

Professor Dr. Peter Krebs

Gliederungsvorschlag für die Prüfung des Gewinnabschöpfungsanspruch gem. § 10 UWG

Die praktische Bedeutung der Vorschrift ist äußerst gering. Die Vorschrift scheitert meistens an Punkt D. oder E. Diese Punkte können jedenfalls in klaren Fällen vorgezogen werden.

Hinweis: Soweit zuvor andere wettbewerbsrechtliche Ansprüche zu prüfen waren, sind sich wiederholende Anspruchsvoraussetzungen nicht erneut zu prüfen; es reicht ein Verweis auf die vorhergehende Prüfung.

A. Anspruchsberechtigung (Aktivlegitimation), § 10 UWG

I. Rechtsfähige Verbände § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG

1. Rechtsfähiger Verband: juristische Personen des Privatrechts oder öffentlichen Rechts
2. Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen: Dies ist anhand der Satzung festzustellen.
3. Mitgliedsunternehmen:
 - Vertreiben von Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt: Die Mitglieder müssen im Wesentlichen die Stellung von Mitbewerbern des Anspruchsgeners besitzen.
 - Erhebliche Anzahl: Eine fest Zahl oder ein fester Prozentsatz besteht nicht. Die Zahl und die wirtschaftliche Bedeutung der Mitglieder müssen den Schluss zulassen, dass nicht lediglich Individualinteressen einzelner, sondern objektiv gemeinsame Interessen der Wettbewerber verfolgt werden.
4. Fähigkeit zur Wahrnehmung der satzungsmäßigen Aufgaben: Der Verband muss tatsächlich zur Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen in der Lage sein. Insbesondere sind dies sachliche Ausstattung, personelle Ausstattung und finanzielle Ausstattung.
 - Zur personellen Ausstattung gehört eine entsprechende fachliche Qualifikation innerhalb der Organisation des Verbandes selbst, um Wettbewerbsverstöße aus eigener Initiative verfolgen zu können.

- Bei der finanziellen Ausstattung sind alle Einnahmequellen des Verbands zu berücksichtigen; Einnahmen aus Abmahntätigkeit dürfen allerdings nicht in einem deutlichen Missverhältnis zu den sonstigen Einnahmen stehen.
- 5. Berührung der Mitgliederinteressen: gerade durch das beanstandete Wettbewerbsverhalten müssen die Mitgliederinteressen betroffen sein.
- II. Qualifizierte Einrichtungen, § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG
Eintragung der Einrichtung in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG oder in das Verzeichnis der Kommission gem. der Richtlinie über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen.
- III. Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG

B. Anspruchsgegner

Der einen Gewinn erzielende Zuwiderhandelnde (Verletzer), § 10 Abs. 1 UWG

- (Mit-)Täter: wer allein oder im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit anderen den Tatbestand einer Wettbewerbsverletzung selbst (unmittelbare Täterschaft) oder durch einen Dritten als Werkzeug (mittelbare Täterschaft) objektiv verwirklicht hat.
- Teilnehmer: derjenige, der den Täter zur Verletzungshandlung bewegt (Anstifter) oder dabei vorsätzlich Hilfe leistet (Gehilfe).

C. Wettbewerbsverstoß, § 3 UWG

- I. Wettbewerbshandlung (Legaldefinition § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)
 1. Handlung einer Person: alle menschlichen Verhaltensweisen, positives Tun und Unterlassen.
 2. Marktbezug der Handlung: Abgrenzung zu privaten, hoheitlichen oder betriebsinternen Handlungen.
 3. Absatz und Bezug von Waren oder Dienstleistungen:
 - Maßnahmen sowohl des Absatzwettbewerbs als auch des Nachfragewettbewerbs.
 - Waren: alle Gegenstände, die auf einen anderen übertragen und ihm zur Verfügung gestellt werden können (bewegliche und unbewegliche Sachen sowie Rechte).
 - Dienstleistungen: alle geldwerten unkörperlichen Leistungen.
 4. Förderung des eigenen Unternehmens oder eines fremden Unternehmens: Handlung mit dem Ziel, den Absatz oder Bezug zu fördern, d. h. sie muss Eignung und Absicht zur Wettbewerbsförderung. Bei Unternehmen besteht eine widerlegliche Vermutung einer Absicht zur Förderung eigenen Wettbewerbs (Ausnahme bei Medienunternehmen aufgrund Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG).

II. Unlauterkeit (Prüfung in der vorgeschlagenen Reihenfolge)

1. Beispieltatbestände (§ 3 Abs. 2 UWG n.F. i.V.m. Anhangsverboten)

§ 7 UWG: Unzumutbare Belästigung

§ 6 UWG: Unlautere vergleichende Werbung

§ 5 UWG: Irreführende Werbung

§ 4 UWG: Sonstige Beispiele Unlauteren Wettbewerbs

[s. die jeweiligen Gliederungsvorschläge]

2. Sonstige Unlauterkeitsbegründende Umstände, § 3 UWG

Der Generalklausel des § 3 UWG kommt eine Auffangfunktion neben dem Beispielkatalog unlauterer Verhaltensweisen zu. Die Feststellung der Unlauterkeit setzt die Feststellung aller betroffenen Interessen und ihrer Schutzwürdigkeit voraus. Daran schließt sich eine Abwägung unter Gesamtwürdigung des Umstände (z.B. Anlass, Zweck, Mittel, Begleitumstände, Auswirkungen des Verhaltens) an.

III. Eignung zur Wettbewerbsbeeinträchtigung zum Nachteil der Marktteilnehmer

Die Handlung muss grundsätzlich lediglich zur Wettbewerbsbeeinträchtigung geeignet sein. Ein Nachteil im Sinne eines Schadens eines Marktteilnehmers eingetreten ist nicht erforderlich (beachte jedoch unten D.).

IV. Bagatellgrenze („nicht nur unerheblich“)

Hinweis: Aufgrund der Erforderlichkeit von Streuschäden ist diese Voraussetzung nur selten von eigener Bedeutung.

Die Wettbewerbsbeeinträchtigung muss von gewissem Gewicht sein, wodurch Bagatellfälle aus der wettbewerbsrechtlichen Verfolgung ausgeschlossen werden sollen. Zur Beurteilung ist darauf abzustellen, in welcher Intensität die Interessen der Marktteilnehmer berührt sind. Dabei sind alle Umstände in der Person des Handelnden und der betroffenen Marktteilnehmer mit einzubeziehen, z.B. Faktoren wie Wettbewerbsstellung, Marktstärke, Häufigkeit, Verschuldensgrad, erlangter Wettbewerbsvorsprung, Schutzwürdigkeit oder Nachahmungsgefahr.

Hinweis: §§ 5 Abs. 3, 6 UWG beruhen auf der (zwingenden) Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung. In dieser ist eine Erheblichkeitsschwelle nicht enthalten. Daraus ergeben sich folgende Lösungsmöglichkeiten:

- Nichtanwendbarkeit der Bagatellgrenze in diesen Fällen.
- Die Bagatellgrenze wird durch derartige Verstöße grundsätzlich überschritten.
- Anwendung der Bagatellgrenze, da diese dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit und der Interessenabwägung sowie den allgemeinen europäischen Wettbewerbsgrundsätzen entspricht.

Gleiches gilt für § 7 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 UWG, die auf der RL 2002/58/EG beruhen. Für Wettbewerbshandlungen gegenüber Verbrauchern ist die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken zu beachten. Diese stellt wie der Referentenentwurf zum UWG auf die Entscheidungserheblichkeit für einen Durchschnittsverbraucher ab.

D. Gewinn zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern, § 10 UWG (Streuschäden)

- I. Kausal durch Wettbewerbsverstoß erzielter Gewinn: Nicht nur der Nettogewinn, sondern jeder Kostendeckungsbeitrag über die direkt zurechenbaren Kosten hinaus. Dabei kommt es darauf an, in welchem Umfang der Gewinn gerade auf dem Wettbewerbsverstoß beruht.
- II. Zulasten von Abnehmern:
 1. Abnehmer sind Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer, nicht jedoch Mitbewerber.
 2. Zulasten der Abnehmer ist ein Gewinn erzielt, wenn diesen ein Vermögensnachteil entstanden ist.
 - Ein Vermögensnachteil besteht dann, wenn den Abnehmern bürgerlichrechtliche Ansprüchen gegen den Verletzer zustehen, da der Anspruch insbesondere derartige Marktversagen korrigieren soll, dass der einzelne Abnehmer (z.B. aufgrund der Relation des Schadens zu den Rechtsverfolgungskosten) seine Ansprüche nicht geltend macht.
 - Kein Vermögensnachteil besteht, wenn die Abnehmer einen angemessenen Preis bezahlt haben, insbesondere auch dann, wenn der Stückgewinn nicht höher ist als ohne den Wettbewerbsverstoß.
- III. Vielzahl von Abnehmern: Wettbewerbsverstöße mit einer gewissen Breitenwirkung, die tendenziell eine größere Anzahl an Abnehmern betreffen (sog. Streuschäden). An dieser Voraussetzung scheitert es in aller Regel.

E. Vorsatz § 10 UWG

Der Vorsatz muss sich nur auf die Unlauterkeit, nicht auch auf die anderen Tatbestandsmerkmale (Gewinnerzielung auf Kosten...) beziehen. Der Verletzer muss also in Kenntnis der Rechtswidrigkeit handeln.

F. Rechtsfolge

- I. Gewinnherausgabe an den Bundeshaushalt, § 10 Abs. 1 a. E. UWG (daher wenig attraktiv für klageberechtigte Verbände)
- II. Anrechenbare Leistungen, § 10 Abs. 2 UWG

Der Gewinnanspruch ist subsidiär gegenüber den individuellen Ansprüchen. Herauszugeben ist daher nur der Gewinn, der nach Befriedigung individueller Ansprüche verbleibt. Nicht abzugsfähig sind die dabei angefallenen Prozesskosten.