdurchsetzung in den Vereinigten Staaten, in Frankreich und in Italien, in: *Basedow*, Private Enforcement of EC Competition Law, S. 41 ff., 85 ff und 107 ff.

[45] Sehr eingehend mit Blick auf das Lauterkeits- und Vertragsrecht etwa *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 11 ff.; mit Blick auf den Verbraucherschutz *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 89 ff.

[46] Siehe dazu nur *Basedow*, EuZW 2006, 97; *Böge*, WuW 2004, 726 ff.; *Hildebrand*, WuW 2005, 513 ff.; *Rittner*, in: Liber Amicorum Alexander Riesenkampff, S. 125, 133 ff.; *I. Schmidt*, in: Festschrift für Bechtold, S. 409 ff.; *ders*. WuW 2005, 877; *Schmidtchen*, German Working Papers in Law and Economics, 2005, Paper 6; *ders*., German Working Papers in Law and Economics, 2005, Paper 3. Zur Bedeutung des »more economic approach« in angrenzenden Bereichen des Lauterkeitsrechts *Podszun*, WRP 2009, 509 ff.

präzise benennen kann, in welchem Zusammenhang die Erkenntnisse anderer Fachdisziplinen für ihn nützlich werden.

Bezogen auf den Ruf nach der Berücksichtigung volkswirtschaftlichen Erkenntnissen im Kartellrecht hat *Hoppmann* mit Recht darauf hingewiesen, dass es stets von der konkreten rechtlichen Sachproblematik abhänge, welche volkswirtschaftlichen Erkenntnisse relevant werden und welchen Beitrag diese Erkenntnisse zur Lösung von Sachproblemen leisten[47]. Erst nach Beantwortung dieser Vorfrage könne die Volkswirtschaftslehre möglicherweise hilfreiche Erkenntnisse und Begriffe liefern[48]. Diese Aussage trifft gleichermaßen auf alle anderen Fachdisziplinen zu. Erkenntnisse aus anderen Bereichen können und dürfen Rechtsentscheidungen nicht ersetzen[49]. Keinesfalls darf man der Versuchung erliegen, schwierige Rechtsfragen gleichsam in Nachbardisziplinen »auszulagern« und sich aufschlussreiche Antworten zu erhoffen, wenn es an präzisen Fragen fehlt. Beispielsweise kann nur der Jurist darüber entscheiden, ob und welcher Schaden im Falle einer Zuwiderhandlung ersetzt oder welcher Vorteil abgeschöpft wird. Wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse können bei der Berechnung der konkreten Höhe des Schadens oder des Vorteils helfen oder beispielsweise Ursachenzusammenhänge verdeutlichen. Inwieweit die unterschiedlichen Ansätze, Modelle und Konzepte hierbei zu sachgerechten Ergebnissen beitragen, bedarf eigenständiger Untersuchungen[50], die über den hier gesteckten Rahmen hinausgreifen.

Schließlich beschränkt sich die Untersuchung auf die Ausgestaltung der gesetzlich vorgesehenen Sanktionsinstrumente sowie auf spezielle verfahrensrechtliche Regelungen, insbesondere zur Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen[51]. An vielen Stellen werden auch Bezüge zu den facettenreichen Problemen des kollektiven Rechtsschutzes hergestellt[52]. Eine umfassende Untersuchung der verfahrensrechtlichen Aspekte der (individuellen und kollektiven)

---

[47] *Hoppmann*, in: Wettbewerb als Aufgabe – Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 61, 67.

[48] *Hoppmann*, in: Wettbewerb als Aufgabe – Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 61, 67.

[49] *Rittner/Kulka*, Wettbewerbsrecht und Kartellrecht, § 5 Rn. 37.

[50] Umfassend der Schadensberechnung gewidmet ist etwa die Untersuchung von *Huber*, Fragen der Schadensberechnung, 1993; zu den verschiedenen Aspekten der Schadensberechnung bei Kartellrechtsverstößen siehe etwa die *Ashurst*-Studie, Calculation of damages und *Haucap/Stühmeier*, WuW 2008, 413 ff.

[51] Zu den Einzelheiten siehe § 5. E., S. 424 ff.

[52] Aus dem umfangreichen Schrifttum zu den Rechtsfragen des kollektiven Rechtsschutzes siehe nur *Basedow/Hopt/Kötz/Baetge*, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß, 1999; *Brönnecke*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeßrecht, 2001; *Halfmeier* Popularklagen im Privatrecht, 2006; *Homburger/Kötz*, Klagen Privater im öffentlichen Interesse, 1975; *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, 2003; *Säcker*, Die Einordnung der Verbandsklage in das System des Privatrechts, 2006; *Stadler*, Bündelung von Interessen im Zivilprozess, 2004; *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden – Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. A 106 ff.

Rechtsdurchsetzung wurde indessen nicht angestrebt. Denn dabei wäre im Einzelnen ganz unterschiedlichen Fragen nachzugehen, die vielfach weit über den Untersuchungsgegenstand hinausgehen[53].

B. Entwicklungslinien

Nach rechtsgeschichtlichen Maßstäben sind Lauterkeitsrecht und Kartellrecht sehr junge Rechtsgebiete. Obgleich sich beide Materien vielfach überschneiden und komplexen Wechselwirkungen unterliegen, weisen beide Rechtsgebiete unterschiedliche rechtliche Wurzeln und eine durchaus wechselhafte Entstehungsgeschichte auf. Im Folgenden sollen wesentliche Fixpunkte und Leitlinien in der Entwicklung dargestellt werden. Eine umfassende rechtshistorische Darstellung beider Rechtsgebiete ist dagegen der einschlägigen Literatur vorbehalten[54]. Die Herausbildung der einzelnen Sanktionen wird im jeweiligen Sachzusammenhang gesondert dargestellt[55].

I. Lauterkeitsrecht

Ein Lauterkeitsrecht im modernen Sinne setzt Gewerbe- und Wettbewerbsfreiheit sowie Wirtschaftsstrukturen voraus, die auf Massenproduktion ausgerichtet sind[56]. Das Bedürfnis nach einem speziellen Lauterkeitsrecht folgte erst aus diesem wettbewerblichen Kontext[57]. Der historischen Entwicklung in Deutschland

[53] Für das Kartell-Zivilprozessrecht siehe etwa *K. Schmidt*, ZWeR 2007, 394 ff. sowie eingehend *Bumiller*, in: Handbuch des Kartellrechts, §§ 59 ff.; zur Bedeutung des kollektiven Rechtsschutzes im Kartellrecht *Stadler*, in: Private Enforcement of EC Competition Law, S. 195 ff. Zu den gemeinschaftsrechtlichen Perspektiven im kollektiven Rechtsschutz *Alexander*, WRP 2009, 683 ff.

[54] Zur rechtshistorischen Herausbildung und Entwicklung des Lauterkeitsrechts eingehend *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 3 Rn. 1 ff.; *Kohler*, Der unlautere Wettbewerb, S. 1 ff. und 33 ff. sowie in knapper Form *Schmoeckel*, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, Rn. 191 ff.; zu einzelnen Aspekten *Ahrens*, WRP 1980, 129 ff. und *Wadle*, JuS 1996, 1064 ff. Zur rechtshistorischen Herausbildung und Entwicklung des Kartellrechts in Deutschland siehe nur *Baums*, Kartellrecht in Preußen, 1990; *Fikentscher*, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 163 ff.; *Großfeld*, ZHR 141 (1977), 442 ff.; *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, 1994; *Richter*, Die Wirkungsgeschichte des deutschen Kartellrechts vor 1914, 2007; *Schmoeckel*, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, Rn. 370 ff.; *Strauß*, in: Festschrift für Franz Böhm, S. 603 ff.; *Vogel*, JZ 1958, 111 ff. sowie die einzelnen Beiträge bei *Pohl*, Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart, 1985. Speziell zur Entstehung des GWB: *von Götz*, WRP 2007, 741 ff.; *Günter*, WuW 1951, 17 ff.; *Mestmäcker*, WuW 2008, 6 ff.; *Murach-Brand*, Antitrust auf deutsch, 2004. Speziell zur Entwicklung des Kartellrechts in Österreich *Resch*, in: Kartelle in Österreich, S. 17 ff. und 45 ff. sowie *Tüchler*, in: Kartelle in Österreich, S. 121 ff.

[55] Zur lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzhaftung: § 4. A. I., S. 176 ff.; zur kartellrechtlichen Schadensersatzhaftung: § 5. A. I., S. 294 ff.; zur lauterkeitsrechtlichen Abschöpfungshaftung: § 7. A. I., S. 501 ff.; zur kartellrechtlichen Abschöpfungshaftung: § 8. A. I., S. 579 ff.

[56] *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 3 Rn. 1.

[57] *Wadle*, JuS 1996, 1064, 1065.

war eine vergleichsweise späte Herausbildung von freien Markt- und Wettbewerbsstrukturen in der Wirtschaft geschuldet. Über lange Zeit dominierten Zünfte die Organisation und Überwachung von Produktion und Handel[58]. Selbst nach Überwindung des Zunftwesens blieb der gedankliche Schatten eines in geordneten Bahnen verlaufenden Handel- und Gewerbetreibens – das Reichsgericht sprach vom »ehrlichen und friedlichen Wettbewerb«[59] – als Leitmotiv erhalten. Auch heute ist die Vorstellung des ehrlichen und ehrbaren Kaufmanns als Leit- oder Wunschbild keineswegs verschwunden, sondern es erlebt im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise sogar eine Renaissance. Das freie Wirken des Wettbewerbs stieß nicht selten auf Unbehagen, ja auf Skepsis, was einerseits recht schnell ein sehr fein verästeltes Lauterkeitsrecht entstehen ließ, während andererseits die von wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen ausgehenden Gefahren lange Zeit nicht entschieden genug bekämpft wurden.

1. UWG 1896

Schon vor dem Inkrafttreten des ersten UWG gab es verschiedene Ansätze, unlauteren Geschäftspraktiken mit rechtlichen Mitteln zu begegnen[60]. Doch handelte es sich dabei nicht um wettbewerbsspezifische Regelungen[61]. Schädliche Geschäftspraktiken wurden zum Teil mit Hilfe von Spezialgesetzen, zum Teil mit Hilfe von allgemeinen privatrechtlichen Vorschriften bekämpft und verfolgt. Die bestehenden Regelungen erwiesen sich jedoch als unzureichend und lückenhaft. Das erste UWG aus dem Jahre 1896 brachte nach der Einschätzung *Josef Kohlers* »dem deutschen Verkehr die Segnungen einer strengen, die Ehrlichkeit garantirenden, jede Unehrlichkeit bannenden Jurisprudenz«[62]. Mit dem UWG 1896 etablierte der Gesetzgeber zugleich ein Sanktionssystem, das in seinen wesentlichen Strukturen bis heute Bestand hat. Die herausragende Bedeutung privatrechtlicher Ansprüche bei Bekämpfung unlauterer Praktiken war bereits klar erkannt. In erster Linie, so heißt es in der Begründung des Regierungsentwurfes zum ersten UWG, sei »dem unlauteren Wettbewerbe dadurch entgegenzuwirken, dass dem Geschädigten ein in den Formen des bürgerlichen Rechtsstreits geltend zu machender Anspruch auf Schadensersatz und auf Unterlassung künftiger Benachtheiligungen gewährt wird«[63]. Schadensersatzansprüche der Mitbe-

[58] *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 3 Rn. 3 ff.; speziell zum »Wettbewerbsrecht« der Zünfte a.a.O. Rn. 13 ff.

[59] RG vom 10.1.1902, RGZ 50, 107, 108 – *Künstliches Mineralwasser.*

[60] *Ahrens*, WRP 1980, 129, 130 f.; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 3 Rn. 57 ff.: zersplittertes Sammelsurium unterschiedlicher Normen.

[61] *Wadle*, JuS 1996, 1064 f.

[62] *Kohler*, AcP 88 (1898), 251.

[63] Begr. des Regierungsentwurfs vom 3.12.1895, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, IV. Session 1895/97, IX. Legislaturperiode, I. Anlagenband, Aktenstück Nr. 35, S. 101.

werber gehörten von Beginn an zu den Sanktionsinstrumenten des Lauterkeitsrechts:

»Daß derjenige, welcher dem Konkurrenten einen Schaden durch unlauteren Wettbewerb zugefügt hat, zum Schaden verpflichtet sei, ist selbstverständlich, sobald man erkannt hat, dass in dem unlautern Wettbewerb eine rechtsverletzende Handlung enthalten sei. Es bedürfte also eigentlich einer derartigen besonderen Bestimmung gar nicht erst, da die Verpflichtung zum Schadenersatz sich schon aus den allgemeinen geltenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts herleiten läßt«[64].

Man war sich allerdings der Schwierigkeiten bewusst, die mit einer lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzhaftung verbunden waren. Es bedurfte keiner besonderen Fantasie, um zu erkennen, dass der Nachweis von Schädigungen durch unlautere Handlungen einen Betroffenen vor große praktische Schwierigkeiten stellen würde. *Lobe* hielt es deswegen für wünschenswert, dass eine gesetzliche Regelung geschaffen würde, wonach bei einem schuldhaft unlauteren Verhalten das Entstehen eines Schadens widerleglich vermutet wird[65]. Der Gesetzgeber schuf indessen eigenständige lauterkeitsrechtliche Anspruchsgrundlagen ohne eine solche Vermutungsregel. Was die Bewältigung der praktischen Schwierigkeiten beim Nachweis des Schadens betraf, vertraute der Gesetzgeber der Leistungsfähigkeit der Gerichte und sah deshalb davon ab, besondere Vorgaben zur Schadensermittlung in das Gesetz aufzunehmen:

»Ueber die Frage, ob ein Schaden entstanden ist, und wie hoch sich derselbe beläuft, ist im Streitfalle vom Gericht nach Maßgabe des § 260 Civilprozeßordnung zu entscheiden. Daß das Gericht bei der ihm obliegenden freien Würdigung aller Umstände auch die Verhältnisse des Verkehrslebens in Betracht zu ziehen hat, ist selbstverständlich und braucht nicht besonders ausgesprochen zu werden. Auch erscheint es nicht angängig, das nach den Prozessordnungen den Gerichten zustehende freie Ermessen in der Zuziehung und Auswahl von Sachverständigen für den Bereich des Entwurfs durch bindende Vorschriften einzuschränken«[66].

Eine zweite, heute mehr denn je unentbehrliche Säule der privatrechtlichen Sanktionen bildet die Möglichkeit der Verbandsklage[67]. Sie war zunächst auf gewerbliche Verbände beschränkt[68] und ursprünglich allein für den Unterlassungsanspruch vorgesehen. Ihre Einführung bildete rechtspolitisch wie rechtsdogmatisch ein Novum, war aber offenbar – diesen Eindruck vermitteln jedenfalls die

[64] *Lobe*, in: Verhandlungen des Dreiundzwanzigsten Deutschen Juristentages, S. 59, 73.

[65] *Lobe*, in: Verhandlungen des Dreiundzwanzigsten Deutschen Juristentages, S. 59, 74 mit Gesetzvorschlag auf S. 75.

[66] Begr. zum Dritten Regierungsentwurf, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, IV. Session 1895/97, IX. Legislaturperiode, I. Anlagenband, Aktenstück Nr. 35, S. 98, 104.

[67] »Die Verbandsklage trägt die Aura des Progressiven, Modernen, und es gerät deshalb leicht in Vergessenheit, daß sie gemeinsam mit dem UWG bereits ihren 100. Geburtstag hinter sich hat«, *Greger*, ZZP 113 (2000), 399, 401.

[68] § 1 UWG 1896.

amtlichen Materialien – kein wesentlicher Problempunkt des Gesetzgebungsverfahrens[69]. Der Einräumung der Verbandsklagebefugnis lag die eher pragmatische Erwägung zugrunde, die Unterdrückung unlauterer Reklame dürfe nicht völlig vom Entschlusse des einzelnen Mitbewerbers abhängig gemacht werden[70]. Dass der Gesetzgeber die Verfolgung von unlauteren Handlungen in die Hände der Marktteilnehmer und der Verbände legte, nicht aber behördlicher Kontrolle unterwarf[71], erscheint aus heutiger Sicht als fortschrittliche und zukunftsweisende Tat. Seinerzeit dürfte die Einführung der Verbandsklage indessen eher als eine rückwärtsgewandte Reminiszenz an die noch stark präsente Tradition der Zünfte zu bewerten sein, in deren Händen jahrhundertelang die Überwachung jeder gewerblichen Betätigung lag[72]. Die Kontrolle von Handel und Gewerbe durch Zünfte fand gewissermaßen ihre moderne Fortsetzung in der Kontrolle des Geschäftslebens durch Wirtschaftsverbände[73].

Die Aufnahme von strafrechtlichen Vorschriften und Sanktionen in das UWG 1896 war umstritten und wurde damit gerechtfertigt, dass unlauterer Wettbewerb »vom sittlichen Standpunkte kaum milder zu beurtheilen ist als Betrug, strafbarer Eigennutz oder Untreue. Das öffentliche Interesse erfordert, wie für diese Vergehen, so auch für schwere Ausschreitungen im geschäftlichen Wettbewerbe eine strafrechtliche Sühne.«[74] Hinzu kam, dass gerade in der Frühzeit des Lauterkeitsrechts nicht sicher war, ob privatrechtliche oder strafrechtliche Sanktionen eine effektive Bekämpfung sicherstellen. Das Lauterkeitsrecht musste sich in der Praxis erst bewähren. Gesetzgeber und Rechtspraxis erkannten die Chancen und die Flexibilität des privatrechtlich ausgerichteten Sanktionssystems erst allmählich[75].

---

[69] Bereits der Gesetzentwurf des Reichsamts des Innern und der Justiz aus dem Jahr 1894 sah in § 1 UWG eine Befugnis zur Verbandsklage vor; die späteren Entwürfe unterscheiden sich lediglich in den Formulierungen, siehe dazu die Synopse der Entwürfe bei *Lobe*, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd. III, S. 434 ff.

[70] Begr. des Regierungsentwurfs vom 3.12.1895, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, IV. Session 1895/97, IX. Legislaturperiode, I. Anlagenband, Aktenstück Nr. 35, S. 104.

[71] Die Möglichkeit einer behördlichen Kontrolle wurde im Gesetzgebungsverfahren im Zusammenhang mit dem Schutz des Privatmanns, nach heutigem Verständnis des Verbrauchers, vereinzelt ins Spiel gebracht, fand aber keinen Widerhall, *Ahrens*, WRP 1980, 129, 132. Der Gedanke einer behördlichen Kontrolle ist freilich später immer wieder aufgegriffen worden (z.B. durch *von Hippel*, ZRP 1973, 177 ff.) und erlebt in jüngster Zeit durch die VO 2006/2004 und das VSchDG wieder eine Renaissance.

[72] *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 3 Rn. 72.

[73] *Hadding*, JZ 1970, 305, 310; aufschlussreich dazu auch RG vom 25.6.1890, RGZ 28, 238, 250 f. – *Börsenverein*.

[74] Begr. des Regierungsentwurfs, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, IV. Session 1895/97, IX. Legislaturperiode, I. Anlagenband, Aktenstück Nr. 35, S. 101.

[75] *Ahrens*, WRP 1980, 129, 130.

2. UWG 1909

Das UWG 1896 erwies sich aufgrund seines auf enumerativen Fallgruppen beruhenden Regelungsansatzes schnell als lückenhaft. Die Erwartungen, die mit dem UWG 1896 verbunden waren, erfüllten sich nicht in jeder Hinsicht. Zwar hatte das UWG dazu beigetragen, »den Grundsätzen von Treu und Glauben im Geschäftsleben mehr und mehr Geltung zu verschaffen«, doch blieb der Schutz vor unlauteren Praktiken aus verschiedenen Gründen lückenhaft und unzureichend:

»Man hat diese Entwicklung damit erklären wollen, daß die durch den unlauteren Wettbewerb betroffenen Kreise es vielfach an der erforderlichen Rührigkeit der Abwehr haben fehlen lassen und von den durch das Gesetz gewährten Rechtsbehelfen nicht überall den richtigen Gebrauch gemacht haben. Ein solcher Einwand erscheint nicht ganz unbegründet. Die mangelnde Initiative der Beteiligten kann aber nicht allein für die Sachlage verantwortlich gemacht werden. Vielmehr hat ersichtlich das Gesetz selbst in einzelnen seiner Bestimmungen der Auslegung und Anwendung Schwierigkeiten bereitet. Mehrfach sind, namentlich in der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten des Gesetzes, namentlich gerichtliche Entscheidungen fehlgegangen, andere Entscheidungen sind von den beteiligten Kreisen mißverstanden oder zu Unrecht verallgemeinert worden. Hierdurch ist in einzelnen Fragen eine gewisse Rechtsunsicherheit erzeugt worden, aus welcher wiederum der unlautere Wettbewerb seine Zwecke Nutzen gezogen hat«[76].

Bereits 1909 wurde das UWG 1896 durch ein neues Gesetz abgelöst, das dann im Kern bis 2004 galt. Die entscheidende Neuerung des UWG 1909 bestand materiellrechtlich in der Einführung einer Generalklausel in § 1 UWG a.F. Erst sie ermöglichte die unentbehrliche Flexibilität des Rechts in einem sich stetig wandelnden Wettbewerbsgeschehen. Es setzte sich damit die Erkenntnis durch, dass der Vielgestaltigkeit des Wettbewerbs und dem damit verbundenen Facettenreichtum unlauterer Handlungen auf Dauer nur mit einer Generalklausel wirksam zu begegnen war. Das UWG 1909 brachte hingegen keine strukturellen Veränderungen des Sanktionssystems. Neu aufgenommen wurde eine Zurechnungsnorm, wonach der Inhaber eines Betriebes für das unlautere Verhalten seiner Angestellten und Beauftragten auf Unterlassung in Anspruch genommen werden konnte[77]. Festgehalten wurde an der Zweispurigkeit von privatrechtlichen und strafrechtlichen Sanktionen, wenngleich Überlegungen aufkamen, vor allem den strafrechtlichen Schutz auszuweiten. Dies beruhte auf der Kritik, die Möglichkeiten privaten Rechtsschutzes würden in der Praxis nur unzureichend genutzt[78]. Doch auch die strafrechtlichen Sanktionen blieben nicht frei von Beanstandungen. Aus Kreisen der Kleingewerbe waren »mit besonderer Lebhaftigkeit« Beschwerden laut geworden, dass sich die »die strafrechtliche Geltendmachung der

[76] Erläuterungen zum vorläufigen Entwurf eines Gesetzes betreffend die Abänderung des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896, MuW 1908, 49, 54.

[77] Dazu eingehend unten, § 9. C. II. 1., S. 658 ff.

[78] *Ahrens*, WRP 1980, 129, 132.

durch das Gesetz gewährten Rechtsbehelfe in der Praxis meist äußerst beschwerlich und langwierig gestaltet habe«. Außerdem wurde bemängelt, dass »die Staatsanwaltschaften es vielfach an einer energischen Handhabung der Vorschriften haben fehlen lassen«[79].

a) Lauterkeitsrecht und überindividuelle Interessen im Wettbewerb

Dass unlautere Handlungen nicht nur Individualinteressen beeinträchtigen, sondern »einen gemeingefährlichen Charakter«[80] haben, ist eine alte Erkenntnis. »Wie der Handel in seinem individualistischen Betrieb zugleich eine soziale Seite hat, so hat der unlautere Wettbewerb«, schreibt *Kohler*, »zugleich eine antisoziale Natur«[81]. Aufwertung und Anerkennung überindividueller Interessen als selbstständige Aspekte lauterkeitsrechtlichen Schutzes vollzogen sich über die Verbandsklage. Das Reichsgericht stellte die selbstständige Bedeutung des öffentlichen Interesses an der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in der *Markenverband*-Entscheidung besonders heraus. Das Gericht ließ die Unterlassungsklage eines Verbandes zu, obgleich zuvor bereits ein verletzter Mitbewerber Klage auf Unterlassung erhoben hatte. Damit kam zum Ausdruck, dass der Schutz vor unlauterem Wettbewerb nicht nur auf die Bewahrung individueller Rechtspositionen einzelner Marktakteure zielt, sondern darüber hinaus auch in öffentlichem Interesse liegt[82]. Dogmatisch war damit ein wichtiger Meilenstein gesetzt, denn das Lauterkeitsrecht konnte nicht mehr nur als ein spezielles Konkurrentendeliktsrecht verstanden werden. Daraus ergaben sich wichtige Folgerungen. Erstens wurde damit klar ausgesprochen, dass die Verbandsklage nicht einen bloßen »Notbehelf« für den Fall fehlender Initiative von Mitbewerbern bei der Bekämpfung unlauterer Verhaltensweisen bildet. Diese eigenständige Bedeutung beschränkte sich zweitens nicht allein die Sanktionsebene. Vielmehr korrespondierte die kollektivrechtliche Sanktion mit einem materiellrechtlichen Schutz überindividueller Interessen. Daraus folgte drittens ein entscheidendes und »wesensprägendes« Charakteristikum des Lauterkeitsrechts, die Mehrdimensionalität geschützter Interessen. Allerdings wurzelt in der damit anerkannten Mehrdimensionalität des lauterkeitsrechtlichen Schutzes eine elementare Problematik. Die verschiedenen Interessen verlaufen keineswegs parallel, sondern das Lauterkeitsrecht steht vor der schwierigen Aufgabe, diese unterschiedlichen Interessen jeweils gewichten und miteinander in Ausgleich bringen zu müssen.

[79] Vorläufiger Entwurf eines Gesetzes betreffend die Abänderung des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896, MuW 1908, 49, 63.

[80] *Kohler*, Der unlautere Wettbewerb, S. 25.

[81] *Kohler*, Der unlautere Wettbewerb, S. 25.

[82] RG vom 14.1.1928, RGZ 120, 47, 49 – *Markenverband*; ähnlich RG vom 29.4.1930, RGZ 128, 330, 343 – *Rundfunknachricht*.

b) Wirtschaftskrise und Nationalsozialismus

Staatskrisen führen häufig zu einer Ausweitung von Verboten, zu einer Verschärfung von Sanktionen, zu Einschränkungen des Wettbewerbs oder gar zu dessen vollständiger Ausschaltung. Die prekäre wirtschaftliche und politische Situation zum Ende der Weimarer Republik fand unter anderem in einer gemäß Art. 48 der Weimarer Reichsverfassung erlassenen Notverordnung Ausdruck[83], die ein Verbot des Zugabewesens, eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Strafvorschriften beinhaltete und im Übrigen noch einmal die privatrechtlichen Ansprüche des UWG wiederholte. Treffend und geradezu prophetisch kritisierte *Baumbach* im Vorwort seines Kommentars zur Verordnung zum Schutze der Wirtschaft mit Blick auf diese Neuregelung, es sei verfehlt, »jeden angeblichen oder wirklichen Übelstand durch eine starre Gesetzgebung zu bekämpfen, statt auf die Schmiegsamkeit einer gerade auf diesem Gebiet stets fortschreitenden Rechtslehre und Rechtspraxis zu vertrauen«[84]. Nur kurze Zeit später wurde in Ergänzung der ZugabeVO das RabattG erlassen. Weil den Unternehmen die Zugabe als Reklamemittel nahezu vollständig entzogen wurde, griffen sie offenbar verstärkt zum Rabatt. Es galt – so heißt es in der amtlichen Begründung[85] – Missstände und Ausartungen zu beseitigen, die hauptsächlich darin gesehen wurden, dass Nachlässe in einer Höhe gewährt wurden, die mit einer normalen kaufmännischen Betriebsrechnung nicht mehr in Einklang stehen. Das RabattG enthielt zivilrechtliche Sanktionen[86] und Ordnungswidrigkeitentatbestände[87].

Brachten ZugabeVO und RabattG keine grundlegenden Änderungen, sondern lediglich partielle Verschärfungen, vollzog das Gesetz über Wirtschaftswesen vom 12. September 1933[88] einen deutlichen Richtungswechsel hin zu einer staatlich gelenkten und kontrollierten Wirtschaft. Das Gesetz unterstellte öffentliche und private Werbung, Anzeigen, Ausstellungen, Messen und Reklame der Aufsicht des Reichs. Die Kontrolle wurde durch den Werberat der deutschen Wirt-

[83] Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft vom 9.3.1932, RGBl. I 1932 (Nr. 15), S. 121 ff. Offenbar fehlte dem parlamentarischen Gesetzgeber die Kraft zum Erlass eines formellen Gesetzes, wie die verschiedenen Anläufe zur Schaffung eines speziellen Gesetzes zum Zugabewesen bzw. zu einer Änderung des UWG belegen: Siehe dazu den Entwurf der Reichsregierung für ein Gesetz über die Gewährung von Zugabe zu Waren oder Leistungen, GRUR 1932, S. 58 ff.; Antrag der Abgeordneten *Drewitz*, *Lauterbach*, *Borrmann* und anderen vom 15.12.1930, Bd. 449, Nr. 590 betreffend die Schaffung eines besonderen Gesetzes über die Gewährung von Zugaben. Vgl. ferner die Anträge zur Abänderung des UWG: Antrag der Abgeordneten *Döbrich*, *Dr. Wendhausen* und anderen vom 6.12.1930, Verhandlungen des Reichstages, V. Wahlperiode 1930, Anlagen zu den Stenographischen Berichten, Bd. 449, Nr. 457; Antrag der Abgeordneten *Dr. Dessauer*, *Dr. Perlitius* und anderen vom 26.2.1931, Bd. 450, Nr. 846; Antrag der Abgeordneten *Wollath* und anderen vom 16.10.1931, Bd. 451, Nr. 1216.

[84] *Baumbach*, Vorwort im Kommentar zur Verordnung zum Schutze der Wirtschaft vom 9.3.1932.

[85] Amtliche Begr. zum Gesetz über Preisnachlässe, Deutscher Reichs- und Preußischer Staatsanzeiger Nr. 284 vom 5.12.1933, S. 4 f.

[86] § 12 RabattG.

[87] § 11 RabattG.

[88] RGBl. I, S. 625.

schaft – dessen Besetzung und Beaufsichtigung dem Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda oblagen – ausgeübt. Jegliche Wirtschaftswerbung bedurfte nunmehr einer vorherigen Genehmigung[89]. Zur Ausführung und Gestaltung von Werbung erstellte der Werberat überdies detaillierte Richtlinien, die von der Praxis offenbar weithin als verbindlich akzeptiert wurden[90].

c) Kontinuität und Wandel in der Nachkriegszeit

Nach Überwindung der nationalsozialistischen Herrschaft begann im Lauterkeitsrecht eine Rückanknüpfung an den Zustand vor 1933[91]. Zugleich verfeinerte sich das Netz lauterkeitsrechtlicher Verbote. Im Bereich der Sanktionen gab es bis zur UWG-Reform 2004 nur wenige bedeutsame Einschnitte. Hervorzuheben ist als wichtigster Schritt des Gesetzgebers die Ausweitung der Verbandsklagebefugnis auf Verbraucherverbände im Jahre 1965[92]. Damit sollte zum Ausdruck kommen, dass durch unlauteres Verhalten nicht nur die Interessen der Mitbewerber, sondern auch der Verbraucher berührt werden und die Lauterkeit im Wettbewerb nicht nur unter individual-, sondern auch unter kollektivrechtlichem Aspekt zu schützen sei[93].

Zu einer Ausweitung der individuellen Klagemöglichkeiten zugunsten der Marktgegenseite, insbesondere der Verbraucher, kam es dagegen nicht. Der BGH verneinte in der *Prüfzeichen*-Entscheidung einen Individualanspruch bei Wettbewerbsverstößen aufgrund des UWG[94]. Obgleich die Entscheidung nicht private Endverbraucher, sondern gewerbliche Abnehmer betraf, ist der darin aufgestellte Rechtssatz bis heute in Rechtspraxis und Rechtslehre herrschend, wenn auch nicht unumstritten geblieben. Nach intensiven Diskussionen über das Für und Wider von Individualansprüchen und mehreren Anläufen schuf der Gesetzgeber im Jahre 1986[95] ein Rücktrittsrecht für Abnehmer bei unwahrer Werbung und öffnete damit die Tür einen Spaltbreit für einen lauterkeitsrechtlichen Individualschutz der Marktgegenseite. In seiner Wirkung kam das Rücktrittsrecht für Abnehmer indessen nicht mehr als einem rechtspolitischen »Trostpflaster« gleich. Es konnte sich in der Praxis nicht durchsetzen[96] und wurde anlässlich der

[89] Zu den ideologischen Auswirkungen des NS-Zeit auf das Lauterkeitsrecht *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 3 Rn. 96 ff.

[90] *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 3 Rn. 93 f.

[91] *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 3 Rn. 112, konstatiert eine Abkehr von den innovativen Ansätzen des Reichsgerichtes zugunsten der konservativen Dogmatik, weil diese während der NS-Zeit unverdächtig geblieben sei.

[92] BGBl. I, S. 625.

[93] *Hefermehl*, in: Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I (10. Aufl. 1971), § 13 Rn. 18.

[94] BGH vom 14.5.1974, GRUR 1975, 150 – *Prüfzeichen*.

[95] Gesetz zur Änderung wirtschafts- und verbraucher-, arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften vom 25.7.1986, BGBl. I, S. 1196; in Kraft getreten am 1.1.1987.

[96] Die Gründe sind vielfältig, dazu im Einzelnen *Alexander*, Vertrag und unlauterer Wettbewerb, S. 65 ff.

UWG-Reform 2004 ersatzlos gestrichen[97]. Zugleich stellte der Gesetzgeber in den amtlichen Materialien zum UWG 2004 klar, dass die Vorschriften des UWG mit Ausnahme der §§ 16 ff. UWG keine Schutzvorschriften im Sinne des § 823 Abs. 2 S. 1 BGB sind[98]. Damit sollte ein dogmatisch denkbarer (Um-)Weg versperrt werden, die im UWG nicht vorgesehenen Individualansprüche der Marktgegenseite über das BGB zu konstruieren.

In der Praxis setzte sich der Siegeszug der privatrechtlichen Sanktionen fort, während die Strafvorschriften mehr und mehr in den Hintergrund traten. Die privatrechtlichen Ansprüche blieben als solche im Wesentlichen unverändert. Zu deren Geltendmachung entwickelte die Rechtspraxis im Laufe der Zeit ein detailliertes und flexibles Durchsetzungssystem. Eine wichtige und für die effektive Verfolgung von lauterkeitsrechtlichen Verstößen auf privatrechtlichem Wege entscheidende Weichenstellung nahm der BGH in der *Fotowettbewerb*-Entscheidung vor[99]:

Darin billigte das Gericht einem Verein zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs einen Kostenerstattungsanspruch für die notwendigen Aufwendungen einer vorprozessualen Abmahnung zu[100]. Das Gericht verwirft in der Entscheidung den Ansatz, die Kostenerstattung auf einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB zu stützen[101], und zieht stattdessen § 683 BGB heran. Die vorprozessuale Abmahnung liege jedenfalls auch im Interesse des Verletzers, weil dieser die Gelegenheit erhalte, einen kostspieligen Rechtsstreit zu vermeiden[102]. Diese (rechtlich zweifelhafte) Konstruktion verdeckte den rechtspolitisch richtigen Kerngedanken des Erstattungsanspruchs, wonach das Recht, wenn es die Sanktionierung überwiegend oder ausschließlich in die Hände von Privatsubjekten legt, Anreize zur Rechtsdurchsetzung setzen kann. Dies gilt speziell in Konstellationen, in denen die Rechtsverfolgung nicht darauf beruht, dass eigene Rechtspositionen unmittelbar beeinträchtigt werden, wie dies bei Verbänden der Fall ist, die regelmäßig durch unlautere Handlungen keinen Nachteil erleiden.

Gerade diese Rechtsprechung ist immer wieder verdächtigt worden, das viel beklagte »Abmahnunwesen« begünstigt, wenn nicht sogar hervorgerufen zu haben[103]. Kennzeichnend für diese bis heute in Variationen wiederkehrende Problematik ist die Bildung von »Abmahnvereinen«, deren Existenzzweck im Grunde allein darin besteht, unlautere Handlungen aufzuspüren und abzumahnen. Dar-

[97] Begr. zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 15/1487, S. 14.

[98] Diese Stellungnahme hat im Schrifttum Kritik heraufbeschworen; so spricht etwa *Fezer*, in: Fezer, UWG, Einl. E Rn. 102 Fn. 95 von einem »Beitrag der Ministerialbürokratie«, der nicht »für bare Münze« genommen werden sollte.

[99] BGH vom 15.10.1969, BGHZ 52, 393 ff. – *Fotowettbewerb*.

[100] BGH vom 15.10.1969, BGHZ 52, 393, 399 – *Fotowettbewerb*.

[101] BGH vom 15.10.1969, BGHZ 52, 393, 397 f. – *Fotowettbewerb*.

[102] BGH vom 15.10.1969, BGHZ 52, 393, 399 – *Fotowettbewerb*.

[103] So etwa *Pastor*, GRUR 1982, 330, 335: Die Ursache für den um sich greifenden Missbrauch von Verwarnungen sei »von der Rechtsprechung durch die Zubilligung des Erstattungsanspruchs aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag gesetzt worden«; ähnlich *Schricker*, GRUR Int. 1996, 473, 478.

aus entwickelte sich in bestimmten Wirtschaftsbereichen und namentlich für kleine und mittlere Unternehmen eine bedeutende Belästigung und Belastung[104]. Diese Entwicklung ist vielfach beklagt worden und hat zu verfehlten gesetzgeberischen Reaktionen geführt[105]. Die Ursachen der nicht zu bestreitenden Missstände lagen indessen tiefer und hatten vor allem mit dem oft gelobten hohen Schutzstandard des deutschen Lauterkeitsrechts zu tun[106]. Die »erdrückende Fülle der wettbewerbsrechtlichen Verbotstatbestände«[107], gepaart mit einer gewissen Verbotsfreude der Gerichte brachten es mit sich, dass Verstöße gegen das UWG leicht zu finden waren, während das Risiko erfolgloser Abmahnungen gering blieb. Noch dazu scheuten viele Abgemahnte den risikoreichen Gang zum Gericht und zahlten stattdessen lieber die Abmahnkosten, selbst wenn sich eine Abmahnung im Nachhinein vielleicht als unberechtigt herausgestellt hätte. Vor Belastungen suchte der Gesetzgeber die Unternehmen mit Einschränkungen der Klagebefugnis der Verbände zu schützen,[108] was zu der eigentümlichen Konsequenz führte, dass die Sanktionierung von lauterkeitsrechtlichen Verstößen geschwächt wurde und damit lediglich das Symptom behandelt, nicht aber die eigentliche Ursache bekämpft wurde.

Obgleich sich die privatrechtlichen Ansprüche bewährten und ihre Funktionsfähigkeit und Wirksamkeit eindrucksvoll unter Beweis stellten, gab es weitere Unzulänglichkeiten. Hierzu gehörte vor allem die Unübersichtlichkeit der Sanktionsvorschriften innerhalb des Gesetzes. Geradezu chaotisch mutete die Regelung des Schadensersatzes an. § 1 UWG a.F. enthielt für Verstöße gegen die Generalklausel einen eigenständigen Schadensersatzanspruch, der nach allgemeiner Ansicht verschuldensabhängig war, obgleich dies im Gesetz nicht zum Ausdruck kam. § 13 Abs. 6 UWG a.F. erstreckte den Schadensersatzanspruch auf weitere Rechtsverstöße; das Gesetz sah insoweit ausdrücklich das Verschulden als Anspruchsvoraussetzung vor. § 14 UWG a.F. enthielt hingegen für den Fall der Anschwärzung einen eigenständigen und verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch. § 19 UWG a.F. statuierte für Verstöße gegen bestimmte Strafvorschriften einen separaten Schadensersatzanspruch, der an die Verwirklichung des objektiven und subjektiven Straftatbestandes anknüpfte. Nur wenig übersichtlicher geriet die Ausgestaltung des lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruches, der ebenfalls an verschiedenen Stellen im Gesetz Erwähnung fand[109]. Nicht im Gesetz enthalten war der – allerdings allgemein anerkannte[110] – Beseitigungsanspruch.

---

[104] Zu weiteren Erscheinungsformen *Pastor*, GRUR 1982, 330, 333 ff.; siehe dort auch zu der Unterscheidung von »Gebührenvereinen« und »Verwarnungsvereinen«.

[105] *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 3 Rn. 118.

[106] Dies übersieht *Pastor*, GRUR 1982, 330, 334 f. in seiner Ursachenanalyse.

[107] *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 3 Rn. 119.

[108] Begr. zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/7345, S. 10 f.

[109] Siehe §§ 1, 3, 7, 8, 13 Abs. 1, 2 UWG a.F.

[110] Vgl. nur BGH vom 26.11.1997, GRUR 1998, 415, 416 – *Wirtschaftsregister*.

3. Liberalisierung und Europäisierung

Schricker beschrieb das Lauterkeitsrecht als »ein in wenigen Gesetzesvorschriften wurzelnder, zu imposanter Höhe emporgewachsener, reich verzweigter und in feinste Verästelungen ausblühender Baum, aus dem ständig weitere Triebe hervorwachsen«[111]. Er mahnte, bei »dem Bemühen, zwischen Bindung und Freiheit die rechte Mitte zu finden, ist das Schiff der Wettbewerbspraxis den hemmenden Untiefen einer Überregulierung gefährlich nahe gekommen; das Steuer sollte herumgeworfen und Kurs auf freieres Fahrwasser genommen werden«[112]. Ein spürbarer Kurswechsel setzte in der zweiten Hälfte der 1990er Jahre durch Wandlungen in der Rechtsprechung ein[113]. Impulsgeber war das Gemeinschaftsrecht. Gesetzgeberische Akte der Liberalisierung bestanden in der Streichung von lauterkeitsrechtlichen Sondertatbeständen innerhalb des UWG und in der ersatzlosen Abschaffung von RabattG und ZugabeVO.

a) UWG-Reform 2004

Nur einen vorläufigen Schlusspunkt bildete die UWG-Reform im Jahre 2004. Das UWG wurde dabei gleichsam runderneuert. Die Generalklausel blieb erhalten, wurde aber redaktionell »modernisiert«. Konkretisierende Beispielstatbestände griffen die bisherige Rechtsentwicklung auf und gossen diese in Gesetzesform. Auf Sanktionsebene wurden die bislang zerklüfteten Sanktionsvorschriften im zweiten Kapitel des Gesetzes vereinheitlicht, sprachlich überarbeitet und inhaltlich konkreter ausgestaltet[114]. Die bislang über das Gesetz verstreuten Schadensersatzregelungen wurden in § 9 S. 1 UWG gebündelt. Der verschuldensunabhängige Schadensersatzanspruch bei Anschwärzungen verschwand. Das Presseprivileg aus § 13 Abs. 6 Nr. 1 UWG a.F. wurde sachlich erweitert. Es gilt gemäß § 9 S. 2 UWG für sämtliche unlauteren Handlungen, nicht mehr allein für irreführende Werbung. Zudem hielten bislang ungeschriebene, aber anerkannte Tatbestandsmerkmale ebenso Einzug in das Gesetz[115] wie richterrechtlich entwickelte Rechtsinstitute[116]. Als wohl spektakulärste Neuerung darf der Gewinnabschöpfungsanspruch in § 10 UWG gelten. Im Übrigen wurde an dem bewährten Sanktionssystem festgehalten. Einige Änderungen der zivilverfahrensrechtlichen Regelungen passten das Gesetz an die Rechtspraxis an. Gestrichen wurde etwa die Regelung der Streitwertbegünstigung in § 23b UWG a.F., die wegen des Vorrangs von § 12 Abs. 4 UWG[117] keinen nennenswerten Anwendungsbereich hatte und im Grunde

[111] *Schricker*, GRUR Int. 1975, 33, 36.
[112] *Schricker*, GRUR Int. 1996, 473, 479.
[113] *Beater*, JZ 2000, 973 ff.
[114] In diesem Sinne bereits die Forderung von *Schricker*, GRUR Int. 1996, 473, 479.
[115] Zu nennen sind die Wiederholungsgefahr für den Unterlassungsanspruch und die Erstbegehungsgefahr beim vorbeugenden Unterlassungsanspruch in § 8 Abs. 1 UWG.
[116] Zu nennen ist etwa die Abmahnung als gesollte vorgerichtliche Maßnahme (§ 12 Abs. 1 S. 1 UWG) und der Erstattungsanspruch gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 UWG.
[117] 23a UWG a.F.

überflüssig war[118]. § 13 UWG begründet nunmehr eine ausschließliche sachliche Zuständigkeit der Landgerichte. Die Auswirkungen dieser Neuerung sind allerdings marginal. Denn es entsprach bereits unter Geltung des alten Rechts gängiger Praxis, die ganz überwiegende Zahl von Wettbewerbsstreitigkeiten in erster Instanz vor den Landgerichten zu führen.

b) UWG-Novelle 2008

Nur wenige Jahre nach der UWG-Reform 2004 veränderte das UWG erneut merklich seine Gestalt. Die materiellrechtlichen Einschnitte gehen dabei vermutlich viel tiefer als die Änderungen im Zuge der UWG-Reform 2004 und sind im Einzelnen noch kaum abzuschätzen. Den gemeinschaftsrechtlichen Anlass zur Novellierung des UWG gab die RL 2005/29/EG. Diese Richtlinie hätte bereits bis zum 12. Juni 2007 umgesetzt werden müssen[119] und spätestens ab 12. Dezember 2007 hätten die zur Umsetzung der Richtlinie erlassenen Rechtsvorschriften angewendet werden müssen[120]. Der deutsche Gesetzgeber tat sich jedoch mit der Umsetzung schwer. Möglicherweise war es ein Fehler, die UWG-Reform 2004 zu verabschieden, obgleich sich auf europäischer Ebene bereits die Richtlinie abzeichnete. Denn es war zu diesem Zeitpunkt schon absehbar, dass nach Inkrafttreten des UWG 2004 umfangreiche neue Arbeiten am Gesetz notwendig sein würden. Erst im Mai 2008 – nachdem die meisten Mitgliedstaaten die Richtlinie längst in nationales Recht umgesetzt hatten – wurde ein Regierungsentwurf vorlegt[121]. Dieser wurde, mit nur wenigen redaktionellen Änderungen durch den Rechtsausschuss[122], am 27. November 2007 vom Bundestag in dritter Lesung beschlossen und ist am 30. Dezember 2008 in Kraft getreten.

Im Vergleich zur konzeptionell gelungenen UWG-Reform 2004 ist die Umsetzung der RL 2005/29/EG kein Meisterstück. Der Gesetzgeber schwankte zwischen einer schlanken (das noch junge Gesetz möglichst wenig verändernden) und zugleich richtlinientreuen Umsetzung. Dieser Versuch der Quadratur des Kreises führte zu einer Anhäufung von Regelungen, deren Verhältnis zueinander unklar ist[123] und zu Regelungen, die ohne Zuhilfenahme der Richtlinie schlicht unverständlich sind[124]. Das Sanktionsregime ist unverändert geblieben. Lediglich in redaktioneller Hinsicht wurde in den §§ 8 bis 10 UWG die Klarstellung aufgenommen, dass die Sanktionen bei einer Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7

[118] Zur Abgrenzung beider Vorschriften nach altem Recht *Hefermehl*, in: Baumbach/Hefermehl, UWG (22. Aufl. 2001), § 23a Rn. 14.

[119] Art. 19 Abs. 1 RL 2005/29/EG.

[120] Art. 19 Abs. 2 RL 2005/29/EG.

[121] BT-Drucks. 16/10145; dazu *Hoeren*, BB 2008, 1182 ff.; *Kulka*, DB 2008, 1548 ff.; *Sosnitza*, WRP 2008, 1014 ff.

[122] BT-Drucks. 16/11070.

[123] Z.B. die zahlreichen Vorschriften zum Schutz vor Verwechslungsgefahren und Täuschungen über die betriebliche Herkunft.

[124] § 5a Abs. 2 UWG muss beispielsweise immer im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 bis 3 RL 2005/29/EG gelesen werden, weil sich der Sinn dieser Vorschrift (gerade im Verhältnis zu Absatz 1) ansonsten nicht erschließt.

UWG ausgelöst werden können. Das war erforderlich, weil der Gesetzgeber die unzumutbare Belästigung in § 7 UWG systematisch von der Generalklausel des § 3 UWG abgekoppelt hat[125].

c) Weitere Rechtsentwicklung

Nach Umsetzung der RL 2005/29/EG kommt das UWG nicht zur Ruhe. Die letzte Änderung beruht auf dem Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 29. Juli 2009[126]. Anliegen dieses Gesetzes ist es, dem um sich greifenden Telefonterror zu Werbe- und (angeblichen) Marktforschungszwecken entgegenzuwirken. Zu diesem Zweck wird unter anderem[127] § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG verschärft[128]. Außerdem wird der lauterkeitsrechtliche Sanktionskatalog um einen Bußgeldtatbestand ergänzt. Gemäß § 20 Abs. 1 UWG kann nunmehr bei Zuwiderhandlungen gegen § 7 Abs. 1 in Verbindung Abs. 2 Nr. 2 UWG ein Bußgeld von bis zu fünfzigtausend Euro verhängt werden[129]. Zugleich werden damit indirekt die Möglichkeiten zur Gewinnabschöpfung verbessert, weil bei Bemessung der Geldbuße § 17 Abs. 4 OWiG zu beachten ist, der eine Abschöpfung von wirtschaftlichen Vorteilen erlaubt. Außerdem ist die Anordnung von Verfall gemäß § 29a OWiG möglich[130]. Zuständige Behörde ist die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen[131].

Das Lauterkeitsrecht wird damit für behördliche Sanktionen geöffnet[132]. Es ist für den Gesetzgeber künftig ein Leichtes, in § 20 Abs. 1 UWG weitere Bußgeldtatbestände »aufzusatteln«. Auf längere Sicht wird die Frage einer behördlichen Kontrolle im Lauterkeitsrecht ohnehin auf der Agenda stehen. Denn das Gemeinschaftsrecht scheint zum Schutz der Verbraucher vor unlauteren Handlungen behördlichen Sanktionen zuzuneigen[133].

---

[125] Mit Recht kritisch dazu *Sosnitza*, WRP 2008, 1014, 1019.

[126] BGBl. I, S. 2413; in Kraft getreten am 4.8.2009.

[127] Das Gesetz verschärft außerdem bestimme fernabsatzrechtliche und telekommunikationsrechtliche Bestimmungen.

[128] Statt wie bisher einer »Einwilligung« der Verbraucher bedarf es nach neuem Recht einer »vorherigen ausdrücklichen Einwilligung«.

[129] § 20 Abs. 1 und Abs. 2 UWG.

[130] Dazu näher unten, § 6. B. II. 1. und 2. c), S. 444 ff. und S. 451 ff.

[131] § 20 Abs. 3 UWG.

[132] Bemerkenswert aktuell die Stellungnahme des Abgeordneten *Vielhaben* in der achten Sitzung am 14.12.1895 in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, IV. Session 1895/97, IX. Legislaturperiode, I. Band, S. 133: »Das Publikum wird hauptsächlich und direkt geschädigt; deshalb müßte die Verfolgung dieser Uebelstände nicht bloß den Erwerbsgenossen überlassen bleiben, sondern jeder aus dem Volk müßte dazu berechtigt sein. Da das aber erhebliche Bedenken hätte, so wäre es Sache des Staats oder richtiger der Verwaltungsbehörden gegen die Mißstände einzuschreiten.«

[133] Siehe etwa die VO 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, die von der Existenz nationaler Verbraucherschutzbehörden ausgeht. Überlegungen zu einem Ausbau von behördlichen Strukturen zum Schutz der Verbraucher vor unlauteren Praktiken finden sich auch im Grünbuch Kollektive Rechtsdurchsetzung der Kommission.

II. Kartellrecht

Die Wurzel des Kartellrechts liegt in der privatautonomen Regelungsbefugnis des Einzelnen zur Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse, die zwangsläufig die Freiheit einschließt, wettbewerbliche Handlungsmöglichkeiten und damit die Wettbewerbsfreiheit insgesamt zu beschränken[134]. Kartellrechtliche oder kartellrechtsähnliche Vorschriften bestanden schon in früheren Zeiten, insbesondere während der Blüte des Zunftwesens[135]. Doch dienten diese Regelungen nicht der Gewährleistung eines freien und funktionsfähigen Wettbewerbs im heutigen Sinne, sondern dem Erhalt bestehender Machtstrukturen und zielten damit in eine dem heutigen Kartellrecht entgegengesetzte Richtung[136].

1. Herausbildung des Kartellrechts

a) Das Kartellproblem

Kartellrecht setzt Gewerbefreiheit voraus[137]. Erst aus der Freiheit wirtschaftlicher Betätigung erwächst die Gefahr, dass Wettbewerb beschränkt wird. Wettbewerbsbeschränkende Praktiken waren nach Schaffung von Gewerbefreiheit bald weit verbreitet. Begünstigt wurde die Neigung zur Kartellbildung durch die wirtschaftliche Situation, die im letzten Viertel des neunzehnten Jahrhunderts von einer anhaltenden Krise gekennzeichnet war[138]. Den zunehmenden Wettbewerbsbeschränkungen traten Rechtsprechung[139] und politische Kräfte[140] nicht entschlossen entgegen. Paradigmatisch für die Weichenstellung der Rechtsprechung ist die berühmte und viel kritisierte Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1897 zum Sächsischen Holzstoff-Fabrikanten-Verband[141].

---

[134] *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 10; *Rittner*, Wirtschaftsrecht, § 13 Rn. 5.

[135] *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 12 ff.; *Vogel*, JZ 1958, 111 mit Beispielen.

[136] *Vogel*, JZ 1958, 111, 112.

[137] *Böhm*, Ordo 1 (1948), 197, 199; *Großfeld*, ZHR 141 (1977), 442, 443; *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 19 ff.; *Rittner*, Wirtschaftsrecht, § 13 Rn. 6. Zur Herausbildung der Gewerbefreiheit und dem Verhältnis zur Vertragsfreiheit *Strauß*, in: Festschrift Böhm, S. 603, 604 ff.

[138] *Baums*, Kartelle in Preußen, S. 32 f.; *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 227; *Rittner*, in: Liber Amicorum Alexander Riesenkampff, S. 125, 126; eingehende Analyse bei *Schröder*, Entwicklung, S. 21 ff.

[139] Zu Kartellrechtentscheidungen vor 1897 siehe *Schröder*, Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, S. 9 ff., 63 ff., speziell in Preußen *Baums*, Kartellrecht in Preußen, S.10 ff.

[140] *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 227, 250 ff.; *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 22.

[141] RG vom 4.2.1897, RGZ 38, 155 – *Sächsischer Holzstoff-Fabrikanten-Verband*; dazu *Böhm* ORDO 1 (1948), 197 ff; zu den Einflüssen ökonomischer Erkenntnisse damaliger Zeit auf die Entscheidung des Reichsgerichts *Rittner*, in: Liber Amicorum Alexander Riesenkampff, S. 125, 126 f.

Kläger war der genannte Verband, dem mehrere sächsische Holzstoff-Hersteller als Mitglieder angehörten und der zu dem Zweck gegründet wurde, »in Zukunft einen verderblichen Wettbewerb der Fabrikanten untereinander zu verhindern und für ihr Fabrikat ausschließlich einen angemessenen Preis zu erzielen«. Die Kartellmitglieder verpflichteten sich, unter dem Versprechen einer Vertragsstrafe im Falle der Zuwiderhandlung, ihr Fabrikat ausschließlich über eine gemeinsame Verkaufsstelle zu veräußern. Nachdem ein Verbandsmitglied mehrfach unter Umgehung dieser Vereinbarung direkt an Abnehmer verkauft hatte, klagte der Verband auf Zahlung der verwirkten Vertragsstrafe. Das Gericht anerkannte die Wirksamkeit der privaten Kartellabsprache, gab der Klage statt und ebnete damit den Weg zur Vermachtung von zahlreichen Wirtschaftsbereichen.

Mit Recht ist darauf hingewiesen worden, dass dem Reichsgericht in der Entscheidung weder mangelnde juristische Schärfe vorzuwerfen ist[142] noch mangelndes Bewusstsein bezüglich der Tragweite der Entscheidung[143]. Die Entscheidung war maßgeblich von wirtschafts- und rechtspolitischen Überlegungen getragen,[144] deren Beurteilung die Umstände der Zeit nicht unberücksichtigt lassen kann.[145] Die Nachteile von Kartellen wurden gegenüber den ihren Vorteilen als hinnehmbar angesehen,[146] ja ein allzu vehementes Einschreiten wäre geradezu als ein Hemmnis der wirtschaftlichen Entwicklung empfunden worden:

»Die Kartelle sind ja nichts willkürlich von den Unternehmern Geschaffenes, sondern sie und ihre Weiterbildungen sind notwendige Ergebnisse unserer ganzen wirtschaftlichen Entwicklung; wir können sie auch gar nicht entbehren, und ihre Unterdrückung, wenn überhaupt möglich, wäre ein Verzicht auf den wirtschaftlichen Fortschritt, der, wie wir sahen, durch sie gefördert wird. Es kann sich also nur darum handeln, ihre nachteiligen Wirkungen möglichst zu beseitigen. Aber auch hier haben wir gesehen, dass sie ungünstig hauptsächlich auf veraltete Betriebsformen und unökonomische Wirtschaftsorganisationen wirken, indem sie diese aus der Welt zu schaffen bestrebt sind.«[147]

Die Schaffung und Stärkung von Machtpositionen im Wettbewerb durch Kartelle wurde nicht als wirtschaftliches oder gesellschaftliches Problem angesehen, sondern als positive Mobilisierung und Bündelung von Kräften im Interesse des Fortkommens und – nicht zuletzt – im Streben nach wirtschaftlicher Stärke gegenüber dem Ausland[148]. Kartelle fanden damit als zwar nicht unproblematische, aber im Wesentlichen akzeptable Form der wirtschaftlichen Selbstorganisation Anerkennung. Sie standen nicht in der »Schmuddelecke des Wirtschaftslebens«,

[142] »Weder vorher noch nachher hat ein deutsches Gericht die entscheidende juristische Frage so klar gesehen und herausgearbeitet«, *Böhm*, Ordo 1 (1948), 197, 204.

[143] *E.R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, § 31, 2. g, S. 318 f.

[144] *Böhm*, Ordo 1 (1948), S. 197, 205 ff.

[145] In diesem Sinne etwa *E.R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, § 31, 2. g, S. 319, der das Urteil und die darin vorgenommenen Abwägung wirtschaftspolitischer Belange für gerechtfertigt hält.

[146] Ähnlich die Deutung der *Sächsischer Holzstoff-Fabrikanten-Verband*-Entscheidung bei *Brüggemeier*, in: Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, S. 63.

[147] *Liefmann*, Kartelle und Trusts, S. 258.

[148] *Großfeld*, ZHR 141 (1977), 442, 456.

sondern sie verfügten über feste gesellschaftsrechtliche Strukturen und nahmen offiziell an den wirtschaftspolitischen Diskussionen der Zeit teil[149]. Man kann die damals überwiegende Haltung zu Kartellen wohl dahingehend charakterisieren, dass die Unternehmen ihre knappen Ressourcen nicht im Wettstreit miteinander aufreiben und damit gleichsam »verschwenden« sollten, sondern besser daran taten, gemeinsame Anstrengungen in einem übergeordneten gesamtgesellschaftlichen Interesse, der allgemeinen Wohlfahrt, zu unternehmen[150]. Daher fanden sich in Kartellvereinbarungen etwa Formulierungen, es solle »ungesunder« oder »verderblicher« Wettbewerb verhindert werden. Nach Einschätzung *Böhms* wurde nicht der Wettbewerb gegen die Machenschaften von Privatpersonen geschützt, sondern die Machenschaften von Privatpersonen gegen den Wettbewerb und gegen den Staat[151]. Freilich fehlte es nicht an kritischen Stellungnahmen. Rechtsproblemen der Kartelle waren beispielsweise Gegenstand des 26., 27. und 35. Deutschen Juristentags, anlässlich derer durchaus deutlich auf durch Kartellbildung verursachte Missstände aufmerksam gemacht wurde[152]. Doch fanden diese mahnenden Stimmen insgesamt nur wenig Gehör.

b) Die Kartellverordnung von 1923

Die Kartellverordnung aus dem Jahr 1923[153] beinhaltete erstmals umfassende Vorschriften zur Regelung wirtschaftlicher Machtstellungen in Deutschland. Den Anlass für die Kartellverordnung gab weniger die Einsicht in die Notwendigkeit einer planmäßigen Kartellgesetzgebung als vielmehr das dringende Bedürfnis, auf die zunehmenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten in den zwanziger Jahren reagieren zu müssen[154]. Einerseits erstrebte die Reichsregierung mit der Kartellverordnung eine stärkere Marktfreiheit, andererseits schreckte sie vor einer völligen »Zertrümmerung« der Kartelle zurück. Lediglich die »schädlichen Auswüchse« sollten bekämpft werden[155]. Die Kartellverordnung erschwerte die Begründung privatautonomer Vereinbarungen mit wettbewerbsbeschränkendem Ziel, indem sie Schriftform verlangte und bestimmte Inhalte für nichtig erklärte. Zugleich erleichterte die Kartellverordnung eine Lösung von der Kartellvereinbarung für die beteiligten Vertragspartner. Der Reichswirtschaftsminister erhielt die Befugnis, Verträge oder Beschlüsse, »die Gesamtwirtschaft oder Gemein-

[149] *Basedow*, WuW 2008, 270.

[150] Siehe dazu beispielhaft etwa die von *Großfeld*, ZHR 141 (1977), 442, 449 wiedergegebene Argumentation der Vertreter der deutschen Kohlen- und Eisenkartelle auf der Kartellenquête 1902–1905.

[151] *Böhm*, Ordo 1 (1948), 197, 200.

[152] *Großfeld*, ZHR 141 (1977), 442, 450 ff.; *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 225; *Schröder*, Entwicklung, S. 175 ff.

[153] Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923, RGBl. S. 1067 ff.

[154] *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 337 f.; *Rittner*, Wirtschaftsrecht, § 13 Rn. 11; *Robert*, Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik, S. 62.

[155] *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 336.

wohl« gefährden, für nichtig zu erklären und die Durchführung solcher Vereinbarungen zu untersagen. Unternehmen, die durch das Wirken eines Kartells Nachteile erlitten, standen nach der Kartellverordnung keine individuellen Ansprüche zu. Allenfalls hätten die Betroffenen sich darauf berufen können, dass es sich – etwa im Falle einer Sperre – bei § 9 Abs. 1 Kartellverordnung um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 S. 1 BGB handeln könnte[156].

c) Wirtschaftskrise und Nationalsozialismus

Die Wirkung der Kartellverordnung blieb gering, sodass bald Forderungen nach einer Reform laut wurden[157]. Bestehende Wettbewerbsbeschränkungen existierten weiter und neue wurden geschaffen. In der Folge war die deutsche Wirtschaft bis 1930 von horizontalen und vertikalen Bindungen stark durchsetzt[158]. Die Kartellnotverordnung von 1930[159] ist als Reaktion auf die Zuspitzung der Wirtschaftskrise und verstärkte Preismissbräuche zu verstehen. In einer Presseerklärung der Reichsregierung heißt es:

»Die Anpassung der gebundenen Preise an die veränderte Wirtschaftslage und die gesunkene Kaufkraft breiter Massen sowie die Notlage der im freien Wettbewerb stehenden Wirtschaftskreise setzt sich nach allgemeiner Ansicht zu langsam und ihrem Ausmaß nach unzulänglich durch. Infolgedessen ist u.a. das Verhältnis der Preise von Waren und Leistungen zueinander vielfach in einer volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigten Weise verschoben worden. Die mangelhafte Anpassung der gebundenen Preise in einer Zeit, in der die gesamte deutsche Wirtschaft unter dem Druck einer schweren Depression steht, erschwert und verzögert die Überwindung der wirtschaftlichen Not für Zwecke brachliegender menschlicher Arbeitskräfte und technischer Anlagen weit über das unmittelbar durch eine Krise an sich bedingte Maß hinaus und hat Spannungen hervorgerufen, die einer ausgeglichenen Zusammenarbeit aller wirtschaftlich Tätigen im Wege stehen«[160].

Die Kartellnotverordnung erweiterte die Befugnisse aus der Kartellverordnung. Die Reichsregierung konnte unmittelbar zum Zweck der Preisherabsetzung eingreifen und Preiskartelle für nichtig erklären. Durchschlagende Erfolge waren allerdings nicht zu verzeichnen[161]. Mit der Ausführungsverordnung über Aufhebung und Untersagung von Preisbindungen vom 30. August 1930 wurden Verträge, die nach § 1 Kartellnotverordnung von der Reichsregierung für nichtig erklärt werden konnten, unter bestimmten Voraussetzungen der Nichtigkeit unterworfen, ohne dass es noch einer zusätzlichen Maßnahme bedurfte[162]. Weitere

[156] *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 370.
[157] *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 403 ff.
[158] *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 439: Ausmaß, wie es aus der Zeit vor dem ersten Weltkrieg unbekannt war.
[159] Fünfter Abschnitt der Verordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände vom 26.7.1930, RGBl. S. 311.
[160] Zitiert nach *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 440.
[161] *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 441.
[162] *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 441.

spezielle Notverordnungen folgten, insbesondere die Verordnung über Preisbindungen für Markenwaren vom 16. Januar 1931, die Notverordnung zum Schutze gegen Überteuerung vom 8. Dezember 1931 und die Verordnung über die Befugnisse des Reichskommissars für Preisüberwachung vom 8. Dezember 1931[163]. Die praktischen Auswirkungen der Regelungen hinsichtlich der vorhandenen Vermachtungstendenzen in der Wirtschaft blieben nur wenig spürbar.

Vorhandene Lücken im Kartellrechtsschutz suchten die Gerichte mithilfe privatrechtlicher Generalklauseln, insbesondere mit § 1 UWG a.F. und § 826 BGB, zu füllen[164]. Die Schwierigkeiten im Umgang mit wettbewerbsbeschränkenden Praktiken illustriert der *Benrather Tankstellen-Fall* des Reichsgerichts,[165] der nicht aufgrund der Kartellverordnung, sondern aufgrund von § 1 UWG a.F. entschieden wurde:

Große Mineralölunternehmen hatten sich zu einem Preisabkommen zusammengeschlossen und wollten den Kläger, einen unabhängigen Tankstellenbesitzer, durch eine ruinöse Preisschlacht dazu zwingen, entweder dem Kartell beizutreten oder sein Geschäft aufzugeben. Wenngleich das Reichsgericht das Preisunterbieten untersagte, offenbart die Begründung des Gerichts die Schwierigkeiten im Umgang mit Kartellphänomen. Die Richter hielten das Verhalten der Mineralölunternehmen für einen Fall unzulässigen Behinderungswettbewerbs. Die Beklagten hätten nicht beabsichtigt, »in einen echten Wettbewerb zu treten, indem sie dem Publikum ernstgemeinte Vorteile boten und es auf diese Weise durch die Preiswürdigkeit ihrer Leistung als Kunden gewinnen wollten«[166]. Vielmehr sei ihr Bestreben darauf gerichtet gewesen, durch ein künstliches und möglichst rasch durchgeführtes Manöver dem Kläger die Beteiligung am Wettbewerb unter allen Umständen unmöglich zu machen, indem sie das Publikum durch Unterbieten »koste es, was es wolle« von ihm abzogen, um hinterher, nach Beseitigung des Klägers, sofort zu ihren alten oder zu noch höheren Preisen zurückzukehren[167]. Die Begründung zeigt, dass nicht die Ursache bekämpft wurde (das Kartell), sondern lediglich die dadurch verursachten Symptome (die Individualbehinderung eines Mitbewerbers).

Noch im Jahr 1933 wurde das Zwangskartellgesetz verabschiedet, auf dessen Grundlage der Beitritt von Unternehmen zu einem Kartell erzwungen werden konnte[168]. Zwangskartelle waren kein neues Phänomen. Sie dienten schon während des ersten Weltkriegs als Instrument der Wirtschaftssteuerung, um die Versorgung des Heeres und der Zivilbevölkerung bei Verknappung von Rohstoffen sicherzustellen[169]. Faktisch bestand damit ein Instrument zur staatlichen Lenkung und Leitung der Wirtschaft. In der amtlichen Begründung heißt es demge-

[163] *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 442 ff.
[164] *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 24.
[165] RG vom 18.12.1931, RGZ 134, 342 – *Benrather Tankstelle*.
[166] RG vom 18.121931, RGZ 134, 342, 353 – *Benrather Tankstelle* unter Bezugnahme auf das zum Streitfall erstellte Privatgutachten von *Nipperdey*.
[167] RG vom 18.121931, RGZ 134, 342, 354 – *Benrather Tankstelle*.
[168] Aufschlussreiche Einblicke in die rechtliche Ausgestaltung und Organisation von Zwangskartellen in Deutschland und in der Schweiz gibt *Brunner*, Zwangskartelle, S. 86 ff.
[169] *Brunner*, Zwangskartelle, S. 28 ff.; *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 302 ff.

genüber verharmlosend, der Staat solle die Möglichkeit erhalten, zugunsten des Gemeinwohls ordnend einzugreifen, nicht aber sei bezweckt »die bestehende Wirtschaftsordnung, die auf Initiative und dem Verantwortungsgefühl des einzelnen Unternehmers beruht, von Grund auf zu ändern und einer staatlichen Planwirtschaft den Boden zu bereiten.«[170]

d) Alliiertes Dekartellierungsrecht

Angesichts der engen Verknüpfung von wirtschaftlichen und politischen Machtstrukturen wurde die Kartellpolitik zu einem wesentlichen Bestandteil der alliierten Besatzungspolitik nach dem zweiten Weltkrieg[171]. Im Potsdamer Abkommen heißt es:

»At the earliest practicable date, the German economy shall be decartelized for the purpose of eliminating the present excessive concentration of economic powers as exemplified in particular by cartels, syndicates, trusts and other monopolistic arrangements«.

Nach der Überwindung der nationalsozialistischen Herrschaft galt zunächst alliiertes Dekartellierungsrecht[172]: Gesetz Nr. 56 für die amerikanische und Nr. 78 für die britische Zone, weniger Bedeutung hatte dagegen die Verordnung Nr. 96 für die französische Zone. Die bis dahin geltenden deutschen kartellrechtlichen Gesetze und Verordnungen wurden aufgehoben. Das Ziel der Dekartellierungsvorschriften bestand darin, die vorhandenen Kartellstrukturen in der deutschen Wirtschaft wirksam und dauerhaft zu zerschlagen und der Herausbildung neuer Vermachtungstendenzen von Anfang an effektiv Einhalt zu gebieten. Erlangte die alliierte Kartellbehörde von einem kartellrechtswidrigen Vorgang Kenntnis, dann konnte sie ein Verwaltungsverfahren einleiten. Zu den wichtigsten Sanktionsinstrumenten gehörte die Unterlassungsanordnung, gegebenenfalls verbunden mit weiteren Anweisungen[173]. Zuwiderhandlungen gegen das Dekartellierungsrecht oder gegen Anordnungen der Kartellbehörde waren des Weiteren mit strafrechtlichen Sanktionen bewehrt[174]. Die Grundlage für privatrechtliche Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz bei Verstößen gegen das Dekartellierungsrecht bildeten das Lauterkeitsrecht und das bürgerliche Recht, dort speziell § 823 Abs. 2 S. 1 BGB.

In der *Warenkredit*-Entscheidung nahm der BGH zur privatrechtlichen Verfolgung von Verstößen gegen alliiertes Dekartellierungsrecht grundlegend Stellung. Das Gericht lehnte es ab, in jedem Verstoß gegen die Dekartellierungsbe-

[170] *Müllensiefen/Dörinkel*, Kartellrecht, XII, 11.

[171] *Basedow*, WuW 2008, 270, 271; *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 465; *Murach-Brand*, Antitrust auf deutsch, S. 26 ff.

[172] Umfassende Darstellung bei *E.R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, §§ 32–35 sowie zu Gesetz Nr. 56 bei *Murach-Brand*, Antitrust auf deutsch, S. 71 ff.; zum Wortlaut des Gesetzes a.a.O. Anhang, S. 230 ff.

[173] *E.R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, § 35 III 1, S. 382 f. mit Beispielen.

[174] *E.R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, § 35 III 2, S. 384 f. mit Beispielen.

stimmungen automatisch eine unlautere Handlung zu sehen und begründete dies mit den unterschiedlichen Zielsetzungen des UWG und des Dekartellierungsrechts:

»Bei der Prüfung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein bestimmtes Verhalten nicht nur als unlauterer Wettbewerb, sondern auch als Verstoß gegen die Dekartellierungsgesetze angesehen werden kann, ist zu beachten, daß das Wettbewerbsrecht innerhalb der in der Marktwirtschaft bestehenden Wettbewerbsfreiheit die Anwendung unlauterer Wettbewerbsmethoden bekämpft, während das Kartellrecht den Schutz des Wettbewerbs als Institution der bestehenden Marktwirtschaft bezweckt. Hieraus folgt, daß nicht jede nach Kartellrecht unzulässige Beeinträchtigung des Wettbewerbs als Institution auch eine Maßnahme unlauteren Wettbewerbs ist; umgekehrt stellt nicht jede Verletzung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb einen rechtswidrigen Angriff gegen die Wettbewerbsfreiheit dar. Während das Wesen des Kartellrechts darin besteht, den freien Wettbewerb als solchen zu schützen, enthält das Wettbewerbsrecht einen Individualschutz der Mitbewerber gegen unlautere wettbewerbliche Kampfesmethoden (…). Diese nach der verschiedenen Blickrichtung und Aufgabenstellung kartellrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Vorschriften zu treffende begriffliche Scheidung schließt jedoch nicht aus, daß eine kartellrechtswidrige Maßnahme zugleich ein gegen einen Mitbewerber gerichtetes unlauteres Kampfesmittel sein kann, und daß ein solches Verhalten alsdann sowohl nach Kartellrecht als auch nach Wettbewerbsrecht rechtswidrig sein kann. Das gilt z.B. für den Boykott, der als Kampfesmethode unzulässig ist, weil er sich mit den Erfordernissen des Leistungswettbewerbs nicht verträgt, und der gegen die Dekartellierungsbestimmungen verstößt, weil und sofern er den Zugang zum Markt erschwert«[175].

Nach überwiegender Ansicht konnte eine Verletzung des Dekartellierungsrechts als Verletzung eines Schutzgesetzes Ansprüche gemäß § 823 Abs. 2 S. 1 BGB auslösen[176]. Die höchstrichterliche Rechtsprechung ging jedenfalls hinsichtlich des Verbots von Ausschließlichkeitsbindungen von einem Schutzgesetzcharakter aus:

»Angesichts der mit den Dekartellierungsgesetzen verfolgten gesamtwirtschaftlichen Zielsetzung kann jedoch zweifelhaft sein, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Verstoß gegen die Dekartellierungsgesetze zur Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche vor den deutschen ordentlichen Gerichten berechtigt (…). Die Frage ist jedenfalls insoweit zu bejahen, als die in den Dekartellierungsgesetzen enthaltenen Verbote mindestens auch den Schutz einzelner oder eines bestimmten Personenkreises bezwecken und damit als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen sind. Das ist bei Ausschließlichkeitsvereinbarungen der Fall, durch die zwangsläufig einzelne oder bestimmte Gruppen von Wettbewerbern betroffen und geschädigt werden können. Soweit die Dekartellierungsgesetze derartige Vereinbarungen verbieten, sollen mit dem Verbot zugleich auch diejenigen Personen geschützt werden, gegen die sich die betreffenden Ausschließlichkeitsklauseln richten. In diesen Fällen wird mit dem Verbot nicht nur allgemein der Schutz des Wettbewerbs als solcher, sondern zugleich auch der Schutz der betreffenden Gruppe von Mitbewerbern bezweckt. Deshalb muß zumin-

[175] BGH vom 16.3.1954, BGHZ 13, 33, 36 f. – *Warenkredit*.

[176] LG München-Gladbach vom 20.11.1947, NJW 1948, 525, 526; *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, § 35 III 3, S. 386; *Möhring*, GRUR 1949, 271, 273 f.

dest für den vorliegenden Sachverhalt das aus den Dekartellierungsgesetzen sich ergebende Verbot der Ausschließlichkeitsklausel als Schutzgesetz (§ 823 Abs. 2 BGB) zugunsten der durch diese Ausschließlichkeitsklausel betroffenen Gruppe von Mitbewerbern, zu denen auch die Bekl. gehört, behandelt werden. Hieraus folgt, daß die Bekl., die durch die wettbewerbsbeschränkende Ausschließlichkeitsklausel betroffen wird, ohne Rücksicht darauf, ob das Verhalten der Kl. als unlauter im Sinne des § 1 UWG zu werten ist, einen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch gegen die Kl. vor den deutschen ordentlichen Gerichten auch allein wegen des Verstoßes gegen die Dekartellierungsgesetze geltend machen kann«[177].

e) Der schwierige Weg zum GWB

Das GWB geht zurück auf die Anstrengungen der Alliierten nach Kriegsende, die über Jahrzehnte gewachsenen Kartelle und sonstigen Vereinbarungen in der deutschen Wirtschaft aufzulösen und die Idee des freien Wettbewerbs durchzusetzen[178], sowie auf Vorarbeiten von deutscher Seite, die auf eine Neukonzeption des Kartellrechts zielten[179]. Im März 1949 wurde die Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes aufgefordert, ein Gesetz gegen Handelsmissbräuche zu entwerfen[180]. Im Juli 1949 folgten Grundsätze für den Entwurf eines Gesetzes gegen wettbewerbsbeschränkende Wirtschaftsmaßnahmen, die neben den grundsätzlichen Regelungen auch die Sanktionen betrafen[181]. Gefordert wurden eine Staatsaufsicht sowie Strafen, Nichtigkeit und privatrechtliche Klagemöglichkeiten.

Der Weg zu einem Kartellgesetz gestaltete sich hürdenreich, weil sehr unterschiedliche Vorstellungen von Wettbewerbs- und Kartellpolitik aufeinanderprallten. Dies galt für das Verhältnis der Alliierten untereinander[182] und auch im Verhältnis zu den an der Mitarbeit in der Wirtschaftsverwaltung beteiligten Deutschen. Besonders deutlich zeigt sich dies am Beispiel der US-amerikanischen Besatzungspolitik in Kartellfragen. Der im US-amerikanischen Rechtsverständnis tief verwurzelte Anspruch auf Chancengleichheit und Freiheit betraf nicht nur das Verhältnis zum Staat sondern aufgrund der zunehmenden Industrialisierung und Konzentration auch die Problematik wirtschaftlichen Machtstrukturen, die von privater Hand geschaffen wurden[183]. Zum Ausdruck kam dies in den Gesetzgebungsarbeiten beispielsweise in der Forderung nach einem Kartellverbot, während auf deutscher Seite lange Zeit eine Missbrauchsaufsicht, wie sie der Kartellverordnung von 1923 zugrunde gelegen hatte, favorisiert wurde[184]. Neben den Fragen, wie ein Kartellgesetz im Einzelnen auszugestalten

[177] BGH vom 16.3.1954, BGHZ 13, 33, 41 f. – *Warenkredit*.

[178] *Rittner*, Wirtschaftsrecht, § 13 Rn. 15 ff.; speziell zum Einfluss des amerikanischen Antitrustrechts auf das GWB vgl. *Murach-Brand*, Antitrust auf deutsch, 2004.

[179] Zu den zahlreichen Vorarbeiten und Entwürfen vgl. die Nachweise in Fn. 188.

[180] *Günther*, WuW 1951, 19, 29.

[181] Abgedruckt bei *Günther*, WuW 1951, 19, 36 als Anlage 2.

[182] *Murach-Brand*, Antitrust auf deutsch, S. 51 ff.

[183] *Murach-Brand*, Antitrust auf deutsch, S. 14; I. *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 253.

[184] *Rittner*, Wirtschaftsrecht, § 13 Rn. 20.

sei, war auch ein prinzipielles Umdenken hinsichtlich des Umgangs mit Wettbewerbsbeschränkungen erforderlich. Im Jahre 1945 konnte der Gedanke der Marktorganisation durch Kartelle und kartellähnliche Gebilde auf eine langjährige Tradition zurückblicken. Daraus ergab sich das Erfordernis, Tendenzen zu neuen Wettbewerbsbeschränkungen (etwa im Hinblick auf die wirtschaftlichen Schwierigkeiten in der Nachkriegszeit) von Anfang an entschlossen entgegenzutreten[185]. Eine wirksame Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen erforderte außerdem einen viel stärkeren Einsatz des bis dahin ungenutzten Potenzials anderer Marktteilnehmer, insbesondere von Abnehmern und Konsumenten, deren Mitteilungen zum einen einer Kartellbehörde wertvolle Erkenntnisse liefern würden und die zum anderen auf Grundlage einer geeigneten gesetzlichen Regelung eigeninitiativ gegen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen vorgehen könnten. Dazu war es erforderlich, das Kartellproblem in das öffentliche Bewusstsein zu rücken[186]. Es müsse, schreibt *Lehnich*, darauf ankommen, dass die Regierung bewusst »alle *Abwehrorganisationen fördert*, um der Verschiebung der Kräfteverhältnisse auf dem Markt entgegenzuwirken.«[187]

Der Geschichte der zahlreichen und von unterschiedlichen Vorstellungen und Konzeptionen geprägten Entwürfe zu einem Kartellgesetz in der Nachkriegszeit kann hier nicht im Einzelnen nachgegangen werden[188]. Daher sollen lediglich einige Details herausgegriffen werden, insbesondere der einflussreiche *Josten*-Entwurf[189]. Benannt ist dieser Gesetzentwurf nach *Paul Josten*, der den Vorsitz in dem Ausschuss von Sachverständigen und Regierungsbeamten führte, in dem der Entwurf erarbeitet wurde. Dieser Entwurf wurde am 5. Juli 1949 dem Direktor der Verwaltung für Wirtschaft, *Ludwig Erhard*, vorgelegt[190]. *Josten* verfügte, ebenso wie die anderen am Gesetzentwurf Beteiligten, über umfangreiche Erfahrungen im Kartellwesen, unter anderem aufgrund seiner früheren Tätigkeit im Reichswirtschaftsministerium. Der Gesetzentwurf orientierte sich an den Leitbildern des Leistungswettbewerbs und des ehrlichen Kaufkraftwettbewerbs. § 1 des Entwurfs lautete:

»(1) Leistungswettbewerbs im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn im Wettbewerb mit anderen Anbietern bei der Umwerbung von Kunden als Mittel nur angewendet werden: wahrheitsgemäße Hinweise auf die eigene gewerbliche Leistungskraft oder auf Eigen-

[185] *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 490, konstatiert, dass »*Deutschland bei der gesetzlichen Regelung der Wettbewerbsbeschränkungen vor einem der schwersten wirtschaftlichen Probleme* steht, *das nur durch ein wirtschaftliches Grundgesetz gelöst werden kann*«; Hervorhebungen im Original.

[186] *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 500 f.

[187] *Lehnich*, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 501; Hervorhebung im Original.

[188] Näher dazu *Günther*, WuW 1951, S. 19, 23 ff.; *Murach-Brand*, Antitrust auf deutsch, S. 140 ff. sowie *Robert*, Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik, S. 122 ff.

[189] Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Gesetz über das Monopolamt; eingehend zu Entstehung und Inhalt des Entwurfs *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, S. 163 ff.

[190] *Basedow*, WuW 2008, 270, 272.

schaften der eigenen oder angebotenen Güter und Leistungen sowie Angebote, deren vertragsgemäße Erfüllung ernstlich beabsichtigt und unter Beobachtung der Gesetze und der guten Sitten möglich ist.

(2) Dem Leistungswettbewerb steht der ehrliche Kaufkraftwettbewerb gleich. Ehrlicher Kaufkraftwettbewerb liegt vor, wenn im Wettbewerb zwischen Nachfragenden bei der Umwerbung von Anbietern als Mittel nur angewendet werden: wahrheitsgemäßer Hinweis auf die eigene Kaufkraft oder auf die Eigenschaften der zu bewirkenden Gegenleistungen sowie das Versprechen von Preisen und Entgelten, deren vertragsgemäße Bewirkung ernstlich beabsichtigt und unter Beobachtung der Gesetze und der guten Sitten möglich ist«.

Im Einzelnen enthielt der *Josten*-Entwurf Regelungen zur Beseitigung[191] und Verhütung wirtschaftlicher Machtbildungen[192] sowie zur Regelung der Rechtsstellung wirtschaftlicher Machtgebilde[193]. Besonders bemerkenswert ist die Schärfe der im Entwurf vorgesehenen Sanktionen bei Rechtsverstößen. Der Entwurf sah neben den Befugnissen einer Kartellbehörde Strafvorschriften und privatrechtliche Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz vor. Der in § 26 des Entwurfs vorgesehene Schadensersatzanspruch verdient besondere Aufmerksamkeit. Es war ein Regelschadensersatz in fünffacher (!) Höhe des Schadens vorgesehen. Weiterhin sollten Geschädigte Schadensersatz für immaterielle Schäden beanspruchen können:

»(1) Wer als Inhaber wirtschaftlicher Macht einen Marktbeteiligten durch Maßnahmen des Behinderungswettbewerbs sowie des Störungs- oder Schädigungskampfes (§ 5 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2) in seinem Geschäftserfolg benachteiligt, kann auf Unterlassung und Schadloshaltung in Anspruch genommen werden.

(2) Darüber, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse beläuft, entscheidet das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung.

(3) Der Anspruch auf Schadloshaltung geht auf den fünffachen Betrag des nachgewiesenen oder des vom Gericht nach freier Überzeugung angenommenen Schadens. Der Geschädigte kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.

(4) Für Ersatz des entstandenen Schadens haftet neben dem Unternehmen, das die Schädigungshandlung vorgenommen hat, als Gesamtschuldner jeder, der an den schädigenden Maßnahmen mitgewirkt hat«.

Zur Begründung heißt es kapp, im Hinblick auf die schweren Schäden, die ein Behinderungswettbewerb starker Machtgebilde zur Folge haben könne, und die ganz außergewöhnliche Schwierigkeit, solche Maßnahmen einwandfrei aufzudecken und Schäden nachzuweisen, seien die angedrohten Rechtsfolgen gerechtfertigt[194]. Die strengen Sanktionen waren als ein klares wirtschaftspolitisches Signal für einen neuen Umgang mit dem Kartellproblem zu verstehen.

[191] §§ 7 bis 20 *Josten*-Entwurf.
[192] §§ 35 bis 47 *Josten*-Entwurf.
[193] §§ 21 bis 34 *Josten*-Entwurf.
[194] Begr. zum *Josten*-Entwurf, S. 50.

2. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Der Regierungsentwurf von 1952[195] knüpfte in einigen Punkten an den *Josten*-Entwurf an. Bis zur Verabschiedung des GWB dauerte es indessen noch weitere fünf Jahre, weil das Gesetz zunächst scheiterte[196]. Erst mit der »Wiedereinbringung« des Regierungsentwurfes in der zweiten Legislaturperiode war dem mühsamen politischen Ringen Erfolg beschieden[197]. Das GWB wurde am 27. Juli 1957 erlassen und trat am 1. Januar 1958 in Kraft. Das zweispurige kartellrechtliche Sanktionssystem aus kartellbehördlichen Befugnissen und privatrechtlichen Sanktionen ist bis heute erhalten geblieben. Hinsichtlich der Entwicklung der Sanktionen bildeten die vierte GWB-Novelle von 1980[198], die sechste GWB-Novelle von 1998[199] und die siebte GWB-Novelle von 2005[200] wichtige Einzeletappen.

Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch folgte bis zur siebenten GWB-Novelle 2005 – trotz einiger Wandlungen im Laufe der Zeit – konzeptionell dem »Schutz(gesetz)prinzip«. Das Gesetz knüpfte dabei an § 823 Abs. 2 S. 1 BGB an. Rechtspraxis und Rechtswissenschaft waren bemüht, § 823 Abs. 2 S. 1 BGB und die kartelldeliktische Schadensersatzhaftung einheitlichen dogmatischen Kriterien zu unterwerfen. In der Sache konzentrierte sich die Diskussion auf die Einordnung der einzelnen Kartellbestimmungen als Schutzgesetze oder Nichtschutzgesetze. Besondere Schwierigkeiten bereitete insbesondere die Einordnung von § 1 GWB a.F. Parallel zu Veränderungen bei der Schadensersatzhaftung entwickelte sich als besondere Sanktion das Instrument der kartellbehördlichen Mehrerlösabschöpfung[201], das zugleich den Grundstein für den späteren Anspruch auf Vorteilsabschöpfung bildete.

3. Gemeinschaftsrechtlicher Einfluss

Auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts entwickelte sich frühzeitig ein eigenständiges Kartellrecht, das im Primärrecht seine Verankerung findet[202]. Diese prominente Stellung hängt einerseits unmittelbar mit den historischen Erfahrungen eines unzureichenden Schutzes vor Wettbewerbsbeschränkungen in Europa zusammen. Andererseits steht das Gemeinschaftskartellrecht in einem untrennbaren Zusammenhang mit dem Binnenmarktziel der Gemeinschaft. Ohne einen wirksamen Schutz vor wettbewerbsbeschränkenden Praktiken und dadurch be-

---

[195] BT-Drucks. 1/3462 vom 13. Juni 1952; auch abgedruckt in WuW 1952, S. 432 ff.

[196] *Robert*, Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik, S. 186 ff.

[197] *Robert*, Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik, S. 244 ff., 272 ff.

[198] BGBl. I, 458; die Änderungen traten (mit Ausnahme der Bestimmungen zur Fusionskontrolle) am 1.5.1980 in Kraft.

[199] BGBl. I, 2486; die Änderungen traten am 1.1.1999 in Kraft.

[200] BGBl. I, 1954; Bekanntmachung der Neufassung des Gesetzes BGBl. I, 2114; die Änderungen traten (rückwirkend) zu 1.7.2005 in Kraft.

[201] Näher zur Entstehungsgeschichte unten § 6. B. III. 3. a) aa), S. 460 ff.

[202] Zu den gemeinschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen siehe unter § 2. B., S. 76 ff.

dingte Verfälschungen des Wettbewerbs ist ein funktionsfähiger Binnenmarkt nicht zu verwirklichen. Der prägende Einfluss des Gemeinschaftsrechts nimmt stetig zu[203]. Die Kraft dieses Einflusses wird am Beispiel der privatrechtlichen Sanktionierung von Verstößen gegen das Gemeinschaftskartellrecht deutlich.

Ursprünglich übte die Rechtsprechung Zurückhaltung bei der Annahme der Schutzgesetzeigenschaft gemeinschaftsrechtlicher Kartellbestimmungen. Zu Art. 4 Buchst. b und Art. 60 § 1 EGKS – es handelte sich um Verbote bestimmter diskriminierender und behindernder Praktiken –, entschied der BGH, dass diese Vorschriften keine privatrechtlichen Wirkungen entfalten und damit weder als Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB noch als Schutzgesetz gemäß § 823 Abs. 2 S. 1 BGB anzusehen seien[204]. Der BGH begründete seine Ansicht unter anderen damit, dass nach dem Vertrag »das Schwergewicht der Marktvereinheitlichung und der wettbewerblichen Durchbildung des Marktverkehrs der obrigkeitlichen Leistung und Aufsicht der Gemeinschaftsorgane zufallen soll«[205].

Für Art. 81 und 82 EG war unstreitig, dass es sich dem Grunde nach um Schutzgesetze handeln konnte. Entsprechend der Diskussion über die Verbotstatbestände im deutschen Kartellrecht bestand jedoch Unklarheit darüber, wie weit dieser Schutz im Einzelnen reichte. Insbesondere das Kartellverbot aus Art. 81 EG bereitete dabei Schwierigkeiten. Die Rechtsprechung orientierte sich an den zum deutschen Recht entwickelten Grundsätzen und versuchte damit, im Hinblick auf die privatrechtliche Sanktionierung einen »Gleichlauf« zwischen deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Kartellvorschriften herzustellen[206].

Die Kehrtwende begann mit der Entscheidung *Courage und Crehan* des EuGH[207]. Diese Entscheidung zwang zu einer Neuorientierung, weil das Gemeinschaftsrecht eine privatrechtliche Sanktionierung in sehr viel weiterem Umfang verlangte, als dies bislang dem nationalen Rechtsverständnis entsprach. Der Gesetzgeber griff diese Entwicklung auf und orientierte sich anlässlich der Erarbeitung der siebten GWB-Novelle 2005 maßgeblich an den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts. In der Folge hat das Gemeinschaftsrecht gleichsam die Führungsrolle übernommen. Zwar bestehen das nationale Kartellrecht und das Gemeinschaftskartellrecht formal als eigenständige Rechtsgebiete nebeneinander. Doch führt mittlerweile kein Weg mehr daran vorbei, dass die Ausgestaltung des nationalen Kartellrechts entscheidend durch das Gemeinschaftskartellrecht bestimmt wird.

C. Privatrechtliche Sanktionen und Rechtsmentalität

Entwicklung und Stellenwert des Lauterkeits- und Kartellrechts stehen in einem engen Zusammenhang mit verschiedenen Aspekten der Rechtsmentalität von Menschen. Es liegt auf der Hand, dass die private Initiative zur Bekämpfung von unlauteren und kartellrechtswidrigen Handlungen sehr stark davon abhängig ist,

[203] Eingehend unter § 5. A. III., S. 316 ff.
[204] BGH vom 18.4.1951, BGHZ 30, 74, 81 ff.
[205] BGH vom 18.4.1951, BGHZ 30, 74, 83.
[206] Siehe nur BGH vom 23.10.1979, WuW/E BGH 1643m 1645 – *BMW-Importe*; BGH vom 12.5.1998, GRUR 1999, 276, 277 – *Depotkosmetik*.
[207] EuGH vom 20.9.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297 ff. – *Courage und Crehan*.