

CHRISTIAN ALEXANDER

Schadenersatz  
und Abschöpfung  
im Lauterkeits- und  
Kartellrecht

*Jus Privatum*

147

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 147





Christian Alexander

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

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

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

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

## Zweiter Teil

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

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

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

3. Konkretes Wettbewerbsverhältnis . . . . .	207
a) Funktion des konkreten Wettbewerbsverhältnisses . . . . .	208
aa) Frühere Rechtslage . . . . .	208
bb) Heutige Rechtslage . . . . .	210
b) Gemeinschaftsrecht . . . . .	211
c) Anforderungen . . . . .	214
aa) Konkretes Wettbewerbsverhältnis als konkurrenz- typische Gefährdungslage . . . . .	214
bb) Inhaltliche Präzisierungen . . . . .	216
(1) Wettbewerblicher Interessenkonflikt zwischen Unternehmen als Beurteilungsmaßstab . . . . .	216
(2) Problemfälle . . . . .	220
(a) »Rufausbeutung« . . . . .	220
(b) Unterschiedliche Waren und Dienstleistungen . . . . .	221
(c) Mittelbare und potenzielle Konkurrenz . . . . .	224
d) Mitbewerbereignenschaft 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) Verwehlungsschutz 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 Vermögenmehrung . . . . .	247
a) Grundsatz . . . . .	247
b) Einzelfragen . . . . .	248
aa) Feststellung des Unrechtsgewinns . . . . .	248
bb) Unrechtsgewinne bei Abhängigkeit von behördlichen Entscheidungen . . . . .	249
cc) Wechselseitige »Neutralisierung« von Unrechtsgewinnen? . . . . .	252
4. Dreifache Schadensberechnung . . . . .	253
a) Anwendungsbereich und sachliche Legitimation . . . . .	254
b) Dogmatische Einordnung . . . . .	255
c) Entwicklung und Stand der Rechtsprechung . . . . .	257
aa) Herausbildung und Entwicklung der dreifachen Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht . . . . .	258
bb) Rezeption der dreifachen Schadensberechnung in das Lauterkeitsrecht . . . . .	260
cc) Grundlinien . . . . .	263
(1) Lizenzanalogie . . . . .	263
(a) Wertungsgrundlage . . . . .	263
(b) Berechnungsgrundsätze . . . . .	263
(c) »Verletzerzuschlag« . . . . .	264
(d) Verletzerkette . . . . .	265
(2) Verletzergewinn . . . . .	265
(a) Wertungsgrundlage . . . . .	265
(b) Berechnungsgrundsätze . . . . .	266
(c) Anteilige Gewinnherausgabe . . . . .	267
(d) Verletzerkette . . . . .	268
(3) Alternativität und Wahlrecht des Geschädigten . . . . .	269
d) Auswirkungen der RL 2004/48/EG . . . . .	270
aa) Von der dreifachen zur zweifachen Schadens- berechnung . . . . .	271
bb) Art und Weise der Schadensberechnung . . . . .	273
cc) Folgen für den Anwendungsbereich der dreifachen Schadensberechnung im Lauterkeitsrecht . . . . .	273
III. Überindividuelle Interessen . . . . .	275
1. Informationsinteressen . . . . .	275
a) »Marktverwirrungsschäden« . . . . .	275
b) Entwirrung der »Marktverwirrung« . . . . .	277
aa) Fehlvorstellungen des Verkehrs . . . . .	278
bb) Ansehensminderung und Aufwendungen im überindividuellen Interesse . . . . .	279

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

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

C. Anspruchsberechtigung . . . . .	351
I. Grundanforderungen . . . . .	351
1. Betroffenheit . . . . .	352
2. Kartellrechtsautonomes Begriffsverständnis . . . . .	354
3. »Jedermann« . . . . .	356
4. Bedeutung von Schutzzweckerwägungen . . . . .	357
5. Einzelne Betroffene . . . . .	359
a) Mitbewerber . . . . .	359
b) Marktgegenseite . . . . .	360
c) Sonstige Betroffene . . . . .	361
II. Normspezifische Wertungskriterien . . . . .	361
1. Marktbezug und individuelle Betroffenheit . . . . .	361
a) Beeinträchtigung individueller Interessen . . . . .	361
b) Betroffenheit als Marktakteur . . . . .	362
2. Vorrang individueller Entscheidungsbefugnisse . . . . .	364
3. Wettbewerbs- und wirtschaftspolitische Zwecksetzungen . . . . .	365
4. Beteiligung an der wettbewerbsbeschränkenden Praktik . . . . .	367
5. Zielrichtung der Wettbewerbsbeschränkung . . . . .	370
a) Rechtsprechung . . . . .	370
aa) 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 Wettbewerbs- beschränkungen . . . . .	387
7. Keine Subsidiarität kartelldeliktischer Ansprüche . . . . .	389
III. Zwischenfazit . . . . .	389
D. Anspruchsinhalt . . . . .	390
I. Naturalherstellung . . . . .	390
II. Schadensersatz in Geld . . . . .	393
1. Ausgangsfragen . . . . .	393
a) Grundsätze der Schadensermittlung . . . . .	393
aa) Umfang des Schadensersatzes . . . . .	393
bb) Differenzhypothese . . . . .	394
cc) Schadenspauschalierung und Schätzung . . . . .	395
b) Zeitpunkt des Schadenseintritts . . . . .	396
2. Schadensrechtliche Sonderregelungen . . . . .	396
a) Überhöhte Preise und Schadensabwälzung (§ 33 Abs. 3 S. 2 GWB) . . . . .	396
b) Berücksichtigung des anteiligen Verletzergewinns (§ 33 Abs. 3 S. 3 GWB) . . . . .	400
aa) Anteiliger Verletzergewinn als zusätzliche Bemessungsgröße im Rahmen der Schadens- ermittlung . . . . .	400
bb) Berechnung des Verletzergewinns und Reichweite der Schätzungsbefugnis des Gerichts . . . . .	401
c) Zinsen (§ 33 Abs. 3 S. 4 und 5 GWB) . . . . .	402
III. Überindividuelle Interessen . . . . .	403
1. Abwälzung von kartellbedingten Preiserhöhungen auf andere Marktakteure . . . . .	403
a) Defensive Abwälzungsproblematik . . . . .	404
aa) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben . . . . .	404
bb) Schadensrechtliche Einordnung . . . . .	404
(1) Vorteilsausgleichung . . . . .	405
(2) Bereicherungsverbot . . . . .	406
(3) Gebot der Schadensminderung . . . . .	407
cc) Potenzierung der Schadensersatzhaftung? . . . . .	408
dd) Stellungnahme . . . . .	410
(1) De lege lata: Unbeachtlichkeit des Abwälzungseinwands zur Verwirklichung der Anreizfunktion der Schadens- ersatzhaftung . . . . .	410
(2) De lege ferenda: Innenausgleich zwischen den Geschädigten unterschiedlicher Absatzstufen sowie Konzentration von Schadensersatzklagen . . . . .	412
b) Offensive Abwälzungsproblematik . . . . .	415

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

### Dritter Teil

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

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

C. Dogmatische Einordnung der Abschöpfungsansprüche . . . . .	474
I. 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 Gesetz- gebungsarbeiten: Vom Schaden zur wirtschaftlichen Schlechterstellung . . . . .	529
bb) Kriterien der wirtschaftlichen Schlechterstellung . . . . .	531
b) Rechtsprechung und Schrifttum . . . . .	532
aa) Schaden der Abnehmer . . . . .	533

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

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

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

## Vierter Teil

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

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

c) Anwendbarkeit bei Schadensersatzansprüchen . . . . .	652
d) Keine Anwendbarkeit bei Abschöpfungsansprüchen . . . . .	654
4. Ergänzende Regelungen . . . . .	656
a) »Flucht« in die vertragliche und quasi-vertragliche Haftung . . . . .	656
b) Unternehmerische Organisationspflichten . . . . .	657
II. § 8 Abs. 2 UWG als lauterkeitsrechtlicher 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