

Teil 2 Deutsches Recht

A. Überblick

Wie die Tabelle „Deutsches Recht“¹² zeigt, können Schadensersatzansprüche, Bereicherungsansprüche sowie Ansprüche aus angemessener Geschäftsführung („unechte Geschäftsführung ohne Auftrag“, § 687 Abs. 2 BGB) bestehen. Im Urheberrecht und im Geschmacksmusterrecht bestehen außerdem spezialgesetzliche Ansprüche auf Herausgabe des Verletzergewinns.

Zunächst wird auf den gewerblichen Rechtsschutz und das Wettbewerbsrecht (I.), dann auf das Urheberrecht (II.) und schließlich auf die Persönlichkeitsrechte (III.) eingegangen.

Auf die Gemeinschaftsrechte wird nicht eigens eingegangen, insoweit wird auf die Übersicht „Europäisches Recht“¹³ verwiesen.

I. Gewerbliche Schutzrechte und Wettbewerbsrecht

1. Spezialgesetze

Spezialgesetzlich geschützt sind:

- gewerblich anwendbare neue Erfindungen durch das Patentgesetz (PatG);
- neue Pflanzensorten durch das Sortenschutzgesetz (SortenSchG);
- Halbleitertopografien, die Eigenart aufweisen, durch das Halbleiterschutzgesetz (HalblSchG),
- gewerblich anwendbare Erfindungen, die zwar nicht die für ein Patent erforderliche Erfindungshöhe aufweisen, aber neu sind und auf einem erfinderischen Schritt beruhen (Gebrauchsmuster), durch das Gebrauchsmustergesetz (GebrMG),

¹² Siehe Teil 1 D.

¹³ Siehe Teil 1 D.

- neue und eigentümliche Muster und Modelle (Geschmacksmuster) durch das Geschmacksmustergesetz (GeschMG); die weit reichenden Änderungen durch das am 1. Juni 2004 in Kraft getretene neue Geschmacksmustergesetz können im Rahmen dieser Untersuchung nicht berücksichtigt werden, **insbesondere beziehen sich sämtliche §§-Angaben auf das alte GeschMG, wenn nichts anderes angegeben ist, da sich die erörterten Entscheidungen auf das alte Gesetz beziehen,**
- Zeichen, die geeignet sind, Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Marken), sowie geschäftliche Bezeichnungen und bestimmte geografische Herkunftsangaben durch das MarkenG.

In den Spezialgesetzen werden jeweils Verhaltensweisen beschrieben, durch die Rechte verletzt werden. Im Anschluss daran wird jeweils angeordnet, dass der vorsätzlich oder fahrlässig handelnde Verletzer dem Verletzten zum Schadensersatz verpflichtet ist. Dieser umfasst den materiellen Schaden, Nichtvermögensschäden werden nicht ersetzt. Die Rechtsprechung erlaubt dem Verletzten im Rahmen des Schadensersatzanspruchs die Wahl zwischen dem konkret berechneten Schaden, einer angemessenen Lizenzgebühr und der Herausgabe des Verletzergewinns. Im Geschmacksmusterrecht existiert auch ein spezialgesetzlicher Gewinnherausgabeanspruch.

Nicht schuldhaft begangene Verletzungen führen zu einem Bereicherungsanspruch.

2. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verbietet Verhaltensweisen, die gegen die Regeln des lautereren Wettbewerbs verstoßen. Am 3. Juli 2004 ist eine Neufassung des Gesetzes in Kraft getreten. Die in Teil 2 erörterten Entscheidungen zum Schadensersatzrecht sind jedoch zu der alten Fassung ergangen, und diese Rechtsprechung ist durch die Neufassung auch nicht obsolet geworden. Viele Änderungen sind nur dadurch bedingt, dass der Gesetzgeber von der Rechtsprechung im Rahmen der Generalklausel herausgearbeiteten Fallgruppen unlauteren Verhaltens eine gesetzliche Grundlage verliehen hat. Darum wird nachfolgend die alte Fassung des Gesetzes vorgestellt, und zitierte Paragraphen sind stets solche des alten UWG, wenn nichts anderes angegeben ist.

a) Tatbestände

Das UWG enthält eine Reihe von Sondertatbeständen, wie das Verbot der irreführenden Werbung (§ 3 UWG). Neben diesen Sondertatbeständen und in Ergänzung zu ihnen ist die Generalklausel (§ 1 UWG) anwendbar, die überragende praktische Bedeutung hat und lautet:

„Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.“

Eine Sonderstellung nimmt der sogenannte ergänzende Leistungsschutz (auch „Verbot der wettbewerbswidrigen Leistungsübernahme“) ein. Er umfasst eine Reihe von Sondertatbeständen sowie einige Fallgruppen des § 1. Die Besonderheit des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes besteht darin, dass er speziell demjenigen, dessen Leistung übernommen wird, zugute kommt und diesem daher eine Position verschafft, die faktisch derjenigen eines Inhabers eines gewerblichen Schutzrechts ähnelt, wenngleich eine solche Rechtsposition nicht als absolutes Recht gilt.

Zum ergänzenden Leistungsschutz gehören die Sondertatbestände gegen den Verrat von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen (§ 17 UWG) und das Verbot der Verwertung fremder Vorlagen und Muster (§ 18 UWG). Außerdem zählen dazu einige Fallgruppen, die überwiegend den Schutz von Erzeugnissen und Leistungen gegen Nachahmung betreffen und die die Rechtsprechung im Rahmen von § 1 UWG entwickelt hat:

- Erschleichen, Vertrauensbruch: Der Nachahmer ist auf anstößige Art, etwa durch Zweckentfremdung von Wissen, das er bei Vertragsverhandlungen erlangt hat, oder durch Verleitung von Mitarbeitern des Nachgeahmten zum Vertragsbruch, in den Besitz des notwendigen Fertigungswissens gelangt.
- Unmittelbare Übernahme: Der Nachahmer übernimmt ein fremdes, den Einsatz beträchtlicher Arbeit und Kosten voraussetzendes Leistungsergebnis ohne ins Gewicht fallende zusätzliche eigene Leistung, insbesondere durch mechanische oder technische Verfahren wie Abguss, Kopieren usw., zur Förderung des eigenen Erwerbs unter Schädigung der wettbewerbsrechtlichen Stellung desjenigen, der das Leistungsergebnis geschaffen hat.¹⁴

¹⁴ BGHZ 44, 288, 296 („Apfel-Madonna“).

- Vermeidbare Herkunftstäuschung: Der Wettbewerber ahmt ein Produkt, dessen Gestaltung auf seine betriebliche Herkunft hinweist und daher „wettbewerbliche Eigenart“ aufweist, „sklavisch“ nach, ohne dass dies technisch bedingt ist, und ruft so eine vermeidbare Herkunftstäuschung hervor.
- Behinderung eines Wettbewerbers:

Hierzu gehört die Ausnutzung eines fremden Leistungsergebnisses, das beim Verbraucher besondere Gütevorstellungen erweckt, oder das besondere Eigenschaften aufweist, durch die es sich von den üblichen Durchschnittserzeugnissen abhebt, durch „planmäßige Annäherung“¹⁵.

Auch das „Einschieben in eine fremde Serie“, der Vertrieb von Produkten, die mit den Produkten des Nachgeahmten kompatibel sind, kann wettbewerbswidrig sein. Anlass der Schaffung dieser Fallgruppe war, dass ein Spielzeughersteller Bausteine vertrieb, die mit den „Lego“-Steinen verbaubar waren. Der BGH begründete den Schutz des Nachgeahmten damit, dass ihm der Markt für „Fortsetzungsprodukte“ vorbehalten sein müsse, weil sich seine Gewinnerwartung erst mit diesem Fortsetzungsgeschäft realisieren.¹⁶ Der BGH ist wegen der wettbewerbshemmenden Wirkung dieser Rechtsprechung bei der Anwendung dieser Fallgruppe in den letzten Jahren sehr zurückhaltend geworden.¹⁷

Schließlich sind noch Modeneuheiten, d. h. alles, was zumindest in der jeweiligen Saison als Neuheit empfunden wird, während dieser Saison gegen Nachahmung geschützt.¹⁸ Die Einräumung eines zeitlich begrenzten Schutzes gegen Nachahmung diene dem Zweck, demjenigen, der die Leistung geschaffen hat, einen zeitlichen Vorsprung zu verschaffen, innerhalb dessen er die Chance hat, die Mittel, die er in die Entwicklung des Leistungsergebnisses investiert hat, zu amortisieren und Gewinn zu erzielen. Ursprünglich wies die Rechtsprechung zur Rechtfertigung auf die Notwendigkeit hin, eine Lücke im System der Spezialgesetze zum gewerblichen

¹⁵ BGH GRUR 1952, 516 („Hummelfiguren I“). Sonderfall: Systematisches Nachahmen einer Vielzahl von eine besondere Güte aufweisenden Erzeugnissen eines Mitbewerbers, BGH GRUR 1960, 244, 246 („Simili-Schmuck“).

¹⁶ BGHZ 41, 55 („Klemmbausteine“).

¹⁷ Vgl. dazu Rauda GRUR 2002, 38. Inzwischen hat der BGH den wettbewerbsrechtlichen Schutz der „Lego“-Bausteine aufgehoben (E vom 02.12.2004 – I ZR 30/02); offen bleibt jedoch, ob sie nunmehr Schutz als dreidimensionale Marken genießen.

¹⁸ BGHZ 60, 168 („Modeneuheit“).

Rechtsschutz zu schließen: Für jede Modeneuheit Geschmacksmusterschutz zu erwirken, sei zu kostspielig und dauere vor allem zu lange. Später wurden die Voraussetzungen an die Eigenart der Schöpfung abgesenkt.¹⁹

Diese Darstellung kann nicht auf Einzelheiten eingehen. Es ergeben sich zahlreiche Abgrenzungsschwierigkeiten und Fallgruppenüberschneidungen.

Bei allen vorsätzlichen oder fahrlässigen Wettbewerbsverletzungen ist der entstandene materielle Schaden zu ersetzen. Der ergänzende Leistungsschutz nimmt auch dabei eine Sonderstellung ein, da die Rechtsprechung es dem Geschädigten nur hier erlaubt, wie bei der Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts statt der Liquidierung seines konkreten Schadens eine angemessene Lizenzgebühr oder die Herausgabe des Verletzergewinns zu wählen. Dies war unter der Geltung des alten UWG besonders bemerkenswert, da es ausschließlich die Interessen der Allgemeinheit an der Lauterkeit des Wettbewerbs an sich schützen sollte und positive Auswirkungen auf den Einzelnen als bloße "Reflexe" des objektiven Rechts gewertet wurden. In der Rechtswirklichkeit bedeutete die Gewähr ergänzenden Leistungsschutzes jedoch meist die Zuerkennung eines "kleinen gewerblichen Schutzrechts". § 1 UWG 2004 bezieht demgegenüber ausdrücklich u. a. Mitbewerber in den Schutzzweck des Gesetzes mit ein, ohne freilich das Wesen individueller Rechtspositionen, die sich aus dem UWG ergeben können, näher zu bestimmen.

Welche Wettbewerbsverletzungen zu verschuldensunabhängigen Bereicherungsansprüchen führen können, ist nicht geklärt und umstritten.

b) Verhältnis zu den Gesetzen über gewerbliche Schutzrechte

Die Abgrenzung und Abstimmung der Anwendungsbereiche des UWG und der gewerblichen Schutzrechte kann schwierig sein. Probleme treten u. a. dadurch auf, dass die Rechtsprechung das flexible Wettbewerbsrecht nutzt, um neu erkannten Missständen zu begegnen und neu als schützenswert erkannte Leistungen zu schützen. Dies führt periodisch zum Aufflammen der Diskussion darüber, inwieweit die Spezialgesetze abschließend sind. In Bezug auf den ergänzenden

¹⁹ BGH GRUR 1984, 453 („Hemdblusenkleid“).

wettbewerblichen Leistungsschutz ist insbesondere häufig strittig, welche sonstigen Umstände zu einer Nachahmung hinzukommen müssen, damit diese als sittenwidrig gilt. Die Rechtsprechung schwächt die Anforderungen an diese Voraussetzung gelegentlich ab mit der Folge, dass über das Wettbewerbsrecht zumindest gelegentlich faktisch Schutz allein gegen Nachahmung gewährt wird. Dies ruft Kritik seitens eines Teiles der Literatur hervor. Sie verweist darauf, dass es allein Sache des Gesetzgebers sei zu entscheiden, welche Leistungen einen monopolartigen Schutz genießen sollen, um den Schöpfer der Leistung zu belohnen.²⁰

Manchmal greift der Gesetzgeber diese Rechtsprechung nach einiger Zeit auf und schafft neue Regelungen in dem jeweiligen Spezialgesetz. Dann stellt sich die Frage, ob diese Regelung abschließend ist oder ob (und ggf. wie) die bisherige Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht weiter zu berücksichtigen ist. Vor welchen Schwierigkeiten die Rechtsanwender dann stehen, lässt die Formulierung der Rechtsprechung zur Auslegung von § 2 MarkenG (der die Anwendung sonstiger Vorschriften zulässt) erahnen, wonach wettbewerbsrechtliche Vorschriften neben dem MarkenG anwendbar sind, sofern sie nicht „im Widerspruch zu speziellen Rechtsgrundsätzen und Wertungen des Markenrechts“ stehen.²¹

c) Schaden bei Rufausbeutung ohne Verwechslungsgefahr

Markengesetz und UWG wirken u. a. beim Schutz von Zeichen gegen die Ausbeutung ihres Rufes zusammen. Dies soll nachfolgend näher betrachtet werden, da ein Aspekt dieses Schutzes eng mit Fragen der Schadensberechnung verknüpft ist. Es handelt sich um den Schutz bekannter Zeichen gegen ihren Gebrauch durch Unternehmer, die nicht das Ziel haben, ihre Produkte an Stelle der Produkte des Zeicheninhabers zu vermarkten, sondern einen Aufmerksamkeitseffekt für ganz andere Produkte zu erzielen oder am Ruf des bekannten Zeichens zu partizipieren.

Heute verbietet § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG die Benutzung bekannter Marken auch für Waren und Dienstleistungen, die nicht denjenigen ähnlich sind, für die das Zeichen geschützt ist, und § 15 Abs. 3 MarkenG verbietet den Gebrauch eines

²⁰ Dazu z. B. Lehmann-Schmidtke, Das Erfordernis der wettbewerblichen Eigenart im ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz; Sambuc GRUR 1986, 130.

²¹ OLG Hamburg v. 10.02.2003 – 5 U 192/01 unter III.

bekanntes Geschäftszeichen auch dann, wenn keine Gefahr von Verwechslungen zwischen den Bezeichnungen hervorgerufen werden kann, wenn die Benutzung die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung des bekannten Zeichens „in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt“.²² Darüber hinaus sind auch Zeichen, die nicht in diesem Sinne „bekannt“ sind, gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 4 UWG dagegen geschützt, dass ihr Gebrauch durch einen anderen als den Zeicheninhaber im Rahmen der Werbung die Wertschätzung des Zeichens „in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt“.²³

Die Schwierigkeit in Bezug auf die Schadensberechnung besteht hier darin, dass fraglich erscheint, worin genau der Schaden des Zeicheninhabers besteht, wenn kein Wettbewerb in dem Sinne betrieben wird, dass der Verletzer versucht, mit seinen Produkten die Produkte des Zeicheninhabers zu verdrängen. Anders als in den klassischen Verletzungsfällen entgeht dem Zeicheninhaber dann kein Gewinn dadurch, dass Kunden statt zu seinen Produkten zu denjenigen des Verletzers greifen.

Die genannten Normen sind erst 1994 bzw. 2000 in Kraft getreten. Die Erstreckung des Schutzes bekannter Marken und Geschäftszeichen gegen Rufausbeutung auch ohne Substitutions- oder Verwechslungsgefahr datiert jedoch schon aus den 1980-er Jahren. Damals sah die Rechtsprechung sich der Schwierigkeit gegenüber, dass sowohl der Kennzeichenschutz als auch der wettbewerbsrechtliche Schutz durch die Generalklausel des § 1 UWG ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien bzw. die Gefahr einer Verwechslung ihrer jeweiligen Erzeugnisse voraussetzten. Der BGH bezog nun die Fälle der Rufausbeutung ohne Substitutionswettbewerb in den Anwendungsbereich des § 1 UWG mit ein, indem er den Begriff des Wettbewerbsverhältnisses weiter auslegte. So ging es in der Entscheidung „Dimple“ darum, dass eine Whiskymarke für Herrenkosmetik benutzt werden sollte. Der BGH stützte die Annahme eines Wettbewerbsverhältnisses auf einen neuen Gesichtspunkt:

„Der (...) gute Ruf [der Marke „Dimple“] ist jedenfalls und gerade mit Bezug auf die hier in erster Linie in Frage stehenden Kosmetikwaren auch wirtschaftlich selbständig verwertbar. Denn gerade der Kreis des Verkehrs, der die

²² Art. 5 Abs. 2 der Markenrichtlinie (RL 89/104/EWG) erlaubt den Mitgliedstaaten den Erlass derartiger Regeln für bekannte Marken. Entsprechende Vorschriften bestehen auch im französischen und englischen Recht.

²³ Diese Vorschrift setzt Art. 3a Abs. 1 g der RL 84/450/EWG in der durch Art. 1 Ziffer 4 der RL 97/55/EG geänderten Fassung um; entsprechende Vorschriften bestehen daher auch im französischen und englischen Recht.

Marke „Dimple“ kennt und deshalb nach der Feststellung des Berufungsgerichts mit ihr besondere Gütevorstellungen verbindet – also insbesondere der Kreis derjenigen, die mit einiger Regelmäßigkeit Whisky tatsächlich kaufen und trinken –, kommt (...) als Käuferkreis für gehobene Kosmetikartikel in Frage, und zwar insbesondere für Herrenkosmetik, wie die Beklagte sie unter der von ihr angemeldeten identischen Marke in den Vertrieb zu bringen beabsichtigt. (...)

Mit dem Versuch, diesen Ruf für sich auszubeuten, ist die Beklagte in Wettbewerb zur Klägerin zu 2 getreten, da diese ihrerseits gleichfalls – zumindest, was ausreicht, potentiell – als Interessentin einer selbständigen wirtschaftlichen Nutzung des Rufwertes ihrer Kennzeichnung – etwa durch Lizenzvergabe o. ä. – in Betracht kommt.²⁴

Ein Unterlassungsanspruch wurde folglich gewährt, weil der Markeninhaber die Möglichkeit hatte, seine Marke durch die Vergabe einer Lizenz für die Benutzung für Herrenkosmetik selbstständig auszuwerten, auch wenn er daran noch gar nicht gedacht haben mochte.

Die „Dimple“-Entscheidung bildet insofern ein Zwischenglied zwischen dem auf ähnliche Produkte beschränkten Markenschutz und dem umfassenden Schutz gegen Rufausbeutung, als hier noch – wie in den klassischen Konstellationen – verlangt wurde, dass sich die Käuferkreise des Zeicheninhabers und des Wettbewerbers überschneiden; auch erscheint die Ausdehnung der geschäftlichen Aktivitäten eines Unternehmens, das Whisky vertreibt, auf das Gebiet der Herrenkosmetik durchaus denkbar.²⁵ Später ging der BGH darüber noch hinaus. In der Entscheidung „Tchibo-Rolex“ ging es um den Verkauf billiger Uhren, die äußerlich stark zwei Rolex-Uhrenmodellen ähnelten. Deren Geschmacksmusterschutz war zwar 13 Jahre zuvor abgelaufen, aber der BGH sah in der Nachahmung eine sittenwidrige Ausnutzung des Rufes der Erzeugnisse, die gegen § 1 UWG verstieß.²⁶ Es erscheint unwahrscheinlich, dass sich die Käuferkreise der Luxusartikel und der Billiguhren überschneiden. Auch dass der Markeninhaber die Marke Rolex tatsächlich für Billiguhren lizenzieren würde, war nicht anzunehmen. In einer weiteren Entscheidung ging es darum, dass der Beklagte Kondome als

²⁴ BGH GRUR 1985, 550, 552 („Dimple“). Ähnlich bereits BGHZ 86, 90 („Rolls-Royce“).

²⁵ Wegen Fehlens dieses Merkmals wurde in einem ansonsten ähnlichen Fall der Anspruch verneint: BGHZ 113, 82 („Salomon“).

²⁶ BGH GRUR 1985, 876 („Tchibo-Rolex I“).

Scherzartikel in einer Schachtel mit der Aufschrift „Mars macht mobil bei Sex, Sport und Spiel“ vertrieben.²⁷ Hatte der BGH 1986 eine ähnlich anzügliche Benutzung des Firmennamens BMW noch für einen harmlosen Scherz gehalten, der weder wettbewerbswidrig sei noch das Namensrecht des Unternehmens verletze, da diesem daraus „keinerlei wirtschaftliche Nachteile“ erwüchsen²⁸, nahm er im Mars-Fall eine strengere Haltung ein. Abgesehen davon, dass eine warenzeichenrechtsverletzende Markenverunglimpfung vorliege, da Kunden annehmen könnten, es handle sich um eine geschmacklose Werbeaktion, die von dem Markeninhaber selbst herrühre, beute der Kondomhersteller auch in sittenwidriger Weise (§ 1 UWG) den Ruf der Marke „Mars“ aus. Diese habe einen eigenständig durch Lizenzvergabe verwertbaren Ruf. Dem stehe nicht entgegen, dass der Markeninhaber eine Lizenzierung seiner Marke für Kondome vermutlich nicht einmal erwogen hätte:

„Das Berufungsgericht [das keinen Verstoß gegen § 1 UWG gesehen hatte] kann seine Begründung (...) in dem Sinne gemeint haben, daß jedenfalls die Klägerin selbst zu einer Vermarktung ihrer Zeichen auf dem Scherzartikelmarkt nicht in der Lage sei, weil sie mit einer Lizenzierung hierfür ihre Zeichen selbst verunglimpfen würde, und dass deshalb die Möglichkeit eines direkten Wettbewerbs um den (Lizenz-) Wert der Kennzeichnungen auszuschließen sei. Eine solche Betrachtungsweise würde jedoch vernachlässigen, dass es in Fällen der unerlaubten Nachahmung oder Anlehnung für die Beurteilung eines den Weg für die Anwendung des § 1 UWG eröffnenden Wettbewerbsverhältnisses (...) nicht darauf ankommen kann, ob der Kennzeicheninhaber in der konkreten Beziehung oder auch überhaupt grundsätzlich subjektiv zu einer Lizenzierung bereit ist; vielmehr genügt – was der Bundesgerichtshof im DIMPLE-Urteil mit dem Begriff des potentiellen Interesses zum Ausdruck gebracht hat und seine Parallele in der Anerkennung einer (fiktiven) Lizenz als Schadensersatz auch bei fehlender subjektiver Lizenzierungsbereitschaft findet (vgl. BGH, Urt. v. 17. 6. 1992, I ZR 107/90, GRUR 1993, 55, 58 – Tchibo-Rolex II) – eine objektive Eignung zur Lizenzvergabe, d.h. ein Interesse auf der Seite potentieller Lizenznehmer und eine nur hypothetische Möglichkeit, dass eine Lizenzvergabe überhaupt – unter bestimmten, allein vom Inhaber zu bestimmenden Umständen – auch seitens des Kennzeicheninhabers in Betracht kommen könnte.“²⁹

²⁷ BGH GRUR 1994, 808.

²⁸ BGHZ 98, 94 (“Bumms mal wieder”).

²⁹ BGH GRUR 1994, 808, 811.

Der enge Zusammenhang zwischen der Ausweitung der Tatbestandsvoraussetzung „Wettbewerbsverhältnis“ und der Schadensberechnung wird hier besonders deutlich: Für die Haftung genügt die rein hypothetische Möglichkeit, dass der Markeninhaber eine Lizenz erteilen könnte. In den Abschnitten über die Schadensberechnung wird deutlich werden, dass sich die Schadenshöhe in solchen Fällen (unter anderem) nach der Lizenzgebühr bestimmt, die für eine derartige Lizenz verlangt werden könnte, und dass deren Ermittlung angesichts des fiktiven Charakters der Lizenz Schwierigkeiten bereitet.

II. Urheberrecht

Leistungen auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst sowie Computerprogramme sind durch das Urheberrechtsgesetz (UrhG) geschützt. Der Urheber kann bei Verletzungen außer seinem materiellen Schaden auch seinen immateriellen Schaden (§ 97 Abs. 2 UrhG) ersetzt verlangen sowie Bereicherungsansprüche geltend machen.

Im Hinblick auf das Konkurrenzverhältnis zwischen dem UrhG und dem UWG hat der BGH in einer neueren Entscheidung erklärt, dass der Zweck des § 97 UrhG nicht den Schutz vor Schäden umfasse, die dadurch eintreten, dass die Urheberrechtsverletzung zugleich unlauteren Wettbewerb darstellt.³⁰ Daraus ist zu schließen, dass dafür gegebenenfalls auch gesondert Schadensersatz verlangt werden kann, sofern der Kläger auch die Verwirklichung einer zum Schadensersatz verpflichtenden Norm des UWG nachweisen kann.

III. Persönlichkeitsrechte

Einzelne Merkmale der Persönlichkeit sind spezialgesetzlich geschützt: durch Straftatbestände – deren Verletzung über § 823 Abs. 2 BGB auch zur zivilrecht-

³⁰ BGH GRUR 2000, 226, 227 („Planungsmappe“).

lichen Haftung führt –, durch das Recht am eigenen Bild (§ 22 KunstUrhG) und das Namensrecht (§ 12 BGB). Darüber hinaus hat die Rechtsprechung in den 1950-er Jahren das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ anerkannt, das aus Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitet wird.³¹ Es gilt nicht nur gegenüber dem Staat, sondern ist zugleich durch die deliktsrechtliche Generalklausel des § 823 Abs. 1 BGB als „sonstiges Recht“ neben den dort ausdrücklich genannten Rechtsgütern geschützt. Es ist *lex generalis* im Verhältnis zu den älteren Einzelrechten, wie dem Recht am eigenen Bild und dem Namensrecht, und gewährleistet darüber hinaus umfassend die Achtung der Würde der Person und der freien Entfaltung der Persönlichkeit.³² Sein weiterer Anwendungsbereich relativiert sich dadurch, dass nicht jeder Eingriff rechtswidrig ist; vielmehr muss die Rechtswidrigkeit nach ständiger Rechtsprechung jeweils auf Grund einer Interessenabwägung im Einzelfall festgestellt werden.³³ Ein wichtiges Beurteilungskriterium ist dabei die Intensität des Eingriffs. Diese wird primär danach beurteilt, ob er die Individualsphäre, die Privatsphäre oder die Intimsphäre der Person betrifft. Einzelfragen des Verhältnisses zwischen dem zivilrechtlichen und dem verfassungsrechtlich gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrecht sowie die Abgrenzung zum Schutz der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG sind umstritten. Die praktische Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Zivilrecht liegt vor allem darin, dass es die Persönlichkeit gegen Verletzungen der persönlichen Sphäre sowie gegen Herabwürdigungen schützt, die keine Straftatbestände verwirklichen. Eine Einschränkung des Schutzes für „Personen der Zeitgeschichte“, soweit sie sich in der Öffentlichkeit bewegen, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte für unvereinbar mit Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention gehalten.³⁴

1. Anspruch auf Ersatz materieller Schäden und Bereicherungsansprüche

Dass die Verletzung von Persönlichkeitsrechten, insbesondere des Namensrechts, auch vermögensrechtliche Interessen verletzen kann, wurde in der Literatur früh

³¹ BGHZ 13, 334, 338.

³² BGHZ 13, 334, 338; BGHZ 35, 363, 367 („Ginseng“).

³³ BVerfG NJW 1992, 815. Eine in der Literatur vertretene Gegenauffassung hält die Rechtswidrigkeit dagegen für indiziert, Nachweise bei Staudinger-Hager, 13. Bearbeitung 1999, § 823 Rn. C 17.

³⁴ EMRK, Entsch. vom 29.04.2004, Fall Nr. 59320/00 (von Hannover ./.. Allemagne), Originalsprache: französisch.

³⁵ Vgl. die Darstellung bei Götting, Teil 2.

erkannt.³⁵ Auch der BGH stellte 1956 in der Entscheidung „Paul Dahlke“ fest, es sei anerkanntes Recht, dass die Verletzung von Persönlichkeitsrechten vermögensrechtliche Ersatzansprüche auslösen könne.³⁶ Trotzdem hatte bis dahin in der Rechtsprechung der Schutz immaterieller Interessen, insbesondere der persönlichen Ehre, durch Abwehr- und Unterlassungsansprüche ganz im Vordergrund gestanden. In der „Paul Dahlke“-Entscheidung schlug der BGH einen neuen Weg ein, indem er das Recht am eigenen Bild als „vermögenswertes Ausschließlichkeitsrecht“ bezeichnete und einem Schauspieler für die ungenehmigte Benutzung seines Bildes zu Werbezwecken als Schadensersatz ein angemessenes Honorar mit der Begründung zubilligte, bekannte Persönlichkeiten stellten sich im Allgemeinen nur gegen Vergütung als Werbeträger zur Verfügung.³⁷ Seitdem ist anerkannt, dass die Persönlichkeitsrechte vermögenswerte Bestandteile besitzen. Das gilt außer für das Recht am eigenen Bild insbesondere für das Namensrecht und das Recht an der eigenen Stimme. Ihre Verletzung löst auch Bereicherungsansprüche aus.³⁸

Die Fragen, ob die Persönlichkeitsrechte oder zumindest ihre vermögenswerten Bestandteile übertragbar sind, auf welchen übergeordneten Erwägungen ihr Schutz genau beruht und wie ihr Schutz auszugestalten ist, damit er wirksam ist, sind noch nicht abschließend geklärt. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts unterscheiden sich derzeit merklich. So betont das BVerfG, dass „der verfassungsrechtliche Privatsphärenschutz (...) nicht im Interesse einer Kommerzialisierung der eigenen Person gewährleistet“ sei. Offenbar abgestoßen von der Vorstellung, dass die Verfassungsordnung dafür herhalten könnte, Prominenten die selektive Vermarktung von Details aus ihrer Privatsphäre durch Exklusiv-Vereinbarungen zu ermöglichen, hat es in einem *obiter dictum* ausgesprochen, die bewusste Preisgabe der Privatsphäre führe zu einem partiellen Verlust des Schutzes:

„Zwar ist niemand an einer (...) Öffnung privater Bereiche gehindert. Er kann sich dann aber nicht gleichzeitig auf den öffentlichkeitsabgewandten Privatsphärenschutz berufen. Die Erwartung, dass die Umwelt die Angelegenheiten oder Verhaltensweisen in einem Bereich mit Rückzugsfunktion nur begrenzt oder nicht zur Kenntnis nimmt, muss daher situationsübergreifend und kon-

³⁶ BGHZ 20, 345, 352 („Paul Dahlke“).

³⁷ BGHZ 20, 345 („Paul Dahlke“). Näher dazu unten C. II. 2. a) bb).

³⁸ BGHZ 20, 345, 354f. („Paul Dahlke“).

sistent zum Ausdruck gebracht werden. Das gilt auch für den Fall, dass der Entschluss, die Berichterstattung über bestimmte Vorgänge der eigenen Privatsphäre zu gestatten oder hinzunehmen, rückgängig gemacht wird.“³⁹

Außerdem erklärte es in einer Entscheidung aus dem Jahr 2000, das allgemeine Persönlichkeitsrecht gelte ausschließlich zu Lebzeiten der betreffenden Person. Ein postmortaler Schutz der Persönlichkeit könne ausschließlich aus dem Gebot des Schutzes der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet werden, das eine deutlich höhere Schutzwelle aufweist.⁴⁰ Demgegenüber hat der BGH in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 1999 die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts für vererblich erklärt und der Erbin von *Marlene Dietrich* Schadensersatzansprüche wegen der kommerziellen Verwertung von deren Bekanntheit durch Dritte zuerkannt.⁴¹ Zwar dienen das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine besonderen Erscheinungsformen „in erster Linie“ dem Schutz ideeller Interessen; ihnen könne aber auch ein beträchtlicher wirtschaftlicher Wert zukommen, der meist von dem Betroffenen durch besondere Leistungen erworben worden sei.⁴² Bei der unerlaubten Verwertung ihrer Rechte zu Werbezwecken fühlten sich die Betroffenen daher häufig weniger in ideellen als in finanziellen Belangen beeinträchtigt. Die Rechtsprechung habe diese Interessen als berechtigt anerkannt. Nunmehr sei die Anerkennung der Vererblichkeit der vermögenswerten Bestandteile der Persönlichkeitsrechte geboten,

„um den Schutz gegenüber einer kommerziellen Nutzung von Name, Bildnis und sonstigen Persönlichkeitsmerkmalen des Verstorbenen durch Nichtberechtigte zu gewährleisten. (...) Die [bisher bei postmortalen Persönlichkeitsverletzungen dem Wahrnehmungsberechtigten ausschließlich zugebilligten] Abwehransprüche nützen (...) nur wenig, wenn die Rechtsverletzung – wie es häufig der Fall ist – bereits beendet ist, bevor der Anspruchsberechtigte davon Kenntnis erlangt. Darüber hinaus erscheint es unbillig, den durch die Leistung des Verstorbenen geschaffenen und in seinem Bildnis, seinem Namen oder seinen sonstigen Persönlichkeitsmerkmalen verkörperten Vermögenswert nach seinem Tode dem Zugriff eines jeden beliebigen Dritten preiszugeben, statt diesen Vermögenswert seinen Erben oder Angehörigen oder anderen Personen zukommen zu lassen, die ihm zu Lebzeiten nahe standen (...).“⁴³

³⁹ BVerfG NJW 2000, 1021, 1023.

⁴⁰ BVerfG NJW 2001, 594.

⁴¹ BGH NJW 2000, 2195 („Marlene Dietrich“); BGH NJW 2000, 2201 („Blauer Engel“).

⁴² BGH NJW 2000, 2195, 2197 („Marlene Dietrich“).

⁴³ BGH NJW 2000, 2195, 2198 („Marlene Dietrich“).

Daher treffe die Kritik an dieser (im Schrifttum zuvor schon vertretenen⁴⁴) Auffassung, wonach die Anerkennung der Vererblichkeit der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts einer Kommerzialisierung des Individuums und seiner Verfügbarkeit für Dritte Vorschub leisten würde⁴⁵, nicht zu. Im Übrigen sei es nicht die Aufgabe der Rechtsordnung, einen starren Rahmen für die Vermarktung rechtlich geschützter Positionen vorzugeben, an dem die Wirklichkeit sich orientieren müsse; vielmehr habe die Rechtsordnung eine dienende Funktion und müsse „einen Ordnungsrahmen auch für neue Formen der Vermarktung bieten“, die „im Interesse sowohl des Vermarkters als auch desjenigen liegen, der eine solche Vermarktung seiner Person gestatten möchte“. Soweit höherrangige rechtliche oder ethische Prinzipien dies geböten, müsse die Rechtsordnung solchen Forderungen zwar entgegenreten; dies könne aber nicht mittels eines ineffektiven, auf Abwehrrechte beschränkten Schutzes geschehen.

2. Nichtvermögensschäden

Nichtvermögensschäden sind im deutschen Recht nur ausnahmsweise ersatzfähig. § 253 Abs. 1 BGB verlangt, dass dies durch Gesetz ausdrücklich zugelassen sein muss.⁴⁶ Diese schon im Gesetzgebungsverfahren umstrittene Bestimmung fußte auf der Auffassung, dass dem Richter bei der Festsetzung des Ersatzes kein zu großes Ermessen eingeräumt werden sollte⁴⁷ und immaterielle Güter nicht in Geld aufgewogen werden könnten.⁴⁸ Ausdrücklich erlaubt ist die Liquidierung von Nichtvermögensschäden durch Persönlichkeitsrechtsverletzungen nur bei der Körperverletzung und Gesundheitsbeschädigung, bei Freiheitsberaubung und bei der Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung (§ 253 Abs. 2 BGB). Dennoch schuf der BGH in den 1950-er Jahren einen Anspruch auf Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, der immaterielle Schäden des Verletzten ausgleichen und ihm Genugtuung verschaffen soll.⁴⁹ Der BGH leitet

⁴⁴ Insbesondere Götting, S. 281.

⁴⁵ So Schack AcP 195 (1995), 594 („die Rechtsordnung kann auch dazu berufen sein, möglichen gesellschaftlichen Fehlentwicklungen entgegenzutreten“; „nicht alle aus den USA zu uns gelangenden Unsitten totaler Vermarktung verdienen es, übernommen und rechtlich abgesichert zu werden“).

⁴⁶ Zu den durch das allgemeine Schadensrecht gezogenen Rahmenbedingungen näher unten C. I. 1.

⁴⁷ Deutsch, Haftungsrecht, XXXVII. 1. a), Rn. 893.

⁴⁸ BVerfGE 34, 269 („Soraya“) unter A. 2.

⁴⁹ BGHZ 26, 349 („Herrenreiter“).

⁵⁰ BVerfGE 34, 269 („Soraya“).

diesen Anspruch mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁰ unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz her und damit aus dem Verfassungsrecht, das dem BGB übergeordnet ist.⁵¹ Der Anspruch setze schweres Verschulden des Verletzers oder eine schwere Persönlichkeitsbeeinträchtigung voraus:

„[Es] wird stets zu prüfen sein, ob es nach Art der Verletzung des Persönlichkeitsrechts erforderlich ist, dem Betroffenen, dessen Einbuße auf andere Art nicht auszugleichen ist, eine Genugtuung für die erlittene Unbill zuzusprechen. Das wird im allgemeinen nur dann der Fall sein, wenn den Schädiger der Vorwurf einer schweren Schuld trifft oder wenn es sich um eine objektiv erheblich ins Gewicht fallende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts handelt. (...) Die Voraussetzungen für die Zubilligung immateriellen Schadensersatzes werden im besonderen dann gegeben sein, wenn – wie in dem vorliegenden Falle – in das Persönlichkeitsrecht eines anderen leichtfertig aus dem materiellen Grund eingegriffen wird, die eigene kommerzielle Werbung zugkräftiger zu gestalten. Solchem unlauteren Gewinnstreben kann wirksam nur dann entgegengetreten werden, wenn es mit dem Risiko eines fühlbaren materiellen Verlusts belastet wird, und andererseits darf der, der mittels unlauteren Eingriffs in eine fremde Persönlichkeitssphäre Geld zu verdienen sucht, sich nicht beschwert fühlen, wenn er zu einem Ausgleich in Geld herangezogen wird.“⁵²

In einer neueren Entscheidung werden die Voraussetzungen des Anspruchs insofern leicht modifiziert, als nun die Schwere der Verletzung als das wichtigste Kriterium hervorgehoben wird:

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats steht dem Opfer einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein Anspruch auf eine Geldentschädigung zu, wenn es sich um einen schwerwiegenden Eingriff handelt und die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise ausgeglichen werden kann. Ob eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorliegt, die die Zahlung einer Geldentschädigung erfordert, hängt insbesondere von der Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, ferner von Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie vom Grad seines Verschuldens ab“.⁵³

⁵¹ Anders noch BGHZ 26, 349; die dort gewählte Methode einer Analogie zu § 847 BGB a. F. war heftiger Kritik ausgesetzt, da § 253 BGB eine Analogie zu vorhandenen Ausnahmebestimmungen gerade verbiete. Andere halten dagegen die ursprüngliche Lösung des BGH für richtig, s. Deutsch ZRP 1998, 292; Funkel.

⁵² BGHZ 35, 363, 369 („Ginseng“).

⁵³ BGHZ 128, 1, 12 („Caroline I“).

Der Gesetzgeber hat die Änderung des Schmerzensgeldrechts 2002 nicht zum Anlass genommen, das richterrechtliche Institut ausdrücklich in § 253 BGB aufzunehmen. Die Regierungsbegründung führt dazu aus, eine Änderung des einfachen Gesetzesrechts berühre den aus dem Verfassungsrecht abgeleiteten Anspruch nicht; im Übrigen sei eine einfachgesetzliche Regelung nur im Rahmen einer Regelung des Persönlichkeitsrechts insgesamt sinnvoll, die im Zuge der Schadensersatzrechts-Änderung nicht geleistet werden könne.⁵⁴

Der Anspruch auf Entschädigung aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG kann auch neben den Anspruch auf Ersatz eines Vermögensschadens treten.⁵⁵

⁵⁴ BT-Dr. 14/7752, S. 24f.

⁵⁵ BGHZ 30, 7, 18 („Caterina Valente“); BGH GRUR 1997, 233 („Gynäkologe“).

B. Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozess

Bei strafbaren Rechtsverletzungen⁵⁶ können im Zuge der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen Belege und andere Unterlagen beschlagnahmt werden. Hiervon kann der anwaltliche Vertreter der Partei durch Akteneinsicht Kenntnis erlangen; auch kann auf erzielte Gewinne sowohl zu Gunsten des Staates als auch im Interesse des Verletzten zugegriffen werden.⁵⁷ Diese strafrechtlichen Aspekte sind jedoch nicht Gegenstand dieser Abhandlung.

Die Zivilprozessordnung erlegt der Partei nur begrenzte Aufklärungspflichten auf; diese wurden allerdings durch die Zivilprozessrechtsreform zum 01.01.2002 erweitert (dazu I.). Daneben spielen materiell-rechtliche Auskunftsansprüche eine große Rolle, was in besonderem Maße für die hier untersuchten Verletzungsprozesse gilt (dazu II.).

I. Zivilprozessuale Erklärungs- und Aufklärungspflichten

Grundsätzlich trägt jede Partei die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen der Normen, aus denen sie für sie günstige Rechtsfolgen herleitet. Das stellt sie vor Schwierigkeiten, wenn sich ein Vorgang außerhalb ihrer Erkenntnis-sphäre abgespielt hat. Es fragt sich daher, ob und inwieweit der Gegner sich zu derartigen Vorgängen äußern muss. Es gibt Vorschriften, die es ermöglichen, eine Partei dazu zu zwingen, Informationen offenzulegen. Zugleich gilt jedoch der Grundsatz, dass die Parteien Tatsachenmaterial, das ihr Vorbringen stützt, selbst beizubringen haben. Diese unterschiedlichen Elemente stehen in einem erheblichen Spannungsverhältnis.

⁵⁶ Vgl. § 142 Abs. 1 PatG, § 25 Abs. 1 GebrMG, 10 Abs. 1 HalblSchG, 39 Abs. 1 SortenschG, 143 Abs. 1, 143a Abs. 1 und 144 Abs. 1 und 2 MarkenG, § 14 Abs. 1 GeschMG, §§ 106–108 sowie 108b UrhG, 33 KunstUrhG, 4, 6c, 15, 17, 18 und 20 UWG. Diese Delikte werden als Privatklagedelikte (§ 374 Abs. 1 StPO) von der Staatsanwaltschaft nicht verfolgt, wenn kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht (§ 376 StPO).

⁵⁷ Vgl. §§ 73ff. StGB, 111b ff. StPO, insbes. § 111b Abs. 5 StPO.

1. Erklärungspflicht nach § 138 ZPO

§ 138 ZPO bestimmt, dass die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben haben und dass jede Partei sich „über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären“ hat.

Umstritten ist, inwieweit die Parteien auch für sie ungünstige Tatsachen vortragen müssen und wie weit die Pflicht zur Erklärung über Behauptungen des Gegners reicht. Nach ganz herrschender Meinung ist eine „Ausforschung“ der nicht darlegungs- und beweisbelasteten Partei unzulässig. § 138 Abs. 2 ZPO führt nur zu einer Erklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei, wenn die anspruchsbegründenden Tatsachen schlüssig dargelegt sind. Ins Blaue hinein aufgestellte Behauptungen müssen nicht substantiiert bestritten werden. Gegenüber schlüssigem, aber nicht näher konkretisiertem Vortrag kann sich die nicht beweisbelastete Partei auf einfaches Bestreiten beschränken.⁵⁸

Das ist der Grundsatz; hiervon gibt es Ausnahmen. Im Einzelfall kann es dem Gegner zuzumuten sein, sich substantiiert zu unsubstanziertem Vorbringen zu äußern:

„Ein substantiiertes Bestreiten kann vom Prozessgegner nur gefordert werden, wenn der Beweis dem Behauptenden nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (...). Dies ist anzunehmen, wenn eine darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt (...), was insbesondere dort der Fall ist, wo das materielle Recht das Nichtvorliegen von Tatsachen zur Anspruchsvoraussetzung erhebt oder sonst nach den Gegebenheiten im konkreten Rechtsstreit das Nichtvorliegen eines Umstandes bewiesen werden muss. In diesen Fällen kann vom Prozessgegner im Rahmen des Zumutbaren das substantiierte Bestreiten der negativen Tatsache unter Darlegung der für das Positivum sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden (...).“⁵⁹

⁵⁸ BGH NJW 1995, 3311, 3312.

⁵⁹ BGHZ 140, 156, 158f.

Danach ist diese Pflicht zum substantiierten Bestreiten (auch „sekundäre Behauptungslast“⁶⁰) im Allgemeinen auf Fälle beschränkt, in denen der Beweisführer einen negativen Beweis führen muss. Anerkannt ist sie darüber hinaus im Unterhaltsrecht; hier muss der Unterhaltsberechtigte unter Umständen nur behaupten, der Unterhaltsverpflichtete erziele mittlerweile ein höheres Einkommen, um diesen zu konkreten Angaben über seine aktuellen Einkommensverhältnisse zu zwingen.⁶¹

Des Weiteren hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt betont, dass der Umstand, dass die Position einer Prozesspartei grundrechtlich geschützt ist, eine Umverteilung der Darlegungs- und Beweislast zu ihren Gunsten bedingen kann. In einem Kündigungsschutzprozess, in dem der Bestand des Arbeitsverhältnisses des Klägers von Einzelheiten der Organisation seines Arbeitgebers abhing, die der Kläger nicht kannte, führte es aus:

„Der objektive Gehalt der Grundrechte kann auch im Verfahrensrecht Bedeutung erlangen (...). Der gerichtlichen Durchsetzung von Grundrechtspositionen dürfen keine praktisch unüberwindlichen Hindernisse entgegengesetzt werden (...). Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast darf den durch einfachrechtliche Normen bewirkten Schutz grundrechtlicher Gewährleistung nicht leer laufen lassen (...). (...) Das Prozessrecht bietet (...) für eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast geeignete Handhaben (...). (...) Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast muss (...) dem Umstand gerecht werden, dass der Arbeitnehmer eine bestehende Rechtsposition verteidigt (...). Jedenfalls aber verbietet es sich, dem Arbeitnehmer Darlegung und Nachweis solcher Umstände in vollem Umfang aufzubürden, die nicht in seiner Sphäre liegen und deren vollständige Kenntnis bei ihm infolgedessen nicht erwartet werden kann, während der Arbeitgeber über sie ohne weiteres verfügt.“⁶²

Grundsätzlich hält die Rechtsprechung jedoch daran fest, dass solche Konstellationen lediglich Ausnahmen von dem Grundsatz sind, dass derjenige, der eine Rechtsverletzung behauptet, die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, und dass Bestehen und Umfang einer Erklärungspflicht des Gegners davon abhängen, wie substantiiert das Vorbringen des Darlegungspflichtigen selbst ist. In der Literatur wird demgegenüber z. T. eine allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht befür-

⁶⁰ Zöller-Greger vor § 284 Rn. 34.

⁶¹ Beispiele bei Zöller-Greger vor § 284 Rn. 34a.

⁶² BVerfG NJW 2000, 1483, 1484.

wortet. Diese soll bereits dann eingreifen, wenn der darlegungs- und beweisbelasteten Partei kein substanzierter Vortrag möglich ist; in diesem Fall soll genügen, dass Anhaltspunkte die Behauptung belegen.⁶³ Zur Begründung der Forderung nach einer umfassenden Aufklärungspflicht wird angeführt, dass Art. 2 GG und das Rechtsstaatsprinzip eine Verfahrensordnung verlangten, die primär auf Wahrheitsfindung ausgerichtet sei⁶⁴, und dass die Aufklärungspflicht der Stärkung der ersten Verfahrensinstanz und damit der Rationalisierung der Zivilprozesse diene⁶⁵. Demgegenüber betont die Gegenansicht, dass die Verhandlungsmaxime im Prozessrecht die Privatautonomie gewährleiste. Das Ziel, im Prozess die Wahrheit herauszufinden, sei nicht absolut; genauso komme es darauf an, dass die Wahrheit verfahrensgemäß und in einem fairen Verfahren ermittelt werde.⁶⁶ Der BGH hat die Einführung einer allgemeinen Aufklärungspflicht 1990 nochmals kategorisch abgelehnt und erklärt, der Gesetzgeber sei nicht von Verfassungs wegen gehalten, den Beibringungsgrundsatz abzuschaffen, wonach es Sache der Parteien ist, die ihren Vortrag stützenden Tatsachen vorzutragen:

„Es bleibt vielmehr bei dem Grundsatz, daß keine Partei gehalten ist, dem Gegner für seinen Prozeßsieg das Material zu verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt.“⁶⁷

Die Befürworter der Gegenauffassung bekämpfen diese Ansicht weiter und wenden insbesondere ein, dass der vom BGH postulierte Grundsatz durch die Ausnahmen ausgehöhlt und das Verfahrensrecht auch deshalb ungerecht sei, da die Ausnahmen kein erkennbares System aufwiesen.⁶⁸

Die Auslegung des § 138 ZPO durch die herrschende Meinung führt dazu, dass in den hier untersuchten Verletzungsprozessen keine Erklärungspflicht des angeblichen Verletzers besteht, wenn er dem Kläger dadurch erst die Grundlage für die schlüssige Behauptung der Schutzrechtsverletzung liefern würde.⁶⁹ Der Verlet-

⁶³ Stürmer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 106ff.; ders. ZZZ 98 (1985), 237, ders. ZZZ 104 (1991), 208; Schaaff, S. 131ff.; Schlosser JZ 1991, 599; Lang, S. 264f.; Lorenz ZZZ 111 (1998) 35, 60; Lindemeier, S. 215ff. Dagegen eine Vielzahl von Autoren, besonders prononciert Arens ZZZ 96 (1983), 1ff.

⁶⁴ Stürmer NJW 1979, 2334.

⁶⁵ Gottwald, Gutachten A zum DJT 1996, 15ff.

⁶⁶ Arens ZZZ 96 (1983), 1, 11f., 21f. Ähnlich Stein/Jonas-Leipold, § 138 Rn. 22: Wahrheit kein Selbstzweck, sondern dient dem gerechten Urteil.

⁶⁷ BGH JZ 1991, 630 = NJW 1990, 3151; zust. MünchKomm-ZPO-Prütting § 286 Rn. 125, kritisch Stürmer in seiner Anmerkung zu der Entscheidung, ZZZ 104 (1991), 208ff., 217 („prozessdarwinistische Grundsatzklärungen“).

⁶⁸ Z. B. Schlosser JZ 1991, 599.

⁶⁹ Krieger GRUR Int. 1997, 425.

zungskläger kann den Beklagten nicht zu einer detaillierten Stellungnahme zwingen, indem er lediglich pauschale Vorwürfe gegen ihn erhebt.⁷⁰ Der BGH hat bisher nur in wenigen Verletzungsprozessen eine Pflicht des angeblichen Verletzers zur detaillierten Äußerung angenommen. In einem kartellrechtlichen Fall, in dem dem Beklagten Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorgeworfen wurde, erklärte er, es sei einer Partei, die in hartem Wettbewerb mit der anderen Partei stehe, nicht zumutbar, ihre Kostenstruktur und ihre Gewinnsituation offen zu legen.⁷¹ Immerhin kann dem Beklagten im Wettbewerbsrecht u. U. eine sekundäre Behauptungs- und Beweislast auferlegt werden. Dies gilt bei der Aufstellung von Alleinstellungsbehauptungen⁷²; auch musste ein Unternehmen, das seine Arbeitnehmer untertariflich bezahlt hatte, ausführlich zu eventuell hieraus gezogenen Vorteilen vortragen⁷³.

2. Spezifische Aufklärungsmaßnahmen (§§ 142ff. ZPO, §§ 258ff. HGB)

Das Gericht kann unter bestimmten Voraussetzungen anordnen, dass die Parteien bei der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken haben.

a) Inhalt der Normen

§ 143 ZPO erlaubt es dem Gericht, anzuordnen, dass die Parteien „die in ihrem Besitz befindlichen Akten vorlegen, soweit diese aus Schriftstücken bestehen, welche die Verhandlung und Entscheidung der Sache betreffen“. Diese Vorschrift wird fast übereinstimmend restriktiv in dem Sinne ausgelegt, dass sie dem Gericht die (Wieder-)Herstellung vollständiger Gerichtsakten ermöglichen solle, indem den Parteien aufgegeben werden kann, Duplikate einzureichen.⁷⁴ Sie soll insbesondere nicht prozessvorbereitenden oder -begleitenden Schriftwechsel umfassen, da anderenfalls das Berufsgeheimnis des Prozessbevollmächtigten und die Geschäftsgeheimnisse der Partei sowie „überhaupt die Grundsätze der Parteiherrschaft und des Beibringungsgrundsatzes“ verletzt würden⁷⁵.

⁷⁰ A. A. Mes GRUR 2000, 934: Sekundäre Behauptungslast des Beklagten schon dann, wenn der Kläger nicht weiß, dass eine von ihm aufgestellte Behauptung unzutreffend ist.

⁷¹ BGHZ 116, 47 unter I. 4 b).

⁷² BGH GRUR 1985, 140 („Größtes Teppichhaus der Welt“).

⁷³ BGH GRUR 1993, 980 („Tariflohnunterschreitung“).

⁷⁴ OLG Frankfurt v. 06.02.2003 – 12 W 12/03; Zöller-Greger § 143 Rn. 1

⁷⁵ B/L/A/H-Hartmann, § 143 Rn. 7.

§ 142 ZPO ermächtigt das Gericht, einer Partei die Vorlage von Unterlagen aufzugeben. Die Vorschrift wurde im Zuge der Zivilprozessrechtsreform von 2001 erweitert. Zuvor konnte das Gericht lediglich die Vorlage von „Urkunden“ oder „Zeichnungen“ anordnen. Außerdem konnte nur die Vorlage solcher Urkunden oder Zeichnungen angeordnet werden, auf die sich diese Partei selbst im Prozess bezogen hatte (§ 142 ZPO a. F.). Heute kann sich die Vorlageanordnung außer auf „Urkunden“ auch auf sonstige „Unterlagen“ beziehen. Außerdem reicht nun aus, dass eine der Parteien sich darauf bezogen hat, d. h. die Bezugnahme kann auch von der Partei stammen, die sich nicht im Besitz der Unterlagen befindet.⁷⁶ Weiter kann eine solche Anordnung nun auch gegen einen Dritten ergehen.

Außerdem kann das Gericht gemäß § 258f. HGB auf Antrag oder von Amts wegen die Vorlage von „Handelsbüchern“ einer Partei anordnen. Dieser Begriff soll so eng wie in § 257 Abs. 1 HGB zu verstehen sein und daher Handelsbriefe, Inventare, Bilanzen und Jahresabschlüsse nicht einschließen.⁷⁷ Soweit der Inhalt der Handelsbücher den Streitpunkt betrifft, nimmt das Gericht unter Zuziehung der Parteien Einsicht und fertigt gegebenenfalls einen Auszug. Der übrige Inhalt der Handelsbücher ist dem Gericht insoweit offenzulegen, als dies nötig ist, damit das Gericht feststellen kann, ob die Bücher ordnungsgemäß geführt sind (§ 259 S. 2 HGB). Die Vorlage der vollständigen Bücher kann nur in Rechtsstreitigkeiten angeordnet werden, in denen es um Vermögensauseinandersetzungen geht (§ 260 HGB).

§ 144 ZPO, dessen Anwendungsbereich ebenfalls im Zuge der Zivilprozessrechtsreform erweitert wurde, sieht vor, dass das Gericht die Einnahme des Augenscheins sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen und zu diesem Zweck einer Partei oder einem Dritten die Vorlegung eines Gegenstandes aufgeben kann. Es kann der Partei oder dem Dritten auch die Duldung der Maßnahme aufgeben, sofern nicht eine Wohnung betroffen ist.

b) Voraussetzungen der Anordnung der Maßnahmen

Die Frage, welche Anforderungen im Rahmen der §§ 142, 144 ZPO n. F. an das Vorbringen der primär darlegungs- und beweisbelasteten Partei zu stellen sind, da-

⁷⁶ A. A. Gruber/Kießling ZZP 116 (2003), 305, 309. – Ob das Bezugnahmeerfordernis nunmehr auch für terminsvorbereitende Verfügungen des Vorsitzenden gilt (§ 273 Abs. 2 Nr. 5 ZPO), ist umstritten, dagegen Thomas/Putzo-Reichold § 142 Rn. 1.

⁷⁷ MünchKomm-HGB-Ballwieser, §§ 258–260 Rn. 2.

mit das Gericht die Aufklärungsmaßnahme anordnen kann, wurde und wird kontrovers diskutiert. Von einigen wurde darin eine Annäherung an die US-amerikanischen zivilprozessualen Vorschriften über die Vorlage von Unterlagen und die Preisgabe von Informationen⁷⁸ gesehen. Diese führen nach allgemeiner Ansicht zu einer nach deutschem Recht unzulässigen Ausforschung; die Bundesrepublik Deutschland erledigt daher entsprechende Rechtshilfeersuchen der USA nicht.⁷⁹ Zu diesen Befürchtungen führte der Rechtsausschuss des Bundestages im Gesetzgebungsverfahren aus:

„Hinsichtlich der Regelungen in den §§ 142, 144 (...) ist klarzustellen, dass damit keine (unzulässige) Ausforschung der von einer richterlichen Anordnung betroffenen Partei oder des Dritten bezweckt wird. Die genannten Bestimmungen erweitern die Befugnisse, die dem Richter bereits nach geltendem Recht eingeräumt sind, nur behutsam. (...) Den Interessen der Parteien an der Wahrung ihrer Geheimnisse trägt der Richter dadurch Rechnung, dass er von dem ihm eingeräumten Ermessen entsprechenden Gebrauch macht. Diese flexible, den gegenläufigen Interessen Raum gebende Lösung hat sich in der Vergangenheit bewährt. Der vorliegende Entwurf wird daran im Grundsatz nichts ändern. (...) § 142 ZPO-E lässt [den bisherigen Rechtszustand, wonach Rechtshilfeersuchen bezüglich „pre-trial discovery“ nach amerikanischem Recht nicht Folge geleistet wird] schon deswegen unberührt, weil die Vorschrift die Partei, die sich auf eine Urkunde bezieht, nicht von ihrer Darlegungs- und Substantiierungslast befreit. Das Gericht darf die Urkundenvorlage nur auf der Grundlage eines schlüssigen Vortrags der Partei, die sich auf die Urkunde bezieht, anordnen. § 142 ZPO-E gibt dem Gericht nicht die Befugnis, unabhängig von einem schlüssigen Vortrag zum Zwecke der Informationsgewinnung Urkunden anzufordern. Eine solche Ausforschung der Parteien oder des Dritten ist und bleibt prozessordnungswidrig. (...)“⁸⁰

Diese Darlegungen zeigen zunächst, dass die Vorschriften gerade auch für den Fall gedacht sind, dass Tatsachen zwischen den Parteien umstritten sind. Eine Partei soll die Vorlage von Beweismitteln durch die andere Partei auch dann erwirken können, wenn die andere Partei sich nicht selbst auf die Beweismittel bezogen hat und diejenige Partei, der die Vorlage zu Gute kommt, darauf keinen materiell-

⁷⁸ Rule 26 der Federal Rules of Civil Procedure.

⁷⁹ § 14 Abs. 1 des Ausführungsgesetzes zum Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen (BGBl. 1977, Teil I, S. 3105).

⁸⁰ BT-Drs. 14/6036, S. 120f.

rechtlichen Vorlageanspruch hat.⁸¹ Zugleich wird deutlich gemacht, dass weiterhin schlüssiger Vortrag Voraussetzung für die Anordnung der Vorlage von Unterlagen sein soll und die die Vorlage fordernde Partei auch nicht von ihrer „Substantiierungslast“ befreit werden soll. Dies hat im Gesetzeswortlaut freilich keinen Niederschlag gefunden. Daher ist es umstritten.⁸² Das OLG Frankfurt am Main ist der Gesetzesbegründung gefolgt und hat weiter ausgesprochen, zu dem erforderlichen schlüssigen Vortrag gehöre auch die Angabe, „was sich aus [den angeforderten Unterlagen] ergeben soll“.⁸³ Es reiche nicht aus, wenn die die Information beherrschende Partei lediglich die – nach Ansicht des Gerichts „sicher nicht auszuschließende“ – Möglichkeit „erwäge“, die Beiziehung werde die Anfertigung eines in Auftrag gegebenen Sachverständigengutachtens erleichtern oder beschleunigen.

In diesen Zusammenhang gehört auch die Frage, wie genau eine Partei die Beweismittel, deren Vorlage sie verlangt, bezeichnen muss. Die Vielfalt der hierauf gegebenen Antworten spiegelt vermutlich die Schwierigkeit der Entscheidung der Frage in der Praxis wider. So wird formuliert, die Bezugnahme müsse konkretisiert sein⁸⁴, der Bezugnehmende müsse aber keine positive Kenntnis von Existenz und Verbleib der Urkunde haben; es reiche aus, wenn nach allgemeiner Erfahrung mit dem Vorhandensein einer solchen Urkunde zu rechnen sei⁸⁵; es soll genügen, dass eine Partei die Urkunde in einem Schriftsatz erwähnt oder dass die Existenz der Urkunde aus sonstigen, von den Parteien bei Gericht eingereichten Unterlagen, insbesondere der vorprozessualen Korrespondenz, hervorgeht⁸⁶; auch eine stillschweigende Bezugnahme soll ausreichen⁸⁷. Das LG Ingolstadt hat ausreichen lassen, dass die Partei vortrug, in Bezug auf einen bestimmten Streitpunkt relevante Unterlagen befänden sich in einem Aktenordner eines Dritten mit der Aufschrift „Bürogebäude“, und die Vorlage dieses Aktenordners angeordnet.⁸⁸

⁸¹ A. A. Gruber/Kießling ZZP 116 (2003) 305, 314f.; Stein/Jonas-Leipold, ZPO, 22. Auflage 2005, § 142 Rn. 21f. und § 144 Rn. 17ff., die § 422f. ZPO für anwendbar halten.

⁸² Ja (schlüssiger Vortrag Voraussetzung einer Anordnungspflicht): Zöller-Greger § 142 Rn. 1; Thomas/Putzo-Reichold, § 142 Rn. 1; B/L/A/H-Hartmann § 144 Rn. 10 (Beweisanordnung darf nicht ergehen, sofern Beweis Antrag abgelehnt werden müsste); Zekoll/Bolt NJW 2002, 3133. Nein: Winte, BRAK-Mitt. 2001, 246, 251.

⁸³ OLG Frankfurt v. 06.02.2003 – 12 W 12/03 – WLDE2003-0000985; ähnlich OLG Naumburg FamRZ 2003, 72; gegen derart hohe Anforderungen bereits Schaaff, S. 143 (es dürfe nicht darauf ankommen, ob eine Partei schlüssige Behauptungen über den Inhalt von im Besitz des Gegners befindlichen Urkunden machen kann; sie solle lediglich ihre Relevanz für den Rechtsstreit darlegen müssen).

⁸⁴ Zöller-Greger § 142 Rn. 2.

⁸⁵ Greger NJW 2002, 3049, 3050.

⁸⁶ Zekoll/Bolt NJW 2002, 3129, 3130.

⁸⁷ B/L/A/H-Hartmann, § 142 Rn. 9.

⁸⁸ LG Ingolstadt v. 13.08.2002 – 4 O 1729/01 – ZInsO 2002, 990.

c) Abwägung von Informations- und Geheimhaltungsinteressen

Im Hinblick auf den Schutz von Betriebsgeheimnissen oder sonstiger Geheimhaltungsinteressen der Person, die von einer Vorlageanordnung betroffen ist, gelten unterschiedliche Regeln für eine Partei und einen Dritten.

Ein von einer Anordnung nach §§ 142, 144 ZPO betroffener Dritter kann sich auf ein ihm zustehendes Zeugnisverweigerungsrecht berufen. Ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht unter anderem, wenn die Beantwortung der Frage dem Zeugen selbst oder einem nahen Verwandten einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden zufügen würde, wenn ihm die Beantwortung einer Frage „zur Unehre gereichen“ oder ihn der Gefahr der Strafverfolgung aussetzen würde oder wenn er dadurch ein Kunst- oder Gewerbegeheimnis offenbaren müsste (§ 384 ZPO). Unter einem Kunst- oder Gewerbegeheimnis werden alle noch nicht allgemein bekannten technischen Arbeitsmittel und Methoden sowie alle wirtschaftlichen Tatsachen verstanden, an deren Nichtoffenlegung ein erhebliches unmittelbares Interesse besteht: z. B. Bezugsquellen, Einkaufspreise, Preiskalkulationen, Geschäftspolitik, Kunden.⁸⁹ Auch Personen, denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, dürfen das Zeugnis in Bezug auf die Tatsachen, auf die sich die Verschwiegenheitspflicht bezieht, verweigern. Wenn allerdings die Verschwiegenheitspflicht zu Gunsten einer Prozesspartei besteht und diese sich weigert, den Dritten von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, so kann dies im Rahmen der freien Beweiswürdigung (dazu unten C. I. 2.) zulasten dieser Partei gewürdigt werden.⁹⁰

Außerdem kann der Dritte geltend machen, die Vorlage sei ihm unzumutbar. Anhaltspunkte für die Auslegung dieses Begriffs fehlen.⁹¹ Dies und der Umstand, dass der unbestimmte Rechtsbegriff in der Vorschrift vor den präzise bestimmten Zeugnisverweigerungsrechten aufgeführt wird, werden in der Literatur als gesetzestechische Fehlgriffe kritisiert.⁹² Das LG Ingolstadt hat den Begriff in dem Sinne aus-

⁸⁹ MünchKomm-ZPO-Damrau, § 384 ZPO, Rn. 14 (zum Zeugnisverweigerungsrecht für Dritte nach § 384 Nr. 3 ZPO); Baumbach/Hefermehl § 17 UWG Rn. 9.

⁹⁰ BGH NJW-RR 1996, 1534 (im konkreten Fall aber Notwendigkeit der Würdigung zulasten der Partei verneint; sie habe triftige Gründe dafür gehabt zu befürchten, dass der Zeuge sich nicht neutral verhalten würde).

⁹¹ BT-Drucks. 14/4722, S. 78f. beschränkt sich auf die Tautologie, die Vorlegung müsse „unter Berücksichtigung ihrer berechtigten Interessen zumutbar“ sein.

⁹² Ebel ZRP 2001, 309, 314; Schellhammer MDR 2001, 1081, 1084; Zekoll/Bolt NJW 2002, 3129, 3131.

gelegt, dass eine Vorlage unzumutbar ist, die für den Verpflichteten mit großen Lasten oder Schwierigkeiten verbunden wäre.⁹³ Diese könnten etwa in hohen Kosten bestehen oder darin liegen, dass es dem Verpflichteten wegen seines Alters oder Gesundheitszustandes schwer falle, der Anordnung nachzukommen.⁹⁴ Nicht ausreichend sei, dass der Dritte Nachteile in einem eventuellen zukünftigen Prozess mit einer der Parteien befürchte: Insoweit seien die Vorschriften über das Zeugnisverweigerungsrecht abschließend.

Eine Partei kann sich nur in erheblich geringerem Umfang auf berechnete Geheimhaltungsinteressen berufen als ein Dritter. Insbesondere steht ihr kein Zeugnisverweigerungsrecht zu.⁹⁵ Nach Ansicht von *Zekoll/Bolt* sind bei der Abwägung des Aufklärungsinteresses gegen das Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen grundrechtlich geschützte Positionen und hierbei die Art. 14 Abs. 1 GG unterfallenden Gewerbegeheimnisse zwar besonders zu berücksichtigen.⁹⁶ Ein überwiegendes Interesse der Partei an der Geheimhaltung sei aber in der Regel zu verneinen, wenn bei Offenlegung des Geheimnisses tatsächlich keine Gefahr eines wettbewerblichen Missbrauchs bestehe oder wenn feststehe, dass eine Partei den Prozess durch eigenen Rechtsbruch (z. B. durch eine unstreitige Wettbewerbsverletzung) erst herbeigeführt habe und nur noch um die Schadenshöhe gestritten werde.⁹⁷

Art. 43 Abs. 1 TRIPS-Übereinkommen erwähnt die Möglichkeit, einer Partei die Vorlage von Beweismitteln aufzugeben, dabei aber Bedingungen herzustellen, die die Vertraulichkeit geheimer Informationen gewährleistet. Eine Beweisaufnahme, bei der einer Partei kein Zugang zu dem Beweismittel gewährt wird, hat der BGH in einer früheren Entscheidung allerdings mit der Begründung abgelehnt, dies verstoße gegen das von Art. 103 Abs. 1 Grundgesetz gewährleistete Grundrecht auf rechtliches Gehör vor Gericht.⁹⁸ Einfachgesetzlich wird dieses u. a. gewährleistet durch § 357 Abs. 1 ZPO, der die Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme vorsieht, sowie durch § 285 Abs. 1 ZPO, der das Recht der Partei enthält, zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. In der erwähnten Entscheidung hielt der BGH

⁹³ LG Ingolstadt ZInsO 2002, 990.

⁹⁴ LG Ingolstadt ZInsO 2002, 990; ähnlich *Zekoll/Bolt* NJW 3129, 3133 mit Fn. 63; a. A. B/L/A/H-Hartmann § 142 Rn. 4 („Vorlage extrem umfangreicher Aktenberge“ stets unzumutbar).

⁹⁵ *Zekoll/Bolt* NJW 2002, 3129, 3130.

⁹⁶ *Zekoll/Bolt* NJW 2002, 3129, 3131.

⁹⁷ *Zekoll/Bolt* NJW 2002, 3129, 3131.

⁹⁸ BGHZ 116, 47 unter I am Ende.

außerdem die Beweiswürdigung für fehlerhaft, da das Gericht verpflichtet sei, das Sachverständigengutachten sorgfältig und kritisch zu würdigen.⁹⁹ Es ist jedoch denkbar, dass ein Vorgehen entsprechend Art. 43 TRIPS dennoch möglich ist, da in der genannten Entscheidung die Besonderheit bestand, dass der Sachverständige selbst dem Gericht die Grundlagen seines Gutachtens nicht offenbart hatte. In einer anderen Entscheidung hat der BGH es für zulässig gehalten, lediglich dem Prozessbevollmächtigten oder einem Wirtschaftsprüfer der Partei, nicht aber dieser selbst, Zugang zu den Informationen zu gewähren.¹⁰⁰

d) Herrschaft des Gerichts über den Informationsgewinnungsprozess

Die Anordnung der Maßnahmen steht im Ermessen des Gerichts, dem ausweislich der amtlichen Begründung des ZPO-Reformentwurfs durch §§ 142, 144 ZPO die Möglichkeit eingeräumt werden soll,

„sich im Interesse der Sachaufklärung möglichst früh einen umfassenden Überblick über den dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhalt zu verschaffen“¹⁰¹.

Die Tatsacheninstanzen sehen sich z. T. verpflichtet, naheliegende Maßnahmen auch von Amts wegen zu ergreifen¹⁰², manche Entscheidungen unterbinden dagegen Ansätze zu einer gerichtlichen Ermittlungstätigkeit¹⁰³. Konkretisierungen der für das Ermessen geltenden Richtlinien sind mittelfristig vom BGH zu erwarten. Allerdings sind Entscheidungen nach §§ 142, 144 ZPO von dem Revisionsgericht nur daraufhin zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für eine Ermessensentscheidung vorgelegen haben, ob das Ermessen überhaupt ausgeübt

⁹⁹ BGHZ 116, 47 unter I am Ende.

¹⁰⁰ Dazu näher unten B. II. 3.

¹⁰¹ BT-Drucks. 14/4722, S. 78.

¹⁰² OLG Dresden v. 19.03.2003 – 11 U 851/02 – WLDE2003–0010434: Gericht bei einer nach Beweisaufnahme durch Zeugeneinvernahme bestehenden *non liquet*-Situation gehalten, den Sachverhalt durch Augenscheineinnahme zu klären, wenn dies unschwer möglich ist. Vgl. auch OLG Köln NJW-RR 1998, 1274: Bei laienhafter Beschreibung von Hard- und Softwarefehlern und Fehlen eines Beweisantritts ist ein Gutachten gemäß § 144 ZPO einzuholen oder zumindest ein Hinweis gemäß § 139 ZPO zu geben.

¹⁰³ Vgl. LG Göttingen NJW-RR 2001, 64: Danach soll die Besorgnis der Befangenheit eines Amtsrichters (zu Gunsten der darlegungs- und beweisbelasteten Partei) gegeben sein, wenn er einen Dritten telefonisch auffordert, sich zu einer zwischen den Parteien umstrittenen Tatsache zu äußern, und den Parteien diese Äußerung dann mit der Aufforderung zur Stellungnahme übersendet.

worden ist, ob die Grenzen der Ermessensausübung eingehalten wurden und ob alle wesentlichen Umstände Beachtung gefunden haben.¹⁰⁴ Zu einzelnen Problemkreisen stellt der BGH jedoch durchaus detaillierte Richtlinien auf.¹⁰⁵

3. Mögliche Sanktionen

Eine nach § 138 ZPO bestehende Erklärungspflicht ist nicht selbstständig durchsetzbar. Kommt eine Partei einer bestehenden Erklärungspflicht jedoch nicht nach, gilt die Behauptung des Beweisbelasteten als zugestanden.¹⁰⁶

Anordnungen nach §§ 142, 144 ZPO sind nur gegen Dritte durch Verhängung von Ordnungsmitteln durchsetzbar.¹⁰⁷ Gegenüber Parteien besteht diese Möglichkeit nicht; erst recht gewährt § 142 ZPO der die Information begehrenden Partei keinen im Klageweg durchsetzbaren Vorlageanspruch.¹⁰⁸ Sanktioniert werden kann die Missachtung der Anordnung dadurch, dass das Vorbringen gemäß § 296 ZPO als verspätet zurückzuweisen ist, wenn das Gericht eine Frist gemäß Absatz 1 Satz 2 gesetzt hatte und die Partei die Unterlagen später doch noch in den Prozess einführen will.¹⁰⁹ Diese Sanktion greift nicht, wenn es der Partei gerade darauf ankommt, den Inhalt der Unterlagen nicht offenzulegen. Dem Gericht bleibt dann nur die Möglichkeit, das Verhalten der Partei im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

¹⁰⁴ BAG BB 1981, 557; Zöller-Greger § 142 Rn. 2, § 546 Rn. 14.

¹⁰⁵ BGH v. 28.10.2003 – X ZR 76/00 – WLDE2003–001351 („Geflügelkörperhalterung“, zur Frage, wann das Gericht ein Gutachten über die Auslegung von Patentansprüchen einholen muss); BGH NJW 1987, 591: Ein Gericht, das eigene Sachkunde bezüglich der Auslegung einer in einer fremden Sprache abgefassten Vertragsklausel verneint, handelt ermessensfehlerhaft, wenn es nicht von Amts wegen ein Gutachten einholt; OLG Oldenburg NJW-RR 1997, 535 (Arzthaftungsprozess, Beiziehung der Krankenunterlagen).

¹⁰⁶ Zöller-Greger vor § 284 Rn. 34c.

¹⁰⁷ Die Vorschriften verweisen auf § 390 ZPO.

¹⁰⁸ LAG Berlin v. 11.07.2003 – 6 Sa 285/03 – WLDE2003–0004236.

¹⁰⁹ Amtl. Begr., BT-Drucks. 14/4722, S. 78.

4. Beweisaufnahme

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass die Möglichkeiten einer Partei, den Prozessgegner zur Vorlage von Informationen zu zwingen, begrenzt sind. Die Entscheidung steht jeweils in dem nur begrenzt überprüfbaren Ermessen des Gerichts. Immerhin sieht § 428 ZPO n. F. vor, dass eine Partei nunmehr auch Beweis antreten kann, indem sie auf eine im Besitz eines Dritten befindliche Urkunde Bezug nimmt und beantragt, das Gericht möge eine Vorlageanordnung nach § 142 ZPO erlassen. In diesem Fall steht die Vorlageanordnung nach umstrittener Ansicht nicht im Ermessen des Gerichts.¹¹⁰ § 428 ZPO hat gegenüber § 142 ZPO jedoch insofern einen engeren Anwendungsbereich, als ersterer auf „Urkunden“ (im Gegensatz zu „Urkunden und sonstigen Unterlagen“, § 142 ZPO) beschränkt ist.

Ihren Prozessgegner schließlich kann eine Partei nur zur Vorlage von Urkunden zwingen, wenn der Gegner selbst sich im Prozess darauf bezogen hat (§ 423 ZPO), oder wenn die Partei, die die Vorlage erzwingen will, darauf nach bürgerlichem (materiellen) Recht einen Anspruch hat (§ 422 ZPO), dazu nachfolgend II.

II. Materiellrechtliche Auskunftsansprüche

Nachfolgend wird auf materiell-rechtliche Auskunftsansprüche eingegangen, die in den hier untersuchten Verletzungsfällen Bedeutung gewinnen können. Dabei werden auch Ansprüche mitbehandelt, die primär der Feststellung dienen, ob überhaupt Verletzungshandlungen begangen wurden, da zumindest ein Teil der Informationen, die dabei gewonnen werden, auch für die Feststellung der Schadenshöhe Bedeutung erlangen können.

1. Auskunftsanspruch aus Art. 14 Abs. 3 GSortenSchV, § 10a SortenSchG

Art. 14 GSortenSchV erlaubt es Landwirten, bestimmte Sorten, im Hinblick auf die einem anderen ein Sortenschutzrecht zusteht, im Feldanbau zu verwenden. Dies gilt allerdings nur, wenn das Saatgut aus ihrer eigenen Ernte stammt (Art. 14

¹¹⁰ Zekoll/Bolt NJW 2002, 3129, 3132; ausnahmsweise auch von Amts wegen.

GSortenSchV). Dafür ist grundsätzlich eine angemessene Vergütung zu zahlen, die niedriger ist als die üblicherweise für die Erzeugung von Vermehrungsmaterial verlangte Lizenzgebühr. Die Kontrolle dieser Vorschriften obliegt den Inhabern der Rechte selbst. Art. 14 GSortenSchV sieht vor, dass Landwirte und Stellen, die Saatgut für die Aussaat vorbereiten, den Inhabern des Sortenschutzes „auf Antrag relevante Informationen“ übermitteln. Dieser Anspruch wird präzisiert in der NachbauVO.¹¹¹ Eine ähnliche Regelung für national geschützte Sorten enthält § 10a SortenSchG.

Äußerst umstritten ist, ob der Auskunftsanspruch ohne weiteres eingreift oder ob der Inhaber des Sortenschutzrechts Anhaltspunkte dafür vortragen muss, dass ein Landwirt geschützte Sorten anbaut. Der EuGH hat für das Gemeinschafts-Sortenschutzrecht 2003 entschieden, dass Informationen nicht ohne weiteres von jedem Landwirt angefordert werden können.¹¹² Vielmehr bestehe ein Auskunftsanspruch nur, wenn der Inhaber des Sortenschutzrechts über Anhaltspunkte verfüge, dass ein Landwirt von der Ausnahmeregelung Gebrauch mache. Ein solcher Anhaltspunkt sei jedoch bereits der Erwerb von Vermehrungsmaterial einer dem Sortenschutzinhaber gehörenden geschützten Pflanzensorte. Wie erbittert um die Auskunftspflicht gestritten wird, zeigt der Umstand, dass der Gerichtshof dies kurz darauf noch einmal dahin gehend präzisieren musste, dass Auskunft nur in Bezug auf den Anbau gerade derjenigen Sorten zu erteilen ist, für die ein derartiger konkreter Anhaltspunkt vorliegt und der Erwerb oder die Aufbereitung von Saatgut einer geschützten Sorte keine umfassende Auskunftspflicht in Bezug auf sonstige Sorten zur Folge hat.¹¹³

2. Auskunftsansprüche nach § 26 Abs. 3–6 und 54g Abs. 1, 54h UrhG

Urheber von Werken der bildenden Kunst sind an dem Erlös von Weiterverkäufen ihrer Werke, die über Kunsthändler erfolgen, zu beteiligen und können über eine

¹¹¹ Verordnung der Kommission Nr. 1768/95 vom 24.07.1995 über die Ausnahmeregelung gemäß Art. 14 Abs. 3 der VO (EG) Nr. 2100/94 (ABl. L 173, S. 14).

¹¹² EuGH v. 10.04.2003, Rs. C-305/00, Slg. 2003 I-03525.

¹¹³ EuGH v. 11.03.2004 – C-182/01. Ebenso bereits OLG München v. 25.09.2003 – 6 U 3623/02 – WLDE2003-0007500; a. A. OLG Naumburg v. 23.12.2003 – 7 U 86/03 – WLDE2003-0014407.

Verwertungsgesellschaft die Händler auf Auskunft darüber in Anspruch nehmen, welche Werke von wem veräußert wurden (§ 26 UrhG). Nach § 54g und 54h UrhG haben außerdem Urheber und Verwertungsgesellschaften einen Auskunftsanspruch gegen Hersteller von Geräten sowie Bild- und Tonträgern, die zur Vervielfältigung von Werken benutzt werden können, da sie gegen diese einen Vergütungsanspruch haben (§ 54 UrhG). Das gleiche gilt für Hersteller von Kopiergeräten und Betreiber von Einrichtungen, in denen Kopiergeräte gegen Entgelt benutzt werden können (§ 54a UrhG). Letztere müssen u. a. Auskunft erteilen über Anzahl, Art und Typ der aufgestellten Geräte und deren Standort¹¹⁴ sowie über die Gesamtzahl der angefertigten Kopien und sonstige Umstände, aus denen Schlüsse über die Anzahl der Kopien urheberrechtlich geschützten Materials gezogen werden können¹¹⁵. Bestehen begründete Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Auskunft, kann die Verwertungsgesellschaft diese anhand der Bücher des Auskunftspflichtigen durch einen Wirtschaftsprüfer überprüfen lassen (§§ 26 Abs. 6; 54 Abs. 1 Satz 3 UrhG). Dagegen ist sie nicht berechtigt, Kontrollbesuche der Räumlichkeiten von Auskunftsverpflichteten vorzunehmen und etwa in einem Kopierladen Zahl und Typ der Geräte selbst festzustellen.¹¹⁶

3. Besichtigungsanspruch aus § 809 BGB

§ 809 BGB enthält einen Anspruch auf Besichtigung einer Sache. Es handelt sich dabei um einen Hilfsanspruch zur Durchsetzung eines anderen Anspruchs (Hauptanspruch), dessen Bestehen selbst noch ungewiss sein kann. Der Hauptanspruch muss nicht die Sache selbst zum Gegenstand haben, er muss nur in irgendeiner Weise von Bestand und Beschaffenheit der Sache abhängen.¹¹⁷ Der Auskunftsanspruch steht grundsätzlich auch demjenigen zu, der sich vergewissern möchte, ob eine bestimmte Sache unter Verletzung seines gewerblichen Schutzrechts oder unter Verstoß gegen das Urheberrecht oder den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz hergestellt worden ist.¹¹⁸

¹¹⁴ BVerfG NJW 1997, 247, 248.

¹¹⁵ BGHZ 135, 1 unter II. 1. b).

¹¹⁶ BGH WRP 2004, 615 („Kontrollbesuch“).

¹¹⁷ BGHZ 93, 191 („Druckbalken“).

¹¹⁸ RGZ 69, 401, 405f. („Nietzsche-Briefe“ – Urheberrecht); BGHZ 93, 191 („Druckbalken“ – Patentrecht); BGH GRUR 2002, 1046 („Faxkarte“, Urheberrecht).

Das Bestehen des Besichtigungsanspruchs hängt davon ab, dass ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass eine Rechtsverletzung vorliegt. In einem Patentverletzungsfall entschied der BGH 1985, dass hohe Anforderungen zu stellen seien und insbesondere im Patentrecht eine Rechtsverletzung sogar mit einem „erhebliche[n] Grad an Wahrscheinlichkeit“ vorliegen müsse, um den Missbrauch des Besichtigungsanspruchs für eine „branchenweite Ausspähung“ zu verhindern.¹¹⁹ Insbesondere genüge nicht, dass der Rechtsinhaber nachweise, dass der Gegner patentgemäße Vorrichtungen betreibe. Diese Aussagen wurden auch auf andere geistige Eigentumsrechte übertragen und gefordert, dass „der Nachweis der Voraussetzungen des Anspruchs, dessen Bestehen durch die Besichtigung endgültig geklärt werden soll, bereits zu einem Punkt erbracht worden sein muss, an dem nur noch die Besichtigung fehlt, um letzte Klarheit zu schaffen“¹²⁰. So entschied das Kammergericht 2001 in einem urheberrechtlichen Fall, dass die Zeugenaussage eines Kunden des beklagten Anbieters von Computerschulungen, wonach dieser mehrere selbst gebrannte CDs mit *Microsoft*-Programmen benutzt habe, keine ausreichende Grundlage für einen Anspruch aus § 809 BGB sei. Die von dem Zeugen mitgeteilte Beobachtung könne allenfalls einen (nicht streitgegenständlichen) Anspruch auf Feststellung der Anzahl von CDs, die mit Programmen des Softwareherstellers bespielt worden seien, begründen, reiche jedoch nicht für einen Anspruch auf Besichtigung der Computer des Schulungsunternehmens aus.¹²¹

Der BGH weigerte sich, aus § 809 BGB das von einer Verwertungsgesellschaft geltend gemachte Recht zur Durchführung von Kontrollbesuchen in Kopierläden herzuleiten. § 809 ziele nicht auf „Ermittlungs- und Kontrollmaßnahmen, mit denen der Kläger erst ermitteln [wolle], ob der Beklagte im Besitz derjenigen Sache [sei], in Ansehung derer er einen Anspruch [habe oder haben könne]“; dass der Beklagte unstreitig im Besitz von Kopiergeräten sei, reiche nicht aus, um ihn zur Duldung der Feststellung von deren Zahl durch die Verwertungsgesellschaft zu verpflichten.¹²²

¹¹⁹ BGHZ 93, 191 („Druckbalken“).

¹²⁰ KG NJW 2001, 233, 235; differenzierend dagegen gerade in Bezug auf diese Formulierung BGHZ 93, 191 unter III. 2. b).

¹²¹ Im Streitfall hielt es das KG für möglich, dass die Installation des Programms auf mehreren Computern rechtmäßig war und die Beklagte lediglich die CDs nicht hätte erstellen dürfen.

¹²² BGH WRP 2004, 615 („Kontrollbesuch“).

In einer Entscheidung zum Urheberrecht lockerte der BGH dagegen die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit, dass dem Kläger ein Anspruch in Ansehung der Sache zusteht. Der Beklagte wurde zur Offenlegung des Quellcodes eines angeblich das Urheberrecht des Klägers verletzenden Programms verurteilt. Die bisher geltenden Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Rechtsverletzung könnten „ – ungeachtet der Frage, ob an ihnen [in Patentverletzungsfällen] festzuhalten ist – auf Fälle der Verletzung anderer Schutzrechte nicht ohne weiteres übertragen werden“. ¹²³ Bei der Abwägung der Interessen der Parteien sei zudem außer auf den Grad der Wahrscheinlichkeit der Rechtsverletzung „vor allem darauf abzustellen, ob für den Gläubiger noch andere zumutbare Möglichkeiten bestehen, die Rechtsverletzung zu beweisen“, und ob Beeinträchtigungen berechtigter Geheimhaltungsinteressen des Schuldners „durch die Einschaltung eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten weitgehend ausgeräumt werden“ könnten. ¹²⁴ Wenn letzteres der Fall sei, könne kein erheblicher Grad an Wahrscheinlichkeit der behaupteten Rechtsverletzung verlangt werden. Immerhin waren im entschiedenen Fall „zahlreiche Übereinstimmungen zwischen den Programmen“ vorhanden, und es bestand die Möglichkeit, dass das Programm der Klägerin über einen früheren Mitarbeiter der Klägerin zum Beklagten gelangt war.

Erfahrungen mit dem Einsatz dritter Personen zu dem Zweck, den Sachverhalt aufzuklären, ohne dabei dem Kläger Betriebsgeheimnisse des Beklagten zu offenbaren, sind, soweit ersichtlich, bisher kaum gemacht worden. Das OLG Düsseldorf hat jedoch in einer der instanzgerichtlichen Entscheidungen, die der BGH-Entscheidung „Druckbalken“ vorausgingen, die Einnahme des Augenscheins durch einen Sachverständigen angeordnet; und die Entscheidung wurde insoweit vom BGH seinerzeit nicht beanstandet. ¹²⁵ Damals blieb offen, in welcher Form das vom Sachverständigen erstattete Gutachten im Prozess zu verwerten wäre; in Rede stand die Verwertung als Parteivortrag, soweit der Kläger sich die Aussagen des Sachverständigen zu Eigen macht.

¹²³ BGH GRUR 2002, 1046, 1048 („Faxkarte“).

¹²⁴ BGH GRUR 2002, 1046, 1048f. („Faxkarte“). Vgl. Art. 43 Abs. 1 TRIPS-Übereinkommen, s. dazu Teil 1 C. II.1.

¹²⁵ OLG Düsseldorf GRUR 1983, 745; dazu BGHZ 93, 191, 208f.

4. Anspruch auf Einsicht in Urkunden aus § 810 BGB

§ 810 BGB enthält einen Anspruch auf Einsicht in Urkunden, der jedoch voraussetzt, dass die Urkunde im Interesse des Klägers errichtet oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist oder die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind. Diese Voraussetzungen liegen in Verletzungsfällen regelmäßig nicht vor.¹²⁶

5. Auskunftsansprüche nach dem Produktpirateriegesetz 1990

Durch das Produktpirateriegesetz vom 7. März 1990¹²⁷ wurden spezielle Auskunftsansprüche in den Gesetzen über gewerbliche Schutzrechte und das Urheberrecht geschaffen.¹²⁸ Sie sollen die Aufdeckung der Quellen und Vertriebswege schutzrechtsverletzender Erzeugnisse ermöglichen. Wenn die danach zu erteilenden Auskünfte auch hilfreich für die Feststellung des Schadensumfangs sind, ist dies lediglich ein Nebeneffekt.

Wer eine Schutzrechtsverletzung begangen hat, ist unabhängig davon, ob er schuldhaft gehandelt hat,¹²⁹ verpflichtet, Angaben über Namen und Anschrift des Herstellers, des Lieferanten und anderer Vorbesitzer, des gewerblichen Abnehmers oder des Auftraggebers zu machen. Da die spezialgesetzlichen Auskunftsansprüche dem Zweck dienen, die Produktpiraterie durch Aufdeckung der Vertriebswege und Ermittlung der Hintermänner zu bekämpfen, ist nur über gewerbliche Abnehmer Auskunft zu erteilen, nicht über private, da von privaten Abnehmern keine weiteren Verbreitungshandlungen zu erwarten sind.¹³⁰ Umstritten ist, ob Abnehmer aller oder nur der nachfolgenden Handelsstufen genannt werden müssen und ob sich die Drittauskunft auch auf freie Berufe beziehen kann¹³¹. Auch

¹²⁶ Götting GRUR Int. 1988, 729, 740f.; Dreier, Kompensation und Prävention, Kapitel 15, IV 3 a), S. 591f.

¹²⁷ BGBl. I S. 422.

¹²⁸ § 140b PatentG, § 24b GebrMG, § 9 Abs. 2 HalbleiterSchG i. V. m. § 24b GebrMG, § 37b SortenschG, § 25b WZG (heute § 19 MarkenG), § 101a UrhG, § 14a Abs. 3 GeschmMG i. V. m. § 101a UrhG.

¹²⁹ Regierungsbegr. zum Produktpirateriegesetz, BT-Dr. 11/4792, S. 31; Teplitzky § 38 Rn. 35a.

¹³⁰ Hubmann/Götting § 26 V.

¹³¹ Vgl. Fezer § 19 MarkenG Rn. 9.

über die Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Gegenstände ist Auskunft zu erteilen. Dies steht nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Aufklärung von Herkunft und Vertriebsweg, aber die Zuordnung kann dem Zweck dienen, weitere Rechtsverletzungen zu verhindern.¹³² Als Nebeneffekt erleichtert dies die Schadensberechnung.

Unstrittig ist allerdings, dass sich die Auskunftspflicht nicht auf Preise, Kosten und sonstige Herstellungs- und Lieferdaten bezieht. Hier macht sich der begrenzte Zweck der spezialgesetzlichen Auskunftsansprüche bemerkbar. Ob der Auskunftsanspruch die Vorlage von Belegen (Lieferscheinen, Rechnungen, Bestellungen etc.) einschließt, ist umstritten. Z. T. wird dies mit der Begründung bejaht, die aus den Belegen ersichtlichen Informationen ermöglichen häufig erst die Glaubhaftmachung der Ansprüche des Verletzers gegen den Dritten¹³³; überwiegend wird es jedoch mit der Begründung abgelehnt, der Drittauskunftsanspruch sei § 260 BGB (und nicht § 259 BGB) nachgebildet, der eine Belegvorlage in aller Regel nicht beinhalte.¹³⁴ Eine differenzierende Ansicht vertritt *Fezer*, der meint, diese Angaben müssten insoweit nicht gemacht werden, als sie weiter gehende, nicht der Auskunftspflicht unterliegende Daten enthalten und daher zur Ausforschung von internen Unternehmensdaten missbraucht werden können.¹³⁵

Ein Auskunftsanspruch besteht bei Vorliegen der Voraussetzungen ausnahmsweise dann nicht, wenn dies unverhältnismäßig wäre. Wann dies der Fall ist, wird durch eine umfassende Interessenabwägung festgestellt, bei der nach den besonderen Umständen des Einzelfalls das Informationsinteresse des Verletzten und das Geheimhaltungsinteresse des Verletzers gegeneinander abzuwägen sind.¹³⁶ Unverhältnismäßig ist die Verpflichtung zur Auskunfterteilung nach der Regierungsbegründung zum Produktpirateriegesetz etwa dann, wenn der Auskunfts-berechtigte kein oder nur ein äußerst geringes Interesse daran haben kann, die Identität der Lieferanten oder gewerblichen Abnehmer des Verletzers in Erfahrung zu bringen, weil es sich bei der Verletzung um einen Einzelfall gehandelt hat oder wenn Verletzungen nicht mehr zu befürchten sind oder entstandener Schaden bereits ausgeglichen ist.¹³⁷

¹³² Eichmann GRUR 1990, 575, 578.

¹³³ Cremer Mitt. 1992, 153, 156f.

¹³⁴ Eichmann GRUR 1990, 575, 576; Benkard-Rogge, 9. Auflage, § 140b PatG, Rn. 7.

¹³⁵ Fezer § 19 MarkenG Rn. 9.

¹³⁶ Fezer § 19 MarkenG Rn. 14.

¹³⁷ BT-Drs. 11/4792, S. 31f.

Die Auskunftsansprüche werden gem. §§ 887, 888 ZPO vollstreckt. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs des Produktpirateriegesetzes soll die Erteilung der Auskunft in der Regel eine vertretbare Handlung darstellen¹³⁸, die gemäß § 887 ZPO, d. h. durch Ersatzvornahme, vollstreckt werden kann. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Auskunft in Form eines Auszuges aus Karteien oder sonstigen Buchführungsunterlagen durch einen Dritten, insbesondere einen Sachverständigen, erteilt werden kann. Eine unvertretbare Handlung, deren Vornahme nur durch Beugemaßnahmen (Zwangsgeld, -haft) vollstreckt werden kann (§ 888 ZPO), liege nur vor, wenn für die Auskunft das Gedächtnis des Verpflichteten in Anspruch genommen werden müsste, weil keine schriftlichen Unterlagen zur Verfügung stünden¹³⁹. In der Literatur wird dagegen angenommen, es handle sich in der Regel um eine unvertretbare Handlung, da nur der Auskunftspflichtige über die erforderlichen Kenntnisse verfüge.¹⁴⁰ Die Durchsicht von Unterlagen der Buchführung durch einen Buchsachverständigen müsse auf den Ausnahmefall beschränkt bleiben.¹⁴¹

Die erzwungenermaßen erteilten Auskünfte dürfen wegen des *nemo tenetur*-Grundsatzes¹⁴² nicht straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlich verwertet werden. Das Verwertungsverbot erfasst auch solche Tatsachen und Beweismittel, die zwar nicht unmittelbar Gegenstand der Auskunftserteilung sind, zu denen die Auskunft aber mittelbar den Weg gewiesen hat.¹⁴³

6. Auskunftsanspruch aus § 242 BGB

Von entscheidender Bedeutung für die Ermittlung des Umfangs der Zahlungsansprüche, die Gegenstand dieser Untersuchung sind, ist in der Praxis ein von der Rechtsprechung auf die Generalklausel des § 242 BGB gestützter Auskunftsanspruch.

¹³⁸ BT-Drucks. 11/4792, S. 34.

¹³⁹ BT-Drucks. 11/4792, S. 34.

¹⁴⁰ Fezer, § 19 MarkenG, Rn. 15; Eichmann GRUR 1990, 575, 580ff.; Benkard-Rogge, 9. Auflage, § 140b PatG, Rn. 9 („grundsätzlich § 888“).

¹⁴¹ Eichmann GRUR 1990, 575, 580ff.; Fezer, § 19 MarkenG, Rn. 16.

¹⁴² Dazu BVerfGE 56, 37, 41.

¹⁴³ BT-Drucks. 11/4792, S. 39f.

a) Grundlage und Entwicklung

Der aus § 242 BGB hergeleitete Auskunftsanspruch ist zum einen ein (weniger weit gehender) Vorläufer der spezialgesetzlichen Ansprüche auf Auskunft über den Vertriebsweg schutz- oder wettbewerbsrechtsverletzender Produkte, d. h. er kann Ansprüche gegen dritte, dem Geschädigten noch unbekannt Verletzer vorbereiten. Vor allem hat der Anspruch jedoch den Zweck, die Berechnung der Schadenshöhe zu ermöglichen und zu erleichtern. Er entstand ursprünglich als Korrelat des richterrechtlich entwickelten Anspruchs auf Schadensersatz in der Form der Herausgabe des Verletzergewinns¹⁴⁴, dessen Umfang der Verletzte naturgemäß nicht kennen kann. Daher wurde der Auskunftsanspruch zunächst auf Vorschriften gestützt, die gelegentlich auch zur Begründung dieses Anspruchs auf den Verletzergewinn selbst ergänzend analog mit herangezogen wurden und werden (§§ 687 Abs. 2, 681, 666 BGB).¹⁴⁵ In einer grundlegenden Entscheidung von 1923 änderte das Reichsgericht jedoch die Grundlage des Auskunftsanspruchs, indem es ihn auf die Generalklausel des § 242 BGB stützte, und weitete sein Anwendungsgebiet erheblich aus, indem es erklärte, ein Auskunftsanspruch bestehe stets

„bei Rechtsverhältnissen, deren Wesen es mit sich bringt, dass der Berechtigte entschuldbarerweise über Bestehen und Umfang seines Rechts im ungewissen, der Verpflichtete aber in der Lage ist, unschwer solche Auskunft zu erteilen“¹⁴⁶.

In einer 1980 ergangenen Entscheidung zum Urheberrecht bezeichnete der BGH den Anspruch als Gewohnheitsrecht.¹⁴⁷

b) Anwendungsbereich und Umfang des Anspruchs

Der Auskunftsanspruch setzt in den hier untersuchten Verletzungsfällen einen Schadensersatz-, Bereicherungs-¹⁴⁸ oder Beseitigungsanspruch wegen einer Ver-

¹⁴⁴ Dazu unten C II 3.

¹⁴⁵ Dazu im Einzelnen unten C. II. 3. a) cc).

¹⁴⁶ RGZ 108, 1, 5 (Warenzeichenrecht). Bestätigt z. B. durch BGH GRUR 1994, 630, 632 („Cartier-Armreif“). Gelegentlich wird der Anspruch weiterhin auf eine Analogie zu §§ 687 Abs. 2, 681, 666 BGB gestützt, so in BGH GRUR 1958, 288, 290.

¹⁴⁷ BGH GRUR 1980, 227, 232 („Monumenta Germaniae Historica“).

¹⁴⁸ BGH GRUR 1960, 256, 259 („Chérie“).

letzungshandlung voraus, der dem Grunde nach bereits feststeht. Dass er auch eingreift, wenn ein Bereicherungsanspruch durchzusetzen ist oder ein Störungszustand zu beseitigen ist, führt dazu, dass er auch gilt, wenn der in Anspruch Genommene nicht schuldhaft gehandelt hat.

Der Umfang des Auskunftsanspruchs hängt nach der Rechtsprechung davon ab, welche Informationen der Verletzte gerade in Anbetracht des ihm zustehenden Hauptanspruchs benötigt.¹⁴⁹

Der Verletzer muss zunächst regelmäßig Angaben über Art, Zeitpunkt und Umfang der begangenen Handlungen machen.¹⁵⁰ Hier kann zweifelhaft sein, wo die Grenze liegt zwischen der Auskunft über eine bekannte Verletzung und einer Auskunft darüber, ob eine Verletzung begangen wurde. Ein wichtiger Grundsatz ist, dass – außer im Patent- und Sortenschutzrecht – kein Anspruch auf Auskunft bezüglich solcher Zeiträume besteht, die vor der ersten vom Kläger im Prozess dargelegten Verletzungshandlung liegen.¹⁵¹ Der BGH hält daran trotz Kritik aus der Literatur¹⁵² fest. Auch bei der besonders schwierigen Abgrenzung zwischen einer Auskunft darüber, ob eine unlautere Wettbewerbshandlung begangen wurde, und einer Auskunft über den Umfang einer nachgewiesenen Verletzung ist er zurückhaltend. So kann ein Kläger, der gegen einen Wettbewerber wegen einer bestimmten unzulässigen Werbeaktion vorgeht, von diesem keine Auskunft darüber verlangen, „wo, wann und wie oft er in der beanstandeten Form geworben hat“:

„Ein Anspruch auf Auskunft darüber, ob der Verletzer ähnliche Handlungen begangen hat, die neue Schadensersatzansprüche rechtfertigen könnten, besteht nicht (...). (...) Der geltend gemachte Anspruch darauf, auch Auskunft zu erhalten über irgendwelche anderen Wettbewerbsverstöße der in den Unterlassungsanträgen umschriebenen Art, die aber den konkret beanstandeten Wettbewerbsverstößen allenfalls ähnlich sind, aber an anderen Orten und unter wesentlich veränderten Umständen, gegebenenfalls auch zu anderen Zeiten begangen worden sind, steht der Kl. jedoch nicht zu.“¹⁵³

¹⁴⁹ BGH GRUR 1977, 491 („Allstar“) und BGH GRUR 1995, 349, 352 („Objektive Schadensberechnung“); BGH GRUR 1991, 921 („Sahnesiphon“) unter II. am Ende.

¹⁵⁰ BGH GRUR 1961, 288, 293 („Zahnbürsten“); BGH GRUR 1965, 313 („Umsatzauskunft“); BGH GRUR 1981, 286, 288 („Goldene Karte I“); BGH GRUR 1987, 647, 648 („Briefentwürfe“).

¹⁵¹ BGH GRUR 1988, 307 („Gaby“); zum Patent- und Sortenschutzrecht BGHZ 117, 265 („Nicola“).

¹⁵² Nachweise dazu bei Teplitzky Kap. 38 Rn. 6.

¹⁵³ BGH GRUR 2000, 907, 910 („Filialleiterfehler“).

Auch wenn ein Auskunftsanspruch hinsichtlich einer bestimmten Verletzungshandlung grundsätzlich besteht, hängt sein genauer Umfang von weiteren Umständen ab. Besondere Bedeutung hat die Frage, ob der Verletzer zur Rechnungslegung verpflichtet ist, der am weitesten gehenden Auskunft¹⁵⁴ (§ 259 Abs. 1 BGB). Wer wegen unlauterer Werbung in Anspruch genommen wird, muss in der Regel nur über Art und Umfang der Werbung Auskunft geben, nicht aber weitergehende Einblicke in seine Geschäftsverhältnisse gewähren und insbesondere keine Angaben über seine Umsatzentwicklung und über seine Abnehmer machen.¹⁵⁵ In Verletzungsfällen muss die Rechnungslegung in der Regel die gelieferten und erhaltenen Warenmengen, die Namen und Adressen der Abnehmer und Lieferanten, die Lieferdaten und die Angabe der Preise enthalten.¹⁵⁶ Es handelt sich demnach um eine für den Verletzer besonders einschneidende Rechtsfolge.

Der BGH hat hinsichtlich des Umfangs des Auskunftsanspruchs in mehreren Entscheidungen danach differenziert, ob die Auskunft den Schaden bezifferbar machen kann oder ob sie allenfalls Grundlagen für eine Schätzung gemäß § 287 ZPO liefern kann.¹⁵⁷ Im zuerst genannten Fall seien genauere Angaben erforderlich als in dem Fall, dass lediglich eine Schadensschätzung in Betracht kommt. Ob der Schaden bezifferbar oder lediglich schätzbar ist, hängt wiederum hauptsächlich von der im jeweiligen Fall zulässigen Schadensberechnungsmethode ab. Für den Umfang des Auskunftsanspruchs ist so der Inhalt des Hauptanspruchs maßgeblich. Wenn der Verletzte zwischen mehreren Berechnungsarten wählen kann, kann er alle Angaben verlangen, die notwendig sind, um seinen Schaden nach allen zulässigen Berechnungsarten zu errechnen und die für ihn günstigste Berechnungsart auszuwählen.¹⁵⁸

Am weitesten geht der Auskunftsanspruch, wenn der Schaden „nach der Lizenzgebühr“ oder „nach dem Verletzergewinn“ berechnet werden kann. Das trifft auf alle hier untersuchten Verletzungshandlungen zu mit Ausnahme der Wettbewerbsverletzungen, die nicht zum ergänzenden Leistungsschutz zu rechnen sind¹⁵⁹. Ist

¹⁵⁴ RGZ 108, 1, 7.

¹⁵⁵ BGH GRUR 1961, 288, 293 („Zahnbürsten“); BGH GRUR 1965, 313 („Umsatzauskunft“); BGH GRUR 1981, 286, 288 („Goldene Karte I“); BGH GRUR 1987, 647, 648 („Briefentwürfe“).

¹⁵⁶ Teplitzky Kap. 39, Rn. 9. Beispiel aus der Rspr. (jedoch mit einer Einzelfallabwägung begründet): BGH GRUR 1980, 227, 323f. („Monumenta Germaniae Historica“); abgelehnt wurde hier jedoch die Aufschlüsselung der Vertriebskosten nach Kostenfaktoren.

¹⁵⁷ Zust. Teplitzky Kap. 38, Rn. 11.

¹⁵⁸ BGH GRUR 1980, 227, 232 („Monumenta Germaniae Historica“).

¹⁵⁹ Zum Begriff s. o. A. I. 2. a); zum Anwendungsbereich der Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr und nach dem Verletzergewinn s. u. C. II. 2. a) und 3. a) und b).

die Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr oder nach dem Verletzergewinn zulässig, ist nochmals zwischen Kennzeichenrechtsverletzungen und anderen Verletzungen zu differenzieren. Bei Kennzeichenrechtsverletzungen kann in der Regel zwar Auskunft über die Umsätze des Verletzers verlangt werden,¹⁶⁰ erforderlichenfalls aufgegliedert nach den in Frage kommenden Zeitabschnitten und räumlichen Bereichen¹⁶¹, nicht aber über weitere Einzelheiten:

„Bei einer Verletzung von Kennzeichnungsrechten kann im Regelfall nur die Angabe der zeitlich aufgegliederten, einschlägigen Verlezerumsätze, sowie gegebenenfalls Auskunft über Art und Umfang der Werbemaßnahmen verlangt werden, nicht aber die Angabe auch der Lieferdaten, Preise und Abnehmer. Das beruht darauf, dass bei Kennzeichnungsverletzungen der Schaden im Allgemeinen ohnehin nur im Weg der Schätzung ermittelt werden kann (...); ein Anspruch auf Herausgabe des vollen Verletzergewinns kann auch im vorliegenden Fall nicht bestehen, weil kein Anhalt dafür vorhanden ist, dass dieser Gewinn voll auf der kennzeichnungsmäßigen Verwendung des Titels (...) beruht.“¹⁶²

In der Literatur wird gegen diese Differenzierung eingewandt, die bei Leistungsschutzrechten und dem Urheberrecht bestehende Pflicht zur Angabe der Namen und Anschriften der Abnehmer, die dem Kläger die Kontrolle der Rechnungslegung ermöglichen soll,¹⁶³ müsse auch auf Kennzeichenrechtsverletzungen ausgedehnt werden, da ein derartiges Kontrollbedürfnis bei Kennzeichenrechtsverletzungen ebenfalls bestehe.¹⁶⁴

In sonstigen Fällen – das sind von den hier untersuchten Fällen die Wettbewerbsverletzungen außerhalb des ergänzenden Leistungsschutzes¹⁶⁵ – ist lediglich die Menge der wettbewerbsrechtsverletzenden Verkäufe anzugeben, nicht der Umsatz bzw. Einkaufs- und Verkaufspreise sowie Herstellungskosten¹⁶⁶. Ausnahmsweise

¹⁶⁰ BGH GRUR 1991, 153, 155 „Pizza & Pasta“; BGH GRUR 1995, 50, 54 (“Indorektal/Indohexal”).

¹⁶¹ BGH GRUR 1980, 227, 233 („Monumenta Germaniae Historica“); BGH GRUR 1995, 50, 54 “Indorektal/Indohexal”.

¹⁶² BGH GRUR 1980, 227, 233 (“Monumenta Germaniae Historica”).

¹⁶³ BGH GRUR 1980, 227, 233 (“Monumenta Germaniae Historica”).

¹⁶⁴ Nieder GRUR 1999, 654ff.

¹⁶⁵ Zum Begriff s. o. A. I. 2.

¹⁶⁶ BGH GRUR 1965, 313 („Umsatzauskunft“); BGH GRUR 2001, 84 („Neu in Bielefeld II“); vgl. auch BGH v. 22.11.2000 – VIII ZR 40/00 („Kfz-Vertrieb“); diese Entscheidung betraf einen vertraglichen Schadensersatzanspruch eines Vertriebshändlers wegen der Verletzung eines ihm zugesagten Alleinvertriebsrechts.

kann der Verkaufspreis erheblich sein, z. B. wenn er einen Anhalt dafür bietet, ob und inwieweit die Ware des Verletzers den Absatz eines ähnlichen Erzeugnisses des Verletzten beeinträchtigen konnte¹⁶⁷.

Der Umfang des Auskunftsanspruchs insbesondere über Daten von Abnehmern hängt im Wettbewerbsrecht darüber hinaus nach ständiger, aber umstrittener Rechtsprechung von einer Interessenabwägung im Einzelfall ab.¹⁶⁸ Dem Interesse des Verletzten an der Überprüfung der Angaben des Verletzers über seine Umsätze steht dabei die Gefahr gegenüber, dass der Verletzte sich primär Kenntnisse über Betriebsinterna des Verletzers verschaffen und diesem schaden will, indem er ihn zu kostspieligen Maßnahmen zwingt. Für eine analoge Anwendung der spezialgesetzlichen Auskunftsansprüche¹⁶⁹ ohne Einzelabwägung treten demgegenüber Stimmen in der Literatur unter Hinweis auf die individualrechtliche Struktur des unternehmerischen Leistungsschutzes im Wettbewerbsrecht ein.¹⁷⁰

Die Vorlage relevanter Unterlagen und die Gewährung von Einsicht sind nur ausnahmsweise geschuldet, wenn durch Auskunft nicht die erforderliche Klarheit geschaffen werden kann und der die Vorlage Verlangende ein schutzwürdiges Interesse daran hat. In einer Entscheidung, in der es nicht um eine Verletzung „geistigen Eigentums“ ging, sondern um das Auskunftsverlangen eines Klägers, der als Vergleichsgarant in Anspruch genommen worden war und der nun behauptete, der Beklagte habe als Treuhänder das Vermögen des Vergleichsschuldners nicht sachgerecht verwertet, führte der BGH dazu aus:

„Wer sich (...) durch die Urkundeneinsicht erst Unterlagen für seine Rechtsverfolgung beschaffen will, kann sich nicht auf schutzwürdige Interessen berufen. (...) Das gilt insbesondere dann, wenn die Urkundeneinsicht den Zweck verfolgt, den an sich darlegungs- und beweispflichtigen Vorlegungssucher in die Lage zu versetzen, einen Schadensersatzanspruch gegen den Urkundenbesitzer vorzubereiten und mit Erfolg geltend zu machen. Insoweit würde das Begehren auf Vorlage der Urkunden zu einer unzulässigen Ausforschung führen (...) So

¹⁶⁷ BGH GRUR 1978, 52, 53 („Fernschreibverzeichnisse“).

¹⁶⁸ BGH GRUR 1994, 630, 633 („Cartier-Armreif“); BGH GRUR 1994, 635, 637 („Pulloverbeschriftung“); wg Unverhältnismäßigkeit abgelehnt bei schmarotzender Rufausbeutung, die jedoch keine Leistungübernahme und keinen besonders schwerwiegenden Wettbewerbsverstoß darstellte.

¹⁶⁹ S. o. 5.

¹⁷⁰ Fezer § 19 MarkenG Rn. 3; ders. GRUR-FS, 1991, Bd. II; S. 939, 951; ders., WRP 1993, 63; Jacobs Anm. zu BGH GRUR 1994, 630, ebd. 634; Asendorf in FS Traub, 1994, 21.

liegen die Umstände aber hier. (...) In Wirklichkeit geht es dem Kläger erkennbar darum, durch Einsichtnahme in die Protokolle sich Kenntnis über die Einzelheiten und Hintergründe der umstrittenen Maßnahmen des Beklagten zu verschaffen. Er hofft dabei, erst auf diesem Wege hinreichende Anhaltspunkte für ein pflichtwidriges Verhalten des Beklagten zu gewinnen, ohne im einzelnen zur Begründung seines Vorlagebegehrens darzulegen, in welcher Richtung die vom Beklagten in seinen Berichten angegebenen Gründe für die Verwertungsmaßnahmen und die im Verlauf des Rechtsstreits erteilten Auskünfte unvollständig oder unrichtig sein könnten. Das aber stellt eine unzulässige Ausforschung dar.“¹⁷¹

Das Gebot der Verhältnismäßigkeit kann auch dazu führen, dass der Verletzte die Auskunft nicht dem Verletzten selbst erteilen muss, sondern einem dem Verletzten gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten (sog. Wirtschaftsprüfervorbehalt). Der Verletzte kann dann dem Wirtschaftsprüfer gezielte Fragen stellen, ob bestimmte Umsätze, Abnehmer o. ä. in der Auskunft enthalten sind.¹⁷² Die Kosten der Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers trägt der Verletzer. Die Rechtsprechung gibt grundsätzlich dem Verletzten das Recht, den Wirtschaftsprüfer auszuwählen.¹⁷³ Voraussetzung für die Anordnung eines Wirtschaftsprüfervorbehalts ist, dass das Interesse des Verletzers an der Geheimhaltung von Betriebsinterna das Interesse des Verletzten daran, die Informationen selbst zu erhalten, deutlich überwiegt.¹⁷⁴

III. Zeitpunkt der Informationsbeschaffung

Von großer Bedeutung für Ob und Ausmaß des Erfolges eines Verletzungsklägers ist der Zeitpunkt, zu dem er einen Anspruch auf Informationserteilung geltend machen kann.

¹⁷¹ BGH DB 1971, 1416, 1417.

¹⁷² Hubmann/Götting § 26 V.

¹⁷³ Entsprechend § 87c Abs. 4 HGB; BGH GRUR 1980, 227, 233 (“Monumenta Germaniae Historica”); kritisch Teplitzky Kap. 38, Rn. 28.

¹⁷⁴ BGH 140, 342 = GRUR 1999, 1025 („Preisbindung durch Franchisegeber“, betr. kartellrechtlich unzulässige Preisbindung zum Nachteil der Franchisenehmer).

1. Hauptsacheverfahren

Die oben I. erläuterten Aufklärungsmaßnahmen dienen der Durchführung des Verfahrens über den Hauptanspruch und finden folglich in dessen Rahmen statt. Materiell-rechtliche Auskunftsansprüche (oben II.) erfüllen zwar häufig ähnliche Hilfs- und Vorbereitungsfunktionen in Bezug auf andere Ansprüche; aus ihrem Charakter als materiell-rechtliche Ansprüche wurde jedoch bisher gefolgert, dass sie nicht in prozessuale Institute umgedeutet werden und im Schutzrechtsverletzungsprozess keine entsprechende Beweisanordnungen erlassen werden könnten.¹⁷⁵ Sie müssen folglich in einem selbstständigen Verfahren auf Auskunft oder mittels Stufenklage geltend gemacht werden. Bei einer Stufenklage macht der Kläger zugleich den Anspruch auf Auskunft (Hilfsanspruch) und einen Anspruch aus dem Rechtsverhältnis, über das er Auskunft verlangt (Hauptanspruch), geltend. Entgegen dem sonst geltenden Grundsatz, wonach die Klageanträge bestimmt zu fassen sind (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), muss der Hauptanspruch erst präzisiert werden, wenn dem Kläger die Auskunft erteilt worden ist. In einem Verletzungsprozess klagt der Kläger somit in der Regel zunächst auf Feststellung der Schadensersatzpflicht dem Grunde nach (Hauptanspruch) sowie auf Auskunft (Hilfsanspruch).¹⁷⁶ Der Auskunftsanspruch ermöglicht es dem Verletzten dabei insbesondere auch, festzustellen, welche der ihm auf Grund der Verletzung offen stehenden Schadensberechnungsmethoden für ihn günstiger ist.¹⁷⁷ Das Urteil über die Feststellung der Schadensersatzpflicht und die Verpflichtung zur Auskunfterteilung ist dann die 1. Stufe des Verfahrens, in Bezug auf die ggf. zunächst das Rechtsmittelverfahren durchgeführt wird, bevor das erstinstanzliche Gericht sich mit dem Inhalt des Hauptanspruchs auf Schadensersatz (2. Stufe des Verfahrens) befasst.

2. Einstweiliger Rechtsschutz

Vor allem im Hinblick auf Art. 50 TRIPS stellt sich die Frage nach der Möglichkeit der Beweiserlangung durch Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes.

¹⁷⁵ Dies erwägt Mes GRUR 2000, 941 für § 809 BGB.

¹⁷⁶ S. demgegenüber die ungewöhnliche Konstellation, die BGH GRUR 2002, 1046 („Faxkarte“) zu Grunde lag (Besichtigungsanspruch als Hilfsantrag, zu den Komplikationen daraus s. BGH auf S. 1047).

¹⁷⁷ BGH GRUR 1980, 227, 232 unter VII. 1. („Monumenta Germaniae Historica“).

a) Das selbstständige Beweisverfahren (§§ 485–494a ZPO)

In Betracht kommt zum einen die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens (§§ 485–494a ZPO). Nach § 485 Abs. 1 kann während oder außerhalb eines Streitverfahrens die Einnahme des Augenscheins, die Vernehmung von Zeugen oder die Begutachtung durch einen Sachverständigen angeordnet werden, wenn entweder der Gegner der Beweiserhebung zustimmt oder „zu besorgen ist, dass das Beweismittel verlorenght oder seine Benutzung erschwert wird“. Voraussetzung hierfür ist, dass das Beweismittel in einem bereits anhängigen oder möglicherweise zu erwartenden Rechtsstreit möglicherweise benutzt werden kann.¹⁷⁸ Nach § 485 Abs. 2 kann eine Partei vor Anhängigkeit eines Rechtsstreits die schriftliche Begutachtung durch einen Sachverständigen u. a. dann verlangen, wenn sie ein rechtliches Interesse an der Feststellung des Zustandes einer Sache hat; ein rechtliches Interesse ist anzunehmen, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann.

Für Verletzungsprozesse ist das selbstständige Beweisverfahren bisher von geringer praktischer Bedeutung. Dies dürfte zum einen daran liegen, dass § 485 ZPO den Urkundenbeweis oder gar die Vorlage sonstiger Unterlagen gerade nicht aufführt. Das OLG Frankfurt am Main hat allerdings darauf hingewiesen, dass § 142 ZPO auch im selbstständigen Beweisverfahren gelte.¹⁷⁹ Des Weiteren ist der erhobene Beweis in einem späteren Verfahren nur verwertbar, wenn der Gegner zu einem etwaigen Ortstermin rechtzeitig geladen worden oder zumindest bei der Beweiserhebung anwesend war (§ 493 Abs. 2 ZPO). Selbst angenommen, es wäre zulässig, einem Antragsgegner die Anordnung direkt zuzustellen und dann in seiner Anwesenheit zur Beweisaufnahme zu schreiten, müsste man ihn wohl fairerweise vor Beginn der Beweisaufnahme zumindest über den Inhalt von § 493 belehren, sodass er es in der Hand hätte, die Beweiserhebung unverwertbar zu machen, indem er sich entfernt. Schließlich kann eine Beweisanordnung nach bisher offenbar herrschender Ansicht nicht zwangsweise durchgesetzt werden.¹⁸⁰ Dies hat das OLG Düsseldorf allerdings 1983 lediglich mit dem Fehlen einer sonstigen Vorlagepflicht begründet:

¹⁷⁸ Zöller-Herget § 485 Rn. 1.

¹⁷⁹ OLG Frankfurt v. 06.02.2003 – 12 W 12/03 – WLDE2003–0000985. Für § 258f. HGB wird vertreten, dass diese erst ab Rechtshängigkeit des Verfahrens eingriffen, da es in § 258 HGB heißt „im Laufe eines Rechtsstreits“, Münch-Komm-HGB-Ballwieser, §§ 258–260 HGB.

¹⁸⁰ OLG Düsseldorf GRUR 1983, 741, 743; Bork NJW 1997, 1165, 1666; Dreier GRUR Int. 1996, 205, 217; Staudinger/Marburger Vorb. §§ 809–811, 2002, Rn. 8 (nur mit zusätzlicher einstweiliger Verfügung möglich).

„Wenn der Gegner des Beweisführers nicht verpflichtet ist, in seinem Besitz befindliche Sachen für die Augenscheinseinnahme zur Verfügung zu stellen, kann er nicht deshalb doch dazu gezwungen werden, weil er Anlass zu der Besorgnis gibt, er werde die Sachen – die er als Beweismittel zur Verfügung zu stellen nicht verpflichtet ist – beseitigen oder ihre Benutzung für die Beweisaufnahme erschweren.“¹⁸¹

Diese Begründung greift heute insoweit nicht mehr, als nach den §§ 142, 144 ZPO oder nach § 809 BGB in der aktuellen, durch den BGH erweiterten Interpretation doch ein Vorlageanspruch besteht.

Wenn der Antragsgegner den Zugang zu den Beweismitteln verweigert, so kann das Gericht dieses Verhalten im Hauptsacheverfahren bei der Beweiswürdigung zu Ungunsten des Beweisgegners berücksichtigen, es ist dazu aber nicht gezwungen.¹⁸²

b) Einstweilige Verfügung

Als weitere Möglichkeit kommt die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung auf Erteilung von Auskunft in Betracht (§ 935 ZPO). In dringenden Fällen kann eine einstweilige Verfügung auch ohne vorherige Beteiligung des Antragsgegners angeordnet werden (§ 937 Abs. 2 ZPO). Welche Maßnahmen konkret erforderlich sind, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen (§ 938 ZPO). Grundsätzlich sind der materiellrechtliche Anspruch sowie die Eilbedürftigkeit der Angelegenheit glaubhaft zu machen.¹⁸³

Zunächst ist zu fragen, welcher Anspruch i. S. d. § 935 ZPO „gesichert“ werden soll. In Betracht kommt zum einen der Schadensersatzanspruch selbst. Ob er durch eine einstweilige Auskunftsanordnung „gesichert“ werden kann, ist umstritten. Das Kammergericht hat in einem *obiter dictum* ausgesprochen, dass „die Durchführung von einstweiligen Maßnahmen ohne Anhörung der Parteien zur Sicherung

¹⁸¹ OLG Düsseldorf GRUR 1983, 741, 743 („Besichtigungsanspruch I/Druckbalken“).

¹⁸² OLG Düsseldorf GRUR 1983, 741; Bork NJW 1997, 1665, 1667.

¹⁸³ §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO. Zu der allgemeinen Streitfrage, ob die Glaubhaftmachung der Eilbedürftigkeit bei Immaterialgüterrechtsverletzungen wegen § 25 UWG entbehrlich ist, s. Fezer § 19 MarkenG Rn. 18.

von Beweisen (Art. 50 II TRIPS-Übereinkommen) [...] durchaus nach § 937 II ZPO angeordnet werden“ könne.¹⁸⁴ In der Literatur wird § 935 ZPO dagegen überwiegend so ausgelegt, dass mit „Verwirklichung des Rechts“ des Antragstellers nicht die erfolgreiche Geltendmachung des Anspruchs im Hauptverfahren gemeint sei, sondern nur die Zwangsvollstreckung in dem Fall, dass er den Prozess gewinnt: Die einstweilige Verfügung kann danach nicht erlassen werden, um dem Antragsteller die zur Durchsetzung eines glaubhaft gemachten Anspruchs benötigten Beweise zu verschaffen, sondern nur, um zu verhindern, dass der Gegner die Zwangsvollstreckung vereitelt.¹⁸⁵

Soweit man als Anspruch, dessen „Verwirklichung“ gesichert werden soll, nicht den Schadensersatzanspruch, sondern den Auskunftsanspruch selbst ansieht, ist zusätzlich zu beachten, dass eine einstweilige Verfügung grundsätzlich nicht die Hauptsache vorwegnehmen darf.¹⁸⁶ Zum Teil wird daher die Ansicht vertreten, dass die Erteilung von Auskünften allenfalls bei einer Existenzgefährdung des Gläubigers durch einstweilige Verfügung angeordnet werden könne.¹⁸⁷ Der Besichtigungsanspruch aus § 809 BGB kann jedoch im Wege einstweiliger Verfügung durchgesetzt werden.¹⁸⁸ Das hat der BGH in der bereits erwähnten Entscheidung „Faxkarte“ 2002 bestätigt:

„Für die Durchsetzung der Immaterialgüterrechte sieht im Übrigen Art. 43 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS-Übereinkommen) ausdrücklich vor, dass das Gericht dem Gegner einer in Beweisnot befindlichen Partei die Beibringung von Beweismitteln auferlegen kann, die sich in seinem Besitz befinden. Hierfür müssen nach Art. 50 des TRIPS-Übereinkommens auch einstweilige Maßnahmen vorgesehen werden (...). Zwar sind die Vorschriften des dritten Teils des Übereinkommens, der die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums betrifft (Art. 41 bis 61), nicht ohne weiteres unmittelbar anwendbar (...); der Gesetzgeber ging jedoch bei der Ratifizierung des Übereinkommens davon aus, dass das deutsche Recht mit den neuen Anforderungen voll in Einklang stehe (...). Die

¹⁸⁴ KG NJW 2001, 233, 234.

¹⁸⁵ Bork NJW 1997, 1665, 1668; MünchKomm-ZPO-Heinze § 935 ZPO Rn. 1.

¹⁸⁶ Vgl. statt aller Zöller-Vollkommer § 938 Rn. 3.

¹⁸⁷ B/L/A/H-Hartmann, § 940 Rn. 17; Zöller-Vollkommer § 940 Rn. 8 Stichwort „Auskunft, Einsichtgewährung“.

¹⁸⁸ KG NJW 2001, 233. Zur Frage, ob im Hinblick auf Art. 13 GG neben der einstweiligen Verfügung eine richterliche Durchsuchungsanordnung erforderlich ist, vgl. im Einzelnen Bork NJW 1997, 1665, 1672.

fraglichen Bestimmungen sind deswegen in einer Weise auszulegen, dass mit ihrer Hilfe den Anforderungen des TRIPS-Übereinkommens Genüge getan wird. Hierzu zählt auch der Besichtigungsanspruch des § 809 BGB, der als ein die Rechtsdurchsetzung vorbereitender Anspruch im deutschen Recht Funktionen zu erfüllen hat, die in anderen Rechtsordnungen durch entsprechende prozessuale Rechtsinstitute erfüllt werden (...)“.¹⁸⁹

Die Vorwegnahme der Hauptsache wird dabei verhindert, indem die Information nicht dem Antragsteller selbst, sondern ausschließlich einem unabhängigen Sachverständigen zugänglich gemacht wird.¹⁹⁰ In der Literatur wird die Ansicht vertreten, wegen Art. 50 Abs. 2 TRIPS-Übereinkommen brauche eine Dringlichkeit nicht vorzuliegen bzw. diese ergebe sich ohne weiteres daraus, dass der Antragsgegner überrascht werden solle.¹⁹¹ Ob eine Durchsuchung gegen den Willen des Antragsgegners außer der einstweiligen Verfügung wegen Art. 13 GG einer richterlichen Durchsuchungsanordnung bedarf und welches Gericht ggf. dafür zuständig ist, ist noch nicht abschließend geklärt.¹⁹²

Die mit dem Produktpirateriegesetz 1990 eingeführten spezialgesetzlichen Auskunftsansprüche¹⁹³ sehen vor, dass eine einstweilige Verfügung auf Auskunftserteilung nur „in Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung“ zulässig ist. Dies wird so ausgelegt, dass die Sachlage so eindeutig sein müsse, dass eine Fehlentscheidung zulasten des Antragsgegners „kaum möglich“ ist.¹⁹⁴ Jedenfalls ist ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit erforderlich¹⁹⁵; unangebracht wäre jedoch eine stark am wörtlichen Sinn des Ausdrucks „offensichtlich“ orientierte Auslegung im Sinne von „auf den ersten Blick erkennbar“¹⁹⁶.

¹⁸⁹ BGH GRUR 2002, 1046, 1048 („Faxkarte“).

¹⁹⁰ KG NJW 2001, 233; Bork NJW 1997, 1665, 1671.

¹⁹¹ Tilmann/Schreibauer GRUR 2002, 1015, 1021.

¹⁹² Dazu Bork NJW 1997, 1665, 1672.

¹⁹³ § 140b PatentG, § 24b GebrMG, § 9 Abs. 2 HalbleiterSchG i. V. m. § 24b GebrMG, § 37b SortenschG, § 19 MarkenG, § 101a UrhG, § 14a Abs. 3 GeschmMG i. V. m. § 101a UrhG. Dazu bereits oben b) cc).

¹⁹⁴ OLG Hamburg WRP 1997, 103, 104f. („Cotto“) unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung, BT-Dr. 11/4792, S. 32.

¹⁹⁵ Fezer § 19 MarkenG Rn. 19.

¹⁹⁶ Eichmann GRUR 1990, 575, 585.

C. Schadensersatzansprüche

I. Materiell- und prozessrechtliche Rahmenbedingungen

1. Allgemeines Schadensersatzrecht (§§ 249ff.)

Welche Positionen als Schaden zu ersetzen sind, bestimmt sich nach §§ 249ff. BGB. § 249 Abs. 1 BGB sieht vor, dass der zum Schadensersatz Verpflichtete primär den Zustand in Natur herzustellen hat, der bestünde, wenn das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre („Naturalrestitution“). Ersatz in Geld kann nur verlangt werden, soweit dies durch das Gesetz zugelassen ist.

Ein Mitverschulden des Geschädigten kann zur Kürzung oder, wenn es überwiegt, sogar zum Ausschluss des Schadensersatzanspruchs führen (§ 254 BGB).

a) Vermögensschäden

Besteht der Anspruch nicht wegen der Verletzung einer Person oder der Beschädigung einer Sache (vgl. § 249 Abs. 2 BGB), so kann der Geschädigte Schadensersatz in Geld nur unter den Voraussetzungen der §§ 250f. BGB verlangen. Bei Verletzungen gewerblicher Schutzrechte, von Urheberrechten und wettbewerbsrechtlich geschützten Positionen greift meist § 251 Abs. 1 BGB ein.

Die Höhe eines Anspruchs auf Schadensersatz in Geld wird ermittelt, indem die Vermögenssituation, in der der Geschädigte sich nach dem schädigenden Ereignis befindet, mit der hypothetischen Situation verglichen wird, in der er sich befände, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre („Differenzrechnung“). Dabei wird auch Gewinn berücksichtigt, der dem Geschädigten durch die schädigende Handlung entgangen ist (§ 252 S. 1 BGB).

Grundsätzlich sind bei dem Vergleich der Vermögenssituation, in der sich der Geschädigte nach der schädigenden Handlung befindet, mit der hypothetischen Situation, in der er ohne die schädigende Handlung wäre, auch die Vorteile zu

berücksichtigen, die dem Verletzten infolge der schädigenden Handlung zugeflossen sind. Die Rechtsprechung macht die Anrechnung von Vorteilen im Rahmen der Differenzrechnung (Vorteilsausgleich) jedoch von einer wertenden Betrachtung im Einzelfall abhängig und verweigert sie, wenn es ihr unbillig erscheint, dass der jeweilige Vorteil im Ergebnis den Schädiger entlastet.¹⁹⁷

b) Nichtvermögensschäden

Auch für Nichtvermögensschäden gilt grundsätzlich das Prinzip der Naturalrestitution. So kann z. B. ein Anspruch auf Widerruf einer ehrverletzenden Äußerung bestehen. Denkbar ist auch, dass der Verletzte nach § 250 BGB den Ersatz der Kosten verlangen kann, die er aufgewandt hat, um den Schaden – etwa durch Veröffentlichung einer Richtigstellung – selbst zu beseitigen.

Der Ersatz immaterieller Schäden in Geld wird durch § 253 Abs. 1 BGB stark eingeschränkt, der eine Begrenzung des richterlichen Ermessens bei der Festsetzung des Geldersatzes bezweckt¹⁹⁸ und bestimmt, dass der Ersatz von Nichtvermögensschäden nur zulässig ist, wenn dies in einem Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist. Die in der Praxis wichtigsten Fälle sind die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden bei einer Verletzung des Körpers (§ 253 Abs. 2 BGB, „Schmerzensgeld“)¹⁹⁹ sowie die richterrechtlich entwickelte Entschädigung bei schweren Persönlichkeitsverletzungen²⁰⁰. In diesen Fällen erhält der Verletzte, sofern eine Naturalrestitution nicht möglich ist, als Entschädigung eine Geldsumme.

Für die Frage, welche Kriterien über die Höhe des zu ersetzenden immateriellen Schadens entscheiden, findet sich im Gesetz lediglich für das Schmerzensgeld ein Anhaltspunkt, und auch dieser ist nur wenig aussagekräftig: gemäß § 253 Abs. 2 BGB soll die Entschädigung „billig“ sein. Die in der Praxis angewandten Leitlinien sind daher von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelt worden.

¹⁹⁷ Thüsing, S. 39ff.

¹⁹⁸ Deutsch, Haftungsrecht, XXXVII. 1. a), Rn. 893.

¹⁹⁹ Bis zur Schadensersatzrechtsreform von 2002 war dies auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung, und hier auf die Verschuldenshaftung, beschränkt. Diese Beschränkung ist nun entfallen.

²⁰⁰ S. o. A. III. 2.

Sie sind für das Schmerzensgeld und die Entschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen unterschiedlich akzentuiert und sind immer wieder Gegenstand der Diskussion. Darauf wird im Einzelnen unter C. II. 5. eingegangen.

2. Beweiswürdigung und Beweismaß (§§ 286f. ZPO)

Da das Gericht feststellen muss, wie die Vermögenssituation des Geschädigten wäre, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre, muss es eine Aussage über einen hypothetischen Geschehensablauf machen. Dies ist fast immer mit erheblichen Unsicherheiten behaftet.

a) Grundsatz: Volle Überzeugung erforderlich (§ 286 ZPO)

Im Allgemeinen ist der gesetzliche Ausgangspunkt für die Ermittlung des im Prozess zu würdigenden Sachverhalts § 286 ZPO. „Frei“ ist die Beweiswürdigung danach insofern, als das Gericht grundsätzlich keinen formalen Beweisregeln unterworfen ist, die ohne Rücksicht auf den Einzelfall festlegen, welches Gewicht einem Beweismittel beizumessen ist oder welche Art oder welche Zahl von Beweismitteln zum Beweis einer Tatsache erforderlich ist.²⁰¹ Die Freiheit des Gerichts erstreckt sich hingegen nicht auf das Beweismaß: Grundsätzlich ist die volle Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit des anspruchsbegründenden Tatsachenvortrags erforderlich.²⁰² Dabei wird kein objektiver Maßstab angelegt,²⁰³ sondern die subjektive Überzeugung des Richters ist entscheidend:

„Eine von allen Zweifeln freie Überzeugung setzt das Gesetz nicht voraus. Auf die eigene Überzeugung des entscheidenden Richters kommt es an, auch wenn andere zweifeln oder eine andere Auffassung erlangt haben würden. Der Richter darf und muss sich daher in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.“²⁰⁴

²⁰¹ Stein/Jonas-Leipold § 286 Rn. 1.

²⁰² BGHZ 53, 245, 255f.

²⁰³ Zöllner-Greger § 286 Rn. 19.

²⁰⁴ BGHZ 53, 245.

Objektiviert wird dieser Maßstab jedoch dadurch, dass die Bildung der freien Überzeugung des Richters nicht das Ergebnis eines „dunklen Gefühlsprozesses oder allgemeiner Vermutungen“ sein darf²⁰⁵. Vielmehr muss sich aus der Urteilsbegründung ergeben, dass die Würdigung des Prozessstoffs durch den Tatrichter umfassend und widerspruchsfrei ist und nicht „Denk-, Natur- oder Erfahrungsgesetzen“ widerspricht.²⁰⁶ Das Gericht ist zudem verpflichtet, angebotene Beweise auszuschöpfen.²⁰⁷

Das grundsätzlich hohe Beweismaß wird relativiert durch teils gesetzlich angeordnete, teils durch Richterrecht begründete Beweiserleichterungen, die für bestimmte Bereiche gelten. Derartige Beweiserleichterungen kommen dem Geschädigten z. B. jeweils unter bestimmten Voraussetzungen im Arzthaftungsrecht oder bei der Produzentenhaftung zugute.

b) Spezialregel für die Schadensermittlung: § 287 Abs. 1 ZPO

Speziell für die Schadensermittlung werden die Regeln für die Sachverhaltsfeststellung durch § 287 Abs. 1 ZPO abgewandelt. Obwohl sich die Vorschrift im Wortlaut nur geringfügig von § 286 ZPO unterscheidet, wird § 287 Abs. 1 ZPO allgemein so verstanden, dass in seinem Anwendungsbereich geringere Anforderungen an den Nachweis durch den Kläger gestellt werden. Sowohl sein genauer Anwendungsbereich als auch seine genaue Bedeutung sind jedoch umstritten.

Unter § 287 Abs. 1 ZPO fällt die Feststellung der Tatsachen, aus denen (nach den maßgeblichen materiellrechtlichen Vorschriften) folgt, dass ein Schaden entstanden ist und auf welche Höhe er sich beläuft.²⁰⁸ Meinungsverschiedenheiten bestehen darüber, wie die Anwendungsbereiche von § 286 und § 287 ZPO voneinander abzugrenzen sind. Einigkeit besteht darüber, dass der Anwendungsbereich des § 287 zumindest einen Teil des haftungsausfüllenden Kausalverlaufs erfasst, d. h. des Kausalzusammenhangs zwischen der Verletzung eines geschützten Rechtsguts und einem etwaigen Schaden oder (soweit der Anspruch nicht die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts, sondern nur die Herbeiführung

²⁰⁵ Stein/Jonas-Leipold § 286 Rn. 12.

²⁰⁶ Zöller-Greger § 286 Rn. 23; Stein/Jonas-Leipold § 286 Rn. 13.

²⁰⁷ Stein/Jonas-Leipold § 284 Rn. 51; Zöller-Greger § 286 Rn. 23.

²⁰⁸ Stein/Jonas-Leipold § 287 Rn. 12.

eines Schadens voraussetzt) zwischen dem ursprünglichen Schaden und Folgeschäden.²⁰⁹ Wie weit der Anwendungsbereich des § 287 ZPO in den haftungsbegründenden Tatbestand hineinreicht, ist im Einzelnen umstritten²¹⁰, kann im Rahmen dieser Untersuchung jedoch offen bleiben.

Ebenfalls umstritten ist, wie § 287 ZPO konkret anzuwenden ist. Der BGH hat sich dazu in einer Grundsatzentscheidung von 1970 geäußert. Es ging dabei um den Schaden eines Unfallopfers, das behauptete, infolge der ihm zugefügten leichten Gehirnerschütterung „schwere neurologische Dauerschäden erlitten [zu haben], deren Eintritt durch das Unfallgeschehen zunächst nicht zu erwarten war“²¹¹. Das Berufungsgericht hatte erklärt, es „schätze“, dass diese Schäden Folge des Unfalls seien, und sich dafür auf die Rechtsprechung zu § 287 ZPO berufen, die eine Schätzung des Schadens erlaube. Der BGH hob das Berufungsurteil auf und erläuterte:

„[§ 287 ZPO] ist u. a. dazu bestimmt, Unbilligkeiten zu mildern, die sich aus der Beweislast des Geschädigten ergeben können. Dies bedeutet aber nicht, dass die Unaufklärbarkeit einer Frage (non liquet) niemals zu seinen Lasten gehen dürfe. Inwieweit der Sinn der Vorschrift eine Milderung der Beweislast fordert, muss für einzelne Fallgruppen verschieden beurteilt werden (vgl. Klausur JZ 1968, 167, 168). **Demgemäß kann z. B. bei feststehendem Verlust eines Gegenstandes, für den Ersatz zu leisten ist, mangels näherer Anhaltspunkte ein mittlerer und nicht wegen der Beweislast des Klägers der denkbar geringste Wert zu schätzen sein** (vgl. BGH VersR 1964, 258 = NJW 1964, 589). Der in der Rechtsprechung verwandte, vom Berufungsgericht aber ersichtlich missverständene **Begriff der „Schätzung“ trifft in seinem engeren Wortsinn nur diese Fälle; er setzt im übrigen immer gewisse gesicherte Grundlagen für den im Rahmen des § 287 ZPO zu ziehenden Schluss voraus.**

Nicht eigentlich um eine Schätzung im landläufigen Sinne handelt es sich dagegen bei der Feststellung bestimmter Tatsachen oder Abläufe, welche für die Schadensentstehung bestimmend oder gar ausschlaggebend sind. Der BGH hat ausgesprochen, dass sich für die Feststellung „realer Tatsachen“ im Schadensverlauf (im Gegensatz zu hypothetischen Verläufen, was Klausur aaO missver-

²⁰⁹ Vgl. Stein/Jonas-Leipold § 286 Rn. 16f.

²¹⁰ Vgl. dazu z. B. MünchKomm-ZPO-Prütting § 287 Rn. 28. Nach Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, § 5 IV 2, S. 83 soll § 287 bereits eingreifen, wenn Gefährdung des geschützten Rechtsguts durch den Anspruchsgegner bewiesen.

²¹¹ BGH NJW 1970, 1971.

stehen dürfte) selbst die Anwendung des § 286 ZPO gebieten kann [sic] (...). Da indessen die Rechtsprechung grundsätzlich den Zusammenhang zwischen haftungsbegründendem Ereignis und Schadensfolge der Feststellung nach § 287 Abs. 1 ZPO unterwirft (...), muss in gewissem Umfang diese beweis-erleichternde Vorschrift auch für die Feststellung schadensbegründender Tatsachen Anwendung finden. **In Fällen der vorliegenden Art handelt es sich aber nicht mehr um eine zulässige „Schätzung“, wenn das Gericht erhebliche Unsicherheiten in den Grundlagen des Tatsachenablaufs in Kauf nimmt. Das Gericht muss vielmehr in bezug auf diese Grundlagen die Überzeugung von der Richtigkeit seiner Feststellung erlangen und ist durch § 287 ZPO nur insofern freier gestellt, als es in einem der jeweiligen Sachlage angemessenen Umfang andere, weniger wahrscheinliche Verlaufsmöglichkeiten nicht mit der sonst gebotenen, an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit ausschließen muss.** Wenn also die Rechtsprechung des BGH immer wieder darauf hinweist, dass der Richter nach § 287 ZPO ohne Rücksicht auf die Beweislast und unter Befreiung von den strengen allgemeinen Beweisregeln entscheiden darf, so darf dies nicht dahin missverstanden werden, dass bei der Anwendung des § 287 ZPO die grundsätzliche Beweislastverteilung überhaupt keine Rolle mehr spiele (richtig Klauser aaO S. 169). Vielmehr stellt sich auch im Rahmen des § 287 ZPO die Frage nach der Beweislast, wenn sich das Gericht vom Kausalzusammenhang zwischen konkretem Haftungsgrund und Schadenserfolg nicht zu überzeugen vermag (Senatsurteil v. 2. 2. 1965 – VI ZR 237/63 – VersR 65, 489).

Wie weit die Beweiserleichterung im Einzelnen geht, richtet sich nach den Umständen, insbesondere auch nach dem sachlichen Gewicht der einzelnen Tatfrage. **In keinem Fall erlaubt es die Vorschrift des § 287 ZPO, zugunsten des Beweispflichtigen einen bestimmten Schadensverlauf zu bejahen, wenn nach den feststehenden Einzel Tatsachen „alles offen“ bleibt oder sich gar eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Gegenteil ergibt. (...)**

Die Revision rügt ferner zu Recht, daß das Berufungsgericht (...) die streitige medizinische Frage von sich aus beantworten will [und sich dabei über das eingeholte Sachverständigengutachten hinwegsetzt]. Hierzu wäre es auch im Rahmen des § 287 ZPO [ohne Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens, das die Ansicht des Gerichts stützt] nur bei eigener spezieller Sachkunde befugt gewesen, die das Urteil weder darlegt noch inhaltlich ersichtlich macht.²¹²

²¹² BGH NJW 1970, 1970 [1971f.] (Hervorhebungen von mir).

Der BGH will demnach eine regelrechte „Schätzung“ nur für die im ersten Teil des Zitats genannten Fälle zulassen. Er unterscheidet zwischen Fragen der haftungsausfüllenden Kausalität, d. h. zwischen Rechtsgutsverletzung und Schaden (oder Primär- und Folgeschaden) und der Schätzung der Schadenshöhe: Bei der haftungsausfüllenden Kausalität muss eine mehr oder weniger hohe, mindestens aber überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Wahrheit der entscheidungserheblichen Tatsache sprechen, bei der Schätzung des Schadensbetrages dagegen soll das Gericht zumindest in den Fällen des „feststehenden Verlusts eines Gegenstandes“ ein regelrechtes Ermessen haben.²¹³

Die Abgrenzung „realer Tatsachen“ von „hypothetischen Verläufen“ oder der „Schadenshöhe“ von Fragen der Kausalität dürfte allerdings sowohl abstrakt als auch bei der Anwendung auf Einzelfälle schwieriger sein als der BGH annahm, da es letztlich immer um Kausalitätsfragen geht. So fällt es bereits schwer, zu entscheiden, ob die Feststellung eines entgangenen Gewinns mit dem Fall des Verlusts eines Gegenstandes zu vergleichen ist, für den eine Schätzung zulässig sein soll, oder ob es sich zumindest dann, wenn die Parteien um konkrete Aufträge konkurriert haben und der Geschädigte sie nicht erhalten hat, um die Feststellung realer Tatsachen handelt.

Im Übrigen sind selbst die im ersten Teil des Zitats genannten Fälle, in denen eine Schätzung zulässig ist, nicht von der im vorletzten Absatz des Zitats gemachten Aussage ausgenommen, wonach „in keinem Fall“ eine überwiegende Wahrscheinlichkeit gegen die Richtigkeit der Annahme des Gerichts sprechen dürfe. Danach muss die zu beweisende Tatsache stets zumindest wahrscheinlicher sein als ihr Gegenteil.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz scheint wiederum eine Entscheidung des BGH zum Schmerzensgeld bei Körperverletzung zu bilden. Der Kläger hatte vor einer Operation, die zu seiner Unfruchtbarkeit führte, Sperma bei einer Universitätsklinik einlagern lassen. Die Klinik vernichtete das Sperma versehentlich. Die Beklagte wandte gegen den vom Kläger erhobenen Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Körperverletzung ein, dass aus medizinischen Gründen ganz unsicher sei, ob es dem Kläger und seiner Frau wirklich gelungen wäre, mittels der Konserve durch künstliche Befruchtung ein gemeinsames Kind zu bekommen. Der BGH erklärte, darauf komme es gar nicht an:

²¹³ Ähnlich Stein/Jonas-Leipold § 287 Rn. 30.

„Für die Bestimmung des Schmerzensgeldes kommt es nicht darauf an, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, mit der die Ehefrau des Klägers ein Kind bekommen hätte, wenn eine Insemination mit dem Sperma des Klägers vorgenommen worden wäre. Entscheidend ist die Belastung, der der Kläger ausgesetzt ist, weil er die einzige ihm noch verbliebene Chance verloren hat, mit seiner Ehefrau gemeinsam ein Kind zu haben. Diese Belastung wiegt schwer.“²¹⁴

Der BGH vermeidet hier jedoch eine ausdrückliche Abweichung von dem sonst geltenden Prozessrecht, indem er nicht das Beweismaß absenkt, sondern bereits die Chance auf ein eigenes Kind als Bestandteil des – materiell-rechtlich geschützten – Rechtsguts „menschlicher Körper“ ansieht. Die Entscheidung ist insofern, als sie bloße Chancen als Bestandteil geschützter absoluter Rechtsgüter begreift, bisher (soweit ersichtlich) singulär.²¹⁵

3. Entgangener Gewinn: § 287 ZPO i. V. m. § 252 S. 2 BGB

Der Nachweis eines Schadens in Gestalt eines entgangenen Gewinns ist regelmäßig besonders schwierig, da hierzu festgestellt werden muss, wie sich gerade die schädigende Handlung auf ein komplexes Marktgeschehen ausgewirkt hat, das auch dem Einfluss vieler anderer Faktoren unterliegt. Neben § 287 Abs. 1 ZPO ist § 252 Satz 2 BGB anzuwenden. Dieser betrifft sowohl materiell-rechtliche als auch prozessuale Fragen. Nach dem Wortlaut des § 252 S. 2 BGB ist derjenige Gewinn zu ermitteln, der „erwartet werden konnte“. Die Vorschrift wird jedoch vom BGH berichtigend so ausgelegt, dass die bis zum Entscheidungszeitpunkt eingetretene tatsächliche Entwicklung zu berücksichtigen ist.²¹⁶

²¹⁴ BGHZ 124, 52 unter II. 3. (Betrag des zuerkannten Schmerzensgeldes: 25.000 DM).

²¹⁵ Kritisch zu der Entscheidung Taupitz NJW 1995, 745, 746ff.

²¹⁶ BGHZ 74, 221, 224; Staudinger-Schiemann, 13. Bearbeitung 1998, § 252 BGB Rn. 19.

a) Konkrete und abstrakte Schadensberechnung

Zunächst gestattet § 252 S. 2 BGB dem Kläger nach ständiger Rechtsprechung die Wahl zwischen zwei unterschiedlichen Schadensberechnungsmethoden, und zwar zwischen der konkreten und der abstrakten Schadensberechnung.²¹⁷ Unter „konkretem“ Schaden versteht der BGH in diesem Zusammenhang denjenigen Gewinn, der

„nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte“.

Um ihn nachzuweisen, muss der Kläger darlegen, dass ihm ein bestimmtes Geschäft mit einem bestimmten Kunden entgangen ist, d. h. dass er dieses Geschäft wahrscheinlich gemacht hätte, wenn das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten wäre. Dazu muss er dartun, dass er nach den Umständen des Falles in der Lage gewesen wäre, den beanspruchten Gewinn zu erzielen, während es dem Schädiger obliegt, den Gegenbeweis zu führen, dass trotz dieser Erwartung der Gewinn nicht erzielt worden wäre.²¹⁸

Unter der „abstrakten“ Schadensberechnungsmethode versteht der BGH den Gewinn, welcher

„nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte“.

Diese Formulierung des Gesetzes versteht er dahin, dass

„die abstrakte Methode [...] von dem regelmäßigen Verlauf im Handelsverkehr ausgeht, dass der Kaufmann gewisse Geschäfte im Rahmen seines Gewerbes tätig und daraus Gewinn erzielt“²¹⁹.

²¹⁷ BGHZ 29, 393, 399f.

²¹⁸ BGHZ 29, 393, 398. Zu dem anwendbaren Beweismaß siehe den nachfolgenden Abschnitt.

²¹⁹ BGHZ 29, 393, 399.

Ein geschädigter Kaufmann, der im Rahmen seines Geschäftsbetriebs bestimmte Geschäfte betreibt, braucht darum im Rahmen der sogenannten „abstrakten Schadensberechnung“ nicht nachzuweisen, dass bestimmte Kunden wahrscheinlich bei ihm gekauft hätten, sondern lediglich, welchen Gewinn ein kaufmännisches Unternehmen dieser Art mit solchen Geschäften in dem fraglichen Zeitraum durchschnittlich erzielte. Die „für die Bemessung des Durchschnittsgewinns erheblichen Umstände, insbesondere die üblichen Erträge der von ihm betriebenen Geschäftsarten in der fraglichen Zeit, hat das Unternehmen darzulegen“²²⁰. Gelingt ihm das, wird angenommen, dass der durchschnittlich erzielte Gewinn auch vom Geschädigten erzielt worden wäre.

b) Bedeutung des § 252 BGB für das anwendbare Beweismaß

Früher wurde vielfach die Ansicht vertreten, dass § 252 S. 2 BGB den Zweck habe, die Ersatzpflicht für entgangenen Gewinn zu begrenzen, indem höhere Anforderungen an die Adäquanz des haftungsausfüllenden Kausalverlaufs gestellt werden als in sonstigen Fällen, in denen die Schadenshöhe zweifelhaft ist.²²¹ Heute wird in der Vorschrift dagegen ganz überwiegend eine Beweiserleichterung zu Gunsten des Geschädigten gesehen.²²² Danach ist § 252 S. 2 BGB lediglich „eine weitere Ausgestaltung des § 287 ZPO“²²³ und wirkt mit diesem bei der Ermittlung eines entgangenen Gewinns dergestalt zusammen, dass bei der Schätzung des entgangenen Gewinns

„statt der sonst für die Überzeugungsbildung des Gerichts erforderlichen Gewissheit vom Vorhandensein bestimmter Tatumstände (...) die bloße Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Geschehensablaufs [genügt]“²²⁴.

Inwiefern genau dem Anspruchsteller der Nachweis des entgangenen Gewinns erleichtert wird, ist umstritten.²²⁵ Dabei geht es um die Fragen, welches Beweismaß

²²⁰ Larenz Schuldrecht Band I (AT), 14. A. 1987, § 29 III a), S. 511f.

²²¹ Dazu Staudinger-Schiemann, 13. Bearbeitung 1998, § 252 Rn. 3.

²²² BGHZ 2, 310, 314; BGHZ 29, 393, 397; 74, 221; RGRK-Alff § 252 Rn. 6f.

²²³ BGHZ 29, 393, 399.

²²⁴ BGHZ 122, 262 („Kollektion Holiday“) unter II 2. b) m. w. N.; ebenso („eindeutige Beweismaßsenkung“) Münch-Komm-ZPO-Prütting § 286 Rn. 46.

²²⁵ Vgl. Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, § 7 III 2.

grundsätzlich gilt und ob bei Fehlen näherer Anhaltspunkte notfalls ein Schaden pauschal geschätzt werden darf.

Der Kläger muss zumindest hinreichende konkrete Anhaltspunkte vortragen und erforderlichenfalls beweisen, die als tragfähige Grundlage für die Schätzung des Gerichts dienen können:

„Mit der Einräumung der Befugnis, die Höhe des Schadens zu schätzen (§ 287 ZPO), nimmt das Gesetz zwar in Kauf, dass das Ergebnis der Abschätzung mit der Wirklichkeit vielfach nicht übereinstimmt; die Schätzung soll aber möglichst nahe an diese heranführen (Senatsurteil vom 16. Dezember 1963 – III ZR 47/63 = VersR 1964, 258, 259). Um der Beweisnot des Geschädigten abzuhelfen, wird der Richter den Schaden zu schätzen haben, wenn und soweit die festgestellten Umstände hierfür noch eine genügende Grundlage abgeben; das Gericht kann und muss aber von jeder Schätzung absehen, wenn diese mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft hängen würde (...).“²²⁶

Soweit der Geschädigte konkrete Anhaltspunkte vortragen kann, ist wiederum unklar, wie weit die Beweiserleichterung konkret geht. Zum Teil wird von einem *prima facie*-Beweis gesprochen,²²⁷ andere nehmen an, dass die Beweiserleichterung stärker sei als bei einem Anscheinsbeweis.²²⁸

Wenn gesicherte Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage, wie sich die Vermögenssituation des Geschädigten ohne das schadenstiftende Ereignis entwickelt hätte, nicht vorliegen, stellt sich die Frage, ob der Schaden trotzdem geschätzt werden kann. Die Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage ist sehr differenziert. In einer Entscheidung über den ungewissen Erwerbsausfallschaden eines Unfallopfers lehnte er die Zusprechung eines Mindestschadens zunächst mit deutlichen Worten ab:

„Die erleichterte Schadensberechnung nach § 252 S. 2 BGB i. V. m. § 287 I ZPO lässt eine völlig abstrakte Berechnung des Erwerbsschadens nicht zu, verlangt vielmehr die Darlegung konkreter Anhaltspunkte für die Schadensermittlung (...). Denn der zu ersetzende Schaden liegt hier nicht in dem Wegfall oder

²²⁶ BGHZ 91, 243, 256f.

²²⁷ Larenz, Schuldrecht Band I (AT), 14. A. 1987, § 29 III a), S. 511f.

²²⁸ Staudinger-Schiemann, 13. Bearbeitung 1998, § 252 Rn. 18.

der Minderung der Arbeitskraft als solcher, sondern setzt voraus, daß sich dieser Ausfall oder die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit sichtbar im Arbeitsergebnis konkret ausgewirkt hat (...). Daher geht es nicht an, einem Verletzten, dessen Arbeitskraft im erwerbsfähigen Alter unfallbedingt beeinträchtigt worden ist, ohne hinreichende Anhaltspunkte dafür, wie sich seine Erwerbstätigkeit ohne das Unfallereignis voraussichtlich entwickelt hätte, gleichsam pauschal einen (abstrakt geschätzten) „Mindestschaden“ zuzusprechen.“²²⁹

Zugleich relativierte er jedoch die Anforderungen an die vorzutragenden „konkreten Anhaltspunkte“:

„Andererseits dürfen an die Darlegung konkreter Anhaltspunkte für die Ermittlung des Erwerbsschadens im Rahmen der § 252 S. 2 BGB, 287 I ZPO auch keine zu hohen Anforderungen gestellt werden (...). Das gilt nicht nur dort, wo es – etwa bei Selbständigen – um hypothetische Entwicklungen eines Geschäftsbetriebs geht, sondern auch für einen Verletzten, der im Unfallzeitpunkt nicht in einem festen Arbeitsverhältnis stand, sich seinen Lebensunterhalt in wechselnden, auch vorübergehenden Beschäftigungsverhältnissen zu sichern suchte und ebenfalls mit der Schwierigkeit belastet ist, eine einigermaßen verlässliche Prognose für die Fortentwicklung seines zur Zeit des Schadensereignisses noch wenig strukturierten Erwerbslebens zu ermöglichen ...“²³⁰

Abschließend stellte er fest:

„Sollte das Berufungsgericht unter Berücksichtigung der dargestellten rechtlichen Überlegungen zu der Überzeugung gelangen, dass der Kläger ohne das Unfallereignis seinen Lebensunterhalt aus anderweiter beruflicher Tätigkeit hätte bestreiten können, reichen aber die Ergebnisse weiterer Aufklärung nicht dazu aus, der Höhe nach die entgangenen Einkünfte konkret zu ermitteln, so ist es im Rahmen der erforderlichen Schadensschätzung nach § 287 I ZPO zulässig, durchschnittliche Verdienstmöglichkeiten der in Frage kommenden beruflichen Tätigkeiten als Ausgangspunkte heranzuziehen und von diesen die im Hinblick auf die Unsicherheiten der beruflichen Entwicklung des Klägers geboten erscheinenden (gegebenenfalls prozentualen) Abschläge vorzunehmen.“²³¹

²²⁹ BGH NJW 1995, 1023, 1024. Ähnlich BGH NJW 1993, 2673.

²³⁰ BGH NJW 1995, 1023, 1024.

²³¹ BGH NJW 1995, 1023, 1024.

In einem anderen Fall, der einen Selbstständigen betraf, erklärte er, es seien „wegen der Schwierigkeit, welche die Darstellung der hypothetischen Entwicklung eines Geschäftsbetriebs bereitet, keine zu hohen Anforderungen“ an die vorzutragenden konkreten Anhaltspunkte zu stellen, und es begegne grundsätzlichen rechtlichen Bedenken, wenn ein Schaden „selbst in Höhe eines Existenzminimums“ verneint werde, wenn feststehe, dass es dem Geschädigten vor dem Unfall gelungen sei, eine geschäftliche Existenz aufzubauen und aufrecht zu erhalten.²³²

Demnach lehnt der BGH es zwar ab, die menschliche Erwerbsfähigkeit in dem Sinne abstrakt zu bewerten, dass es gar nicht auf den Gebrauch ankäme, den der Geschädigte vor dem Unfall von seinem Potenzial machte und ohne den Unfall im weiteren Verlauf mutmaßlich gemacht hätte. Jegliche vorhandenen Anhaltspunkte sind jedoch zu berücksichtigen und können auch zur Zuerkennung eines (auf den konkreten Geschädigten bezogenen) Durchschnitts- oder Mindestschadens führen.

Auch in Fällen, die in einem kaufmännischen Kontext spielten, wurde verschiedentlich die Schätzung eines Mindestschadens für zulässig und geboten erklärt.²³³ In der Entscheidung BGH NJW 1987, 909 behauptete der Erwerber eines Sportgeschäfts, der Verkäufer habe entgegen einer ausdrücklichen vertraglichen Verpflichtung Verträge mit Lieferanten nicht auf den Erwerber übergeleitet, sondern die Lieferanten dazu bewegt, stattdessen ein kurz darauf von seiner Ehefrau eröffnetes Geschäft zu beliefern. Da die Lieferanten nur eine begrenzte Zahl von Geschäften in jeder Stadt belieferten, führte dies dazu, dass der Erwerber des Sportgeschäfts keine Ware von ihnen erhielt. Mit dem dadurch entgangenen Gewinn rechnete der Erwerber des Geschäfts gegen den Restkaufpreisanspruch des Verkäufers auf. Das Berufungsgericht wies sein Vorbringen als unschlüssig zurück, da er es versäumt habe, darzulegen, um wieviel der Umsatz des Geschäfts in den betreffenden Jahren niedriger ausgefallen sei als in dem Jahr zuvor. Die vom Verkäufer verursachte Einbuße hätte sich allenfalls mit diesen Angaben und unter Berücksichtigung der Umsätze des Erwerbers mit Ware sonstiger Hersteller ermitteln lassen. Demgegenüber war der BGH der Ansicht, der Einkaufspreis der fraglichen Ware könne geschätzt werden, indem ein Bruchteil des Nettoauftrags-

²³² BGH NJW 1993, 2673.

²³³ Nicht entgangenen Gewinn betrafen BGH NJW 1994, 663; BGHZ 97, 163 (Bauverzögerung).

wertes der vom Verkäufer im Vorjahr insgesamt geordneten Ware angesetzt werde. Auch die von der üblichen Gewinnspanne von 110% abzusetzenden Kosten könnten geschätzt werden.

Demnach scheinen das Beweismaß und die Anforderungen an die Substanziierung des Tatsachenvortrags variabel zu sein und davon abzuhängen, inwieweit dem Verletzten im jeweiligen Einzelfall konkreter Vortrag möglich ist. Dies zeigt besonders deutlich die zuletzt erwähnte Entscheidung, in der der BGH weiter ausführte:

„Es versteht sich, dass für eine Schätzung, welchen Auftragswert die angeblich umgeleitete Ware hatte, kein Raum ist, wenn der Auftragswert der Bestellungen nachgewiesen werden kann. Die Beklagte macht indessen geltend – und davon ist für die Revisionsinstanz auszugehen –, die ihr übergebenen Ordner hätten keine Einkaufsunterlagen für die [fragliche Ware] enthalten. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte Möglichkeiten versäumt hat, den Kläger zur Vorlage der Einkaufsrechnungen zu veranlassen. Selbst dann wäre das Gericht nicht davon entbunden, eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO zu versuchen (zu den Grenzen vgl. BGH, Beschluss vom 10.2.1981 – VI ZR 182/79, NJW 1981, 1454).“²³⁴

In Vergabefällen macht der BGH den Ersatz des Erfüllungsinteresses davon abhängig, dass der klagende Anbieter bei regelgerechtem Vorgehen wahrscheinlich den Zuschlag erhalten hätte, lässt aber mitunter eine großzügige Vorgehensweise bei der Feststellung dieser Wahrscheinlichkeit zu.²³⁵

Allgemein formuliert der BGH, es müsse

„je nach Lage des Falles [eine] höhere oder deutlich höhere, jedenfalls überwiegende Wahrscheinlichkeit“²³⁶

²³⁴ BGH NJW 1987, 909 unter II. 1. b) am Ende. In der am Ende erwähnten Entscheidung BGH NJW 1981, 1454 hatte der Kläger die ihm mögliche Mitwirkung bei der Sachaufklärung trotz eines Hinweises des Gerichts verweigert.

²³⁵ OLG Düsseldorf v. 26.11.1985, BauR 1986, 107, 109f. und Nichtannahmebeschluss des BGH v. 25.09.1986, BauR 1986, 733.

²³⁶ BGH NJW 1995, 1023.

für das Vorliegen der zu beweisenden Tatsache sprechen. Dass aber bei den oben wiedergegebenen Entscheidungen zur Feststellung eines Mindestschadens wirklich noch eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Schätzung spricht, erscheint zweifelhaft. *Leipold* meint daher, dass der Richter bei einer Schadensschätzung im eigentlichen Sinn nicht annehmen kann, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit seiner Schätzung spricht, und dass man daher „bei der Frage der Schadens- bzw. Forderungshöhe in den Randzonen geradezu von einem richterlichen *Ermessen* bei der Festsetzung des Betrags sprechen“²³⁷ könne. Dies führt allerdings wiederum zu dem praktischen Problem, wie diese „Randzonen“ im Einzelfall von sonstigen Kausalitätsfragen abzugrenzen sein sollen.²³⁸

Eine Sonderstellung nimmt die Entscheidung BGHZ 29, 393 ein, in der entweder dem Kläger oder zwei anderen Unternehmen durch eine amtspflichtswidrige staatliche Maßnahme Gewinnchancen entgangen waren. Dem Kläger wurde Ersatz zugesprochen.

Jedenfalls bleibt dem Anspruchsgegner im Rahmen des § 252 S. 2 BGB stets die Möglichkeit des Gegenbeweises, dass der behauptete entgangene Gewinn bei Unterbleiben der schädigenden Handlung tatsächlich doch nicht erzielt worden wäre.²³⁹ Daher wird die Bezeichnung der Schadensberechnung „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“ als „abstrakte“ Schadensberechnung mit Recht als irreführend kritisiert.²⁴⁰ An dieser Stelle sei auch darauf hingewiesen, dass die sogenannte „abstrakte Schadensberechnung“ im Rahmen des § 252 S. 2 BGB nicht zu verwechseln ist mit der „objektiven Schadensberechnung“ im gewerblichen Rechtsschutz und bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, auf die noch eingegangen wird und die manchmal ebenfalls als „abstrakte“ Schadenberechnung bezeichnet wird.

²³⁷ Stein/Jonas-Leipold, § 287 ZPO Rn. 30.

²³⁸ Vgl. bereits die Diskussion der Entscheidung BGH NJW 1970, 1970 oben 2. b).

²³⁹ Staudinger-Schiemann, 13. Bearbeitung 1998, § 252 BGB Rn. 18: zur Widerlegung genügt nicht schon der Nachweis der ernsthaften Möglichkeit, der Gewinn könne nicht entstanden sein.

²⁴⁰ Larenz, Schuldrecht Band I (AT), 14. Auflage 1987, § 29 III a), S. 513: Es handle sich in Wahrheit nur um eine „konkret typisierende“ Schadensberechnungsmethode, und von „abstrakter“ Schadensberechnung sollte nur gesprochen werden, wenn das Gesetz dem Geschädigten eine pauschale Summe als Schadensersatz zuerkennt, ohne dass dem Schädiger der Nachweis offen steht, dass der Schaden des Anspruchstellers tatsächlich geringer ist. Denn (nur) in diesen Fällen komme es auf die tatsächlichen, konkreten Umstände nicht an. Pauschaliert werden Schadensbeträge z. B. durch § 376 Abs. 2 HGB und § 288 BGB.

4. Intensität der revisionsgerichtlichen Überprüfung einer Schätzung

Auch soweit das Tatgericht den Schaden gemäß §§ 287 Abs. 1 ZPO, 252 S. 2 BGB ermittelt hat, überprüft der BGH die Entscheidung auf Fehler bei der Anwendung des materiellen Rechts.

„Die Schadensbemessung ist (...) Sache des nach § 287 ZPO besonders frei gestellten Tatrichters. Es ist deshalb nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, dem Tatrichter eine bestimmte Berechnungsmethode bindend vorzuschreiben (...). Wo es sich allerdings, wie hier, um typische Fälle handelt, muss die Schätzung im Interesse gleichmäßiger Handhabung rechtlich drauffin überprüft werden, ob sie den Gegenstand des zu entschädigenden Vermögensnachteils beachtet und nicht zu einer grundlosen Bereicherung des Geschädigten oder zu einem verkappten Ausgleich immateriellen Schadens führt.“²⁴¹

Auch die tatsächliche Richtigkeit der Schadensermittlung kann zumindest zum Teil in der Revisionsinstanz dadurch überprüft werden, dass ein „Verstoß gegen die Denkgesetze“ nach ständiger Rechtsprechung einen Rechtsfehler darstellt. Dies führt in Einzelfällen zu einer ins Detail gehenden Untersuchung der Urteilsbegründung auf logische Ungereimtheiten. Auch die der Schadensermittlung zu Grunde liegenden tatsächlichen Annahmen sind der Überprüfung nicht vollständig entzogen. Es wird überprüft, ob die Schadensermittlung auf grundsätzlich falschen oder offenbar unsachlichen Erwägungen beruht, ob wesentliche, die Entscheidung bedingende Tatsachen außer Acht gelassen worden sind und ob sonstige Rechtsvorschriften oder Denk- und Erfahrungssätze verletzt worden sind.²⁴² Aus Sicht des Tatgerichts besteht daher erhebliche Unsicherheit darüber, wie intensiv eine Schätzung im Einzelfall überprüft werden wird. Dies illustriert die aus unterschiedlichen Entscheidungen destillierte Formulierung in einem wichtigen Kommentar zur Zivilprozessordnung, wonach die tatsächlichen Grundlagen der Schätzung und ihre Auswertung in den Urteilsgründen darzulegen seien, das gewonnene Ergebnis aber nicht durch Angabe der einzelnen maßgebenden Momente begründet zu werden brauche²⁴³. Der BGH hat jedenfalls Entscheidungen unter Hinweis darauf aufgehoben, dass revisionsgerichtlich zu überprüfen sei,

²⁴¹ Stein/Jonas-Leipold § 287 Fn. 106.

²⁴² Stein/Jonas-Leipold § 287 Rn. 34 und Fn. 106.

²⁴³ Stein/Jonas-Leipold § 287 Rn. 29.

„ob das Berufungsgericht bei der Ausübung seines Ermessens schätzungs-
begründende Tatsachen, die sich aus der Natur der Sache ergeben oder von den
Parteien vorgebracht waren, nicht gewürdigt und ob es bei der Entscheidung
über die Einholung eines Sachverständigengutachtens die Grenzen des ihm
eingeräumten Ermessens beachtet hat“²⁴⁴.

Schließlich hat der BGH mehrfach entschieden, dass über bestrittene Ausgangs-
und Anknüpfungstatsachen Beweis erhoben werden muss, und anderslautende Ent-
scheidungen der Instanzgerichte aufgehoben.²⁴⁵

II. Die Schadenshöhe bei der Verletzung „geistigen Eigentums“

1. Ermittlung des dem Verletzten entgangenen Gewinns

Der entgangene Gewinn ergibt sich aus dem dem Verletzten auf Grund der Verlet-
zungshandlung entgangenen Umsatz (a)) abzüglich der Kosten, die er hätte auf-
wenden müssen, um diesen Gewinn zu erzielen (b)).

a) Ermittlung des dem Verletzten entgangenen Umsatzes

Der Umsatzverlust muss auf der Verletzungshandlung beruhen. In einer wett-
bewerbsrechtlichen Entscheidung wurde präzisiert, dass der Schaden gerade auf
der Wettbewerbswidrigkeit der Handlung beruhen muss, nicht auf dem Wettbewerb
an sich:

„Besteht ein Wettbewerbsverstoß darin, dass bei der Werbung ein aufklärender
Zusatz unterlassen wird, so ist der Schaden nicht danach zu berechnen, welcher
Zustand gegeben wäre, wenn die Werbung überhaupt nicht stattgefunden hätte,
sondern danach, welcher Zustand bestehen würde, wenn der aufklärende Zusatz
ordnungsgemäß angebracht worden wäre.“²⁴⁶

²⁴⁴ BGH GRUR 1962, 401, 402 („Kreuzbodenventilsäcke III“) mit sehr ins Einzelne gehenden Ausführungen zur
Beweiswürdigung; ähnlich BGHZ 132, 98 unter II. am Ende (zu § 287 Abs. 2 ZPO; Bereicherungsausgleich bei
rechtsgrundloser Nutzung öffentlicher Wege durch Stromversorgungsunternehmen).

²⁴⁵ Z. B. BGH GRUR 1997, 741 („Chinaherde“).

²⁴⁶ BGH GRUR 1966, 92 („Bleistiftabsätze“).

Bei Verletzungen „geistigen Eigentums“ werden dagegen, soweit ersichtlich, keine speziellen Anforderungen an den Kausalzusammenhang zwischen Verletzung und Umsatzverlust des Klägers gestellt. So wird beispielsweise die Ersatzfähigkeit eines erst nach Ablauf der Schutzdauer eines Patents entgangenen Gewinns allein davon abhängig gemacht, dass der Gewinn durch vorher begangene Verletzungshandlungen und dadurch erlangte Zeit- und Wettbewerbsvorteile des Verletzers bedingt ist.²⁴⁷

Bei zusammengesetzten Vorrichtungen oder Leistungen stellt sich die Frage, auf welchen Teil der Vorrichtung oder Leistung sich das verletzte Recht bezieht und wie sich dies auf die Gewinnermittlung auswirkt. Diese Frage wird im Abschnitt über die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ erörtert, da Entscheidungen, die sich mit dieser Frage beschäftigen, bisher nur zur „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ ergangen sind.²⁴⁸

Häufig bereitet es dem Verletzten Schwierigkeiten darzulegen, welche Produktmenge er zusätzlich abgesetzt hätte, wäre die Verletzungshandlung bzw. der Akt unlauteren Wettbewerbs unterblieben. Im Bereich des Wettbewerbsrechts außerhalb des ergänzenden Leistungsschutzes fällt dem Geschädigten, besonders wenn es sich um ein größeres Unternehmen handelt, der Nachweis der Folgen einer einzelnen wettbewerbswidrigen Maßnahme in der Regel sogar so schwer²⁴⁹, dass Schadensersatzprozesse – abgesehen von Streitigkeiten um den Ersatz von Rechtsverfolgungskosten nach Unterlassungsklagen – selten sind. Aber auch bei Verletzungen gewerblicher Schutzrechte, Urheberrechtsverletzungen und Wettbewerbsverstößen im Bereich des ergänzenden Leistungsschutzes hat der Verletzte bei der Ermittlung des entgangenen Gewinns häufig erhebliche Nachweisprobleme durch Unwägbarkeiten:

- Der Umfang der Verletzungshandlung, insbesondere die Zahl der vom Verletzer verkauften Artikel, kann unbekannt sein.
- Wenn der Verletzer das Produkt zu einem niedrigeren Preis verkauft hat als der Verletzte seines, wird oft zweifelhaft sein, dass der Verletzte ohne die Rechtsverletzung diese Anzahl selbst verkauft hätte.
- Es kann dem Verletzten Schwierigkeiten bereiten, nachzuweisen, dass er die vom Verletzer befriedigte Nachfrage selber hätte befriedigen können.

²⁴⁷ Benkard-Rogge, 9. Auflage, § 139 Rn. 62.

²⁴⁸ Vgl. aber auch die Erörterung der Entscheidung RGZ 95, 220 unten bb) (1).

²⁴⁹ Vgl. Teplitzky Kapitel 34, Rn. 12.

- Häufig stellt sich die Frage, ob nicht die vom Verletzer befriedigte Nachfrage ohne die Rechtsverletzung von einem anderen Wettbewerber des Verletzten befriedigt worden wäre statt gerade von diesem.

Daher ist regelmäßig eine Schätzung gemäß §§ 287 ZPO, 252 S. 2 BGB notwendig. Hierfür müssen zunächst die Verletzungshandlungen substantiiert dargelegt werden, und zwar hinsichtlich des konkreten Umfangs. In der Entscheidung „Raubkopien“ hatte das Berufungsgericht festgestellt, dass die Beklagten 119 Raubkopien von Filmen, für die die Klägerin die Videorechte besaß, von einer anderen Firma bezogen und außerdem selbst in größerem Umfang Raubkopien von Filmen anderer Produzenten hergestellt hatten. Diese Anhaltspunkte reichten nach Ansicht des BGH nicht aus, um anzunehmen, dass die Beklagten auch selbst 400–500 Raubkopien von Filmen aus dem Repertoire der Klägerin angefertigt hatten.²⁵⁰ Wenn dagegen bei dem Beklagten Presswerkzeuge für Schallplatten sowie eine bestimmte Anzahl unerlaubterweise hergestellte Schallplattenhüllen gefunden werden, begründet dies einen Anscheinsbeweis dafür, dass der Beklagte auch Raubpressungen in entsprechender Zahl hergestellt hat.²⁵¹

aa) Keine Vermutung, dass der Gewinn des Verletzers dem Verletzten entgangen ist

Oft ist es schwierig, durch eine Betrachtung der Absatz- oder Umsatzzahlen des Verletzten konkrete Anhaltspunkte für die Schätzung des ihm gerade durch die Verletzung entgangenen Gewinns zu finden. Für den Verletzten liegt daher der Gedanke nahe, geltend zu machen, dass der Gewinn des Verletzers ihm selbst entgangen sei. Es stellt sich daher die Frage, wie die Darlegungs- und Beweislast verteilt ist, wenn der Verletzte dies geltend macht.

Das Reichsgericht hat in Patentsachen vor dem Inkrafttreten des BGB (1900) mehrfach entschieden, es könne regelmäßig davon ausgegangen werden, dass dem Patentberechtigten an Absatz entgangen ist, was der Nichtberechtigte in unberechtigter Anwendung der Erfindung abgesetzt hat²⁵². Dieser Anspruch wurde in

²⁵⁰ BGH GRUR 1990, 353 („Raubkopien“).

²⁵¹ BGHZ 100, 31 („Raubpressungen“).

²⁵² Z. B. RGZ 46, 14.

einigen Fällen mit einem aus Geschäftsanmaßung hergeleiteten Anspruch auf Rechnungslegung über den vom Verletzer gezogenen Gewinn kombiniert²⁵³ und entwickelte sich allmählich zu einem Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns, der auf besondere Erwägungen gestützt wurde. Er und der „normale“ Schadensersatzanspruch auf den sogenannten „konkreten“ Schaden entwickelten sich dabei auseinander. Schließlich wurde der Anspruch auf den Verletzergewinn nur noch alternativ zum „konkreten entgangenen Gewinn“, dafür aber auch unabhängig davon gewährt, ob der Verletzte den Gewinn selbst hätte erzielen können, wenn die Verletzung unterblieben wäre.²⁵⁴ Dagegen wurde in dem Fall, dass der Verletzte Ersatz seines konkreten Schadens und entgangenen Gewinns verlangte, später nicht mehr ohne weiteres angenommen, dass der Verletzte den Gewinn des Verletzers bei Unterbleiben der Verletzung selbst hätte erzielen können. So wiederholte das Reichsgericht in einer Entscheidung von 1919 zwar noch einmal, diesmal unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 252 S. 2 BGB, es könne „regelmäßig davon ausgegangen werden, dass dem Patentberechtigten an Absatz entgangen ist, was der Nichtberechtigte in unberechtigter Anwendung der Erfindung abgesetzt hat“²⁵⁵. Zugleich wies es jedoch die Revision der Klägerin, die gerügt hatte, ihr sei zu Unrecht die Beweislast auferlegt worden, zurück: Das Oberlandesgericht habe dem eingeholten Sachverständigengutachten zu Recht entnommen, dass der Verkehr die patentierte Erfindung, die eine Vorrichtung an einem Webstuhl betraf, nicht für so wichtig erachtete, dass bestimmte Auftraggeber der Beklagten ihre Webstühle von der Klägerin bezogen hätten, wenn die Webstühle der Beklagten die patentierte Vorrichtung nicht enthalten hätten:

„Das Oberlandesgericht bezeichnet es also im Rahmen des § 287 ZPO nach den erörterten besonderen Umständen als keineswegs wahrscheinlich, dass die Patentverletzung ursächlich dafür gewesen sei, dass [nicht die Verletzte, sondern der Verletzer bestimmte Aufträge erhalten hatte], und stellt in diesem Zusammenhang sein Urteil weiter dahin auf, ‚die Sachlage sei nicht so, dass es eines Beweises für den ursächlichen Zusammenhang nicht erst bedürfe‘. Und in diesem Zusammenhang erst erachtet es die Klägerin für beweispflichtig. Das war zutreffend.“²⁵⁶

²⁵³ RGZ 46, 14.

²⁵⁴ Dazu näher unten 3.

²⁵⁵ RGZ 95, 220, 221.

²⁵⁶ RGZ 95, 220, 222.

Das Reichsgericht ging demnach hier zumindest noch von einem (wohl unter § 252 S. 2, 2. Alternative zu fassenden) Anscheinsbeweis zu Gunsten der Klägerin aus, betrachtete diesen jedoch im konkreten Fall als erschüttert. Später verschwand auch der Satz, es könne regelmäßig davon ausgegangen werden, dass der Verletzte das abgesetzt hätte, was der Verletzer verkauft hat, aus den Entscheidungen des Reichsgerichts, und schon 1937 stellte es lapidar fest:

„Der Berufungsrichter führt grundsätzlich richtig aus, die Klägerin berechne ihren Schaden in erster Linie nach dem entgangenen Absatz; dies setze den ihr obliegenden Nachweis voraus, dass ihr an Absatz entzogen sei, was die Beklagte abgesetzt habe.“²⁵⁷

Eine Vermutung oder ein Anscheinsbeweis dafür, dass der Absatz des Patentverletzers ohne die Verletzungshandlung dem Verletzten zugute gekommen wäre, besteht folglich nicht mehr.²⁵⁸ Das gleiche gilt für die anderen Rechte und Rechtspositionen. Nach einer Formulierung des BGH in einer wettbewerbsrechtlichen Entscheidung kann „nicht einfach davon ausgegangen“ werden, dass der Umsatz des Verletzers bei Unterbleiben der Verletzung in vollem Umfang dem Berechtigten zugute gekommen wäre.²⁵⁹ Eine anderslautende wettbewerbsrechtliche Entscheidung aus dem Jahre 1961, wonach bei Vorlagenfreibeuterei dem Verletzten regelmäßig „entsprechende Aufträge“ entgehen und alles dafür spreche, dass „auch der Verletzte denjenigen Gewinn gemacht hätte, den man allgemein mit dem Verfahren unter normalen Verhältnissen machen konnte, mithin dafür, dass er in der Lage gewesen wäre, den objektiven Verkehrswert des Verfahrens voll auszunutzen“²⁶⁰, ist vereinzelt geblieben und stellt sich außerdem im Rückblick als Vorstufe der später erfolgten Ausdehnung der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ und der „Schadensberechnung nach dem Verletzergeprofit“ auf den ergänzenden Leistungsschutz heraus.²⁶¹

Die herrschende Auffassung geht heute somit für alle Rechte und Rechtspositionen dahin, dass der verletzte Schutzrechtsinhaber nachweisen muss, dass er den Gewinn wahrscheinlich erzielt hätte, indem er dartut, dass er nach den Umständen

²⁵⁷ RGZ 156, 65, 68 („Scheidenspiegel“, Patentrecht).

²⁵⁸ A. A. Hubmann/Götting § 26 III 3 a), wo RGZ 95, 220 als Beleg zitiert wird.

²⁵⁹ BGH GRUR 1993, 757, 759 („Kollektion Holiday“).

²⁶⁰ BGH GRUR 1960, 554, 556 („Handstrickverfahren“).

²⁶¹ Dazu unten 2. und 3.

des Falles in der Lage gewesen wäre, den beanspruchten Gewinn zu erzielen, während es dem Schutzrechtsverletzer obliegt, den Gegenbeweis zu führen, dass trotz dieser Erwartung der Gewinn nicht erzielt worden wäre.²⁶²

bb) Hohe Anforderungen an die Darlegung

In einer der seltenen Entscheidungen zum Persönlichkeitsrecht, in der der Verletzte den Ersatz konkreten entgangenen Gewinns verlangte, scheiterte die Klägerin, *Caterina Valente*, an den Anforderungen an die Substanziierung.²⁶³ Die Entscheidung zeigt besonders deutlich, dass aus dem Umstand, dass eine Verletzungshandlung allgemein nachteilige Folgen für den Verletzten haben kann, noch nicht geschlossen wird, dass dies auch konkret so war. Die Sängerin verlangte Schadensersatz, weil ihr Name in einer Werbeanzeige für ein Zahnprothesenreinigungsmittel genannt worden war. Sie trug vor, sie hätte die Benutzung ihres Namens für Reklame nie gestattet, schon gar nicht für ein solches Produkt. Dass ihr Name in dieser Anzeige gefallen sei, werde ihre Einnahmen aus ihrer künstlerischen Tätigkeit schmälern. Der BGH entschied, dass die Namensnennung einen rechtswidrigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Künstlerin darstellte, und begründete dies auch mit einer möglichen Gefährdung ihrer Existenz:

„Jedenfalls braucht niemand, und zwar auch nicht eine in der Öffentlichkeit bekannte Persönlichkeit, zu dulden, ungefragt in einer Werbeanzeige für bestimmte Gegenstände erwähnt zu werden, wenn darunter sein Ansehen leiden kann. Das gilt insbesondere, wenn ein Künstler auf solche Weise vor der Öffentlichkeit in eine Beziehung zu den angepriesenen Gegenständen gesetzt wird, dass diese Beziehung als unangenehm oder gegen den guten Geschmack verstoßend empfunden wird. Entsteht durch die Werbeveröffentlichung ein derartiger Eindruck, so muss der Genannte befürchten, an allgemeiner Wertschätzung zu verlieren und damit in der Entfaltung seiner künstlerischen Persönlichkeit behindert zu werden. Denn diese ist weitgehend von der Gunst des Publikums abhängig. Wendet sich dieses von dem Künstler ab, so muss er befürchten, dass ihm damit die Möglichkeit genommen wird, sich auf seinem ureigensten Gebiet zu betätigen. Wer einen Künstler eigenmächtig dem aussetzt,

²⁶² Ullmann GRUR 1978, 615, 618.

²⁶³ BGHZ 30, 7.

greift daher in das Recht auf freie Entfaltung der individuellen Persönlichkeit ein“ (Hervorhebung von mir).²⁶⁴

Der BGH hielt es demnach für möglich, dass die Künstlerin dadurch, dass ihr Publikum sie mit Produkten in Verbindung bringt, die für Alter und Gebrechlichkeit stehen, die Möglichkeit künstlerischer Betätigung verlieren könnte. Obwohl dies für sie auch materiell von Bedeutung sein musste, scheiterte ein Schadensersatzanspruch daran, dass der BGB von ihr verlangte, darzulegen, dass ihr bestimmte Einnahmen „wahrscheinlich“ entgangen waren:

„Es genügt nicht, dass allgemein dargelegt ist, Maßnahmen, wie sie die Beklagte durchgeführt habe, führten dazu, dass das Entgelt, welches ein Künstler für seine Leistungen erhalte, sich mindere. Zwar ist nach § 252 S. 2 eine abstrakte Feststellung des entgangenen Gewinns, wie er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erwartet werden konnte, möglich. Aber bei der Art der hier angeblich vorliegenden Gewinnminderung, die sich auch dem Grunde nach nicht schon ohne weiteres aus der Verletzung des Persönlichkeitsrechts ergibt, ist die Angabe ganz bestimmter Tatsachen unerlässlich, die darauf schließen lassen, dass die Klägerin ohne die von der Beklagten begangene Rechtsverletzung entweder nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder aber nach den besonderen Umständen des Falles höhere Einnahmen erzielt haben würde, als es tatsächlich der Fall gewesen ist. Da § 252 S. 2 BGB eine Beweiserleichterung schafft (...), genügt es, dass sich aus den festgestellten Tatsachen der Schluss ziehen lässt, die Klägerin hätte, wenn die Beklagte sich rechtmäßig verhalten hätte, wahrscheinlich höhere Einkünfte gehabt. Es fehlt insoweit aber schon an einem hinreichend substantiierten Vortrag der Klägerin.“²⁶⁵

cc) Niedrigere Anforderungen im Marken- und Wettbewerbsrecht?

Oben 3. b) wurde auf die Rechtsprechung zu der Frage eingegangen, ob auch beim Fehlen konkreter Anhaltspunkte für die Schadenshöhe ein Mindestschaden geschätzt werden kann. Im Patentrecht lehnte der BGH dies in einer Entscheidung von 1962 ab:

²⁶⁴ BGHZ 30, 7, 12 („Caterina Valente“).

²⁶⁵ BGHZ 30, 7, 16. Dagegen ließ sich das OLG München NJW 1988, 915 („Nackt im Englischen Garten II“) davon überzeugen, dass dem Kläger durch die ungenehmigte Veröffentlichung seines Bildes eine Beförderung versagt worden war.

„Die Revision verkennt, dass auch eine Schätzung nach § 287 ZPO nur möglich ist, wenn irgendwelche tatsächlichen Grundlagen vorhanden sind, die eine wenigstens im Groben zutreffende Schätzung ermöglichen. Sind Unterlagen für die Schätzung überhaupt nicht vorhanden und auch nicht mehr zu beschaffen, so muss sich der Verletzte damit abfinden, dass sein möglicherweise rechtlich bestehender Schadensersatzanspruch – wie es auch in anderen Fällen sein kann – an der tatsächlichen Unmöglichkeit des Beweises, und zwar eben auch des nach § 287 ZPO erleichterten Beweises, scheitert.“²⁶⁶

Dagegen sind die Anforderungen im Wettbewerbs- und Markenrecht unter Umständen geringer. Zwar darf das Gericht auch hier bei der Schadensschätzung nicht einfach Annahmen zu Gunsten des Klägers unterstellen.²⁶⁷ Es gibt jedoch sowohl zu § 287 allgemein als auch zum Wettbewerbsrecht Entscheidungen, wonach der Tatrichter verpflichtet ist, wegen der hier besonders großen Beweisschwierigkeiten des Verletzten einen Mindestschaden zu schätzen, sofern nur feststeht, dass dem Verletzten überhaupt irgendein Schaden entstanden ist. Bereits 1880 entschied das Reichsgericht in einem Markenverletzungsfall:

„Der Gesetzgeber geht davon aus, dass betreffs der Frage, ob und welcher Schade durch eine widerrechtliche Handlung entstanden sei, in den meisten Fällen ein strenger und vollständiger Beweis absolut unmöglich sei, also in ganz ungerechtfertigter Weise derjenige, welcher widerrechtlich handelte, begünstigt und derjenige, dessen Rechte verletzt wurden, benachteiligt würde, wollte man einen solchen Beweis verlangen. Er giebt daher dem richterlichen Ermessen den weitesten Spielraum; es soll genügen, dass der Richter in Fällen, wo eine genauere Ermittlung nicht möglich ist, nur im allgemeinen die Überzeugung gewinnt, es müsse ein Schade aus der widerrechtlichen Handlung entstanden sein, und dass er diesen Schaden nach freiem Ermessen schätzt, wobei selbstverständlich, wo bestimmte Anhaltspunkte fehlen, dasjenige Maß zu greifen ist, welches der Sachlage nach mindestens gerechtfertigt erscheint.“²⁶⁸

²⁶⁶ BGH GRUR 1962, 509, 513 („Dia-Rähmchen II“). Die Entscheidung betraf die Herausgabe des Verletzergewinns, wird aber an dieser Stelle erwähnt, weil die Formulierung die Anwendung des § 287 allgemein umfasst.

²⁶⁷ BGH GRUR 1982, 489, 490 („Korrekturflüssigkeit“): Das Gericht ist zwar nicht verpflichtet, jede einzelne Tatsache, auf die sich die Schätzung stützt, anzugeben; soweit der Schätzung jedoch bestimmte Tatsachen zu Grunde gelegt werden, müssen diese in rechtlich einwandfreier Weise festgestellt sein. Ebenso BGH GRUR 1997, 741 („Chinaherde“).

²⁶⁸ RGZ 6, 356, 357 (zu § 260 CPO).

Der BGH erklärte in einer Entscheidung zum Wettbewerbsrecht 1993 Ähnliches:

„(...) [I]n einem Fall der vorliegenden Art [sind] an die Voraussetzungen für eine Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO, insbesondere auch an Art und Umfang der vom Geschädigten beizubringenden Schätzungsgrundlagen, nur geringe Anforderungen zu stellen. (...). (...) Steht – wie hier auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung – fest, dass der Schaden (...) jedenfalls zu einem Teil durch die unlautere Nachahmung verursacht worden ist und lässt dieser Teil sich aus Gründen, die nicht im Verantwortungsbereich des Geschädigten, sondern in der Natur der Sache liegen, nicht verlässlich bestimmen, so darf – was der BGH im Anschluss an das RG (...) außerhalb des Wettbewerbsrechts bereits wiederholt entschieden hat (...) und für die Ermittlung eines wettbewerbsrechtlichen Schadens gleichermaßen und im Hinblick auf die hier regelmäßig in der Natur der Sache liegenden großen Beweisschwierigkeiten sogar in besonderem Maße gelten muss – das Gericht dies nicht in vollem Maße zu Lasten des Geschädigten gehen lassen; vielmehr hat es im Wege der Schätzung jedenfalls einen Mindestschaden zu ermitteln (...), sofern nicht ausnahmsweise auch für dessen Schätzung jeglicher Anhaltspunkt fehlt.“²⁶⁹

Der letzte Teil des letzten Satzes schränkt die scheinbar weit reichende Bedeutung der vorhergehenden Ausführungen allerdings wieder ein. Außerdem hat der BGH in einer weiteren wettbewerbsrechtlichen Entscheidung erklärt, § 252 S. 2 BGB erspare es dem Verletzten nicht, eine tatsächliche Grundlage vorzulegen, die eine Schätzung des entgangenen Gewinns möglich macht.²⁷⁰ So besteht über die zu stellenden Anforderungen letztlich keine Klarheit. Allenfalls ist deutlich, dass weitere Erleichterungen gewährt werden können, sofern der Kläger zumindest alle ihm verfügbaren Informationen vorgelegt hat. Nach Ansicht des ehemaligen BGH-Richters *Teplitzky* ist das Gericht im Wettbewerbsrecht verpflichtet, den Schaden zu schätzen, sofern nur die Verletzungshandlung feststeht „und auch nur irgendwelche, nach den Regeln des § 287 ZPO großzügig anzunehmende Umstände dafür [sprechen], dass sie eine Schadensfolge für den Betroffenen hat, [...] und zwar notfalls einen Teil- oder Mindestschaden, aber u. U. auch bei Fehlen näherer Anhaltspunkte nicht nur den denkbar geringsten, sondern einen „mittleren“ Schaden“²⁷¹.

²⁶⁹ BGH GRUR 1993, 55, 59 („Tchibo-Rolax II“), wiederum im Zusammenhang mit der Herausgabe des Verletzergewinns, aber wiederum unter Anwendung so weit gefasster Termini, dass man dies als Aussage zu §§ 287 ZPO, 252 S. 2 BGB im Allgemeinen auffassen muss.

²⁷⁰ BGHZ 122, 262 („Kollektion Holiday“).

²⁷¹ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, Kap. 52 Rn. 35ff.

b) Vom entgangenen Umsatz abzuziehende Kosten des Verletzten

Wenn der hypothetische Erlös des Verletzten ermittelt ist, stellt sich die Frage, welcher Teil davon der ihm entgangene „Gewinn“ ist. Unter „Gewinn“ wird die Differenz zwischen Einnahmen (Roherlös, Bruttoerlös, Umsatz) und den zur Erzielung der Einnahmen aufzuwendenden Kosten verstanden.²⁷² Die Berechnung des entgangenen Gewinns erfordert daher eine Entscheidung der Frage, welche Kosten den Produkten, die der Verletzte mutmaßlich ohne die Verletzungshandlung zusätzlich verkauft hätte, zuzurechnen sind. Diese müssen von den hypothetischen Erlösen abgezogen werden, soweit der Verletzte die darauf entfallenden hypothetischen Kosten erspart hat. Hat er die Kosten vollständig erspart, steht ihm ausschließlich der hypothetische Reingewinn zu; hatte er jedoch bereits Kosten aufgewendet, die durch die schadensersatzauslösende Handlung frustriert werden und sich ohne diese rentiert hätten, müssen diese Kosten zusätzlich zum entgangenen Reingewinn ersetzt werden.²⁷³

Ein Problem ergibt sich daraus, dass für eine Produktion regelmäßig nicht nur Kosten aufgewendet werden müssen, die dem jeweiligen Produkt direkt zugerechnet werden können (Stückkosten), sondern auch Kosten, die sich nicht eindeutig bestimmten Produktionen zuordnen lassen (Gemeinkosten). Will man alle Kosten des Betriebs anteilig den Produkten zurechnen (Vollkostenrechnung), werden sämtliche Kosten des Betriebs anteilig sämtlichen von dem Unternehmen angebotenen Produkten oder Dienstleistungen zugeordnet. Auch der Produktmenge, die der Verletzte bei Unterbleiben der Verletzung mutmaßlich zusätzlich abgesetzt hätte, wäre demnach ein Anteil an sämtlichen Gemeinkosten zuzuweisen. Es gibt jedoch keine perfekte Methode, Gemeinkosten anteilig Produkten zuzurechnen, Dies erfordert die Verteilung der Kosten auf die Produkte anhand von gedanklichen Hilfskonstruktionen, von Schlüsselgrößen. Selbst bei Wahl plausibel erscheinender Schlüsselgrößen ist durchaus nicht sicher, dass damit eine verursachungsgerechte Kostenverteilung gefunden wird.²⁷⁴ Daher gilt es in der Be-

²⁷² BGH GRUR 1962, 509, 512 („Dia-Rähmchen II“); BGH GRUR 1974, 53 („Nebelscheinwerfer“; Materialgemeinkosten müssen nicht aufgeschlüsselt werden, wenn ohnehin nur Schätzung möglich). S. auch BGHZ 107, 67, 69; dort ist vom Vergleich zwischen „Vertragspreis“ und „Herstellungspreis“ die Rede, da es bei der Entscheidung um Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrags durch Nichtabnahme der verkauften Sache gemäß § 326 BGB a. F. ging.

²⁷³ Ein anschauliches Beispiel hierfür ist BGH BB 1997, 1967: Durch ein Versehen eines Tierarzts waren Schweine einige Zeit vor der Schlachtreife verwendet. Außer dem hypothetischen Reingewinn, den der Landwirt bei dem Verkauf der schlachtreifen Tiere erzielt hätte, waren die von ihm bis zum Verenden der Tiere bereits aufgewendeten Kosten für ihre Fütterung, Pflege etc. zu ersetzen.

²⁷⁴ Fandel/Heuft/Paff/Pitz, Kostenrechnung, 1999, 2.2.5, S. 29.

triebswirtschaftslehre als unmöglich, Gemeinkosten so den Produkten zuzurechnen, dass dabei das Verursachungsprinzip eingehalten wird.²⁷⁵

Neuere betriebswirtschaftliche Kostenrechnungsmethoden verfolgen daher einen anderen Ansatz.²⁷⁶ Statt alle Kosten anteilig auf die Produkte zu verteilen (Vollkostenrechnung) wird nur noch ein Teil der Kosten berücksichtigt. Zunächst wird berechnet, wie hoch die von der Ausbringungsmenge abhängigen (variablen) Kosten einer Einheit einer Produktart sind. Die Differenz zwischen dem (Stück-)Erlös und den variablen (Stück-)Kosten ist der Beitrag, den eine Einheit des Produkts zur Deckung der Fixkosten leistet (absoluter Deckungsbeitrag). Bei der einstufigen Deckungsbeitragsrechnung werden die Fixkosten gar nicht berücksichtigt. Bei der mehrstufigen Deckungsbeitragsrechnung werden die Fixkosten einer Produktionsstufe – einer Produktart, dann Produktgruppen, Kostenstellen, Abteilungen und schließlich dem Gesamtunternehmen – zugeordnet, je nachdem, welcher Stufe sie zugeordnet werden können, ohne dass eine Schlüsselung notwendig ist. So kann berechnet werden, welche Produktionsstufe welchen Deckungsbeitrag erbringt. Eine weitere Form der Deckungsbeitragsrechnung ist strikt entscheidungsorientiert. Sie rechnet einem Bezugsobjekt (z. B. einer Produktart) als „Einzelkosten“ all jene Kosten zu, die durch die Entscheidung entstehen, sie zu produzieren. Dabei kann es sich auch um fixe Kosten handeln, wenn nämlich die vorhandenen Kapazitäten für die zusätzliche Produktion nicht ausreichen. Da hierbei die Begriffe Einzelkosten und Deckungsbeitrag relativiert werden, spricht man von relativer Einzelkosten- und Deckungsbeitragsrechnung. Sie ist ein Instrument für die Planung kurzfristiger Entscheidungen.

1980 forderte ein Pharmaunternehmen in einem Patentverletzungsverfahren („Tolbutamid“) zusätzlich zu einem behaupteten Reingewinn von 10% des Umsatzes die Berücksichtigung eines Deckungsbeitrags in Höhe von 26%. Der BGH wies dies zurück:

„Es kann zwar als zutreffend angesehen werden, dass die der pharmazeutischen Industrie entstehenden hohen Forschungs- und Entwicklungskosten durch den Verkauf wirtschaftlich erfolgreicher Medikamente verdient werden, zu denen im Einzelfall umsatzstarke Medikamente zählen können. Daraus lässt sich

²⁷⁵ Fandel/Heuft/Paff/Pitz, Kostenrechnung, 1999, 2.4, S. 35; Lehmann BB 1988, 1680.

²⁷⁶ Dazu Fandel/Heuft/Paff/Pitz, Kostenrechnung, 1999, Kapitel 5, S. 236ff.

jedoch nicht mehr schließen, als daß der Klägerin durch die Verletzungshandlungen überhaupt, das heißt dem Grunde nach, wahrscheinlich ein Schaden entstanden ist, nicht jedoch, daß dieser sich auf irgendeinen der Höhe nach auch nur annähernd zuverlässig bestimmbar Betrag oder Anteil am Umsatzerlös beläuft (...).²⁷⁷

Insbesondere sei inakzeptabel, dass die Klägerin den Gewinn und den Deckungsbeitrag bezogen auf sämtliche Produkte des Pharmabereichs berechnet habe und es abgelehnt habe, eine produktbezogene Kalkulation vorzulegen, die die Erlöse und produktbezogenen Kosten ausweise.²⁷⁸ Darum lässt sich den zitierten Ausführungen nicht eindeutig entnehmen, ob der BGH sich lediglich weigerte, den – als grundsätzlich ersatzfähig anerkannten – Deckungsbeitrag zu schätzen, weil die Klägerin ihn bereichsbezogen statt wie gefordert produktbezogen angegeben hatte, oder ob der BGH die „auch nur annähernd zuverlässige“ Bestimmung eines Deckungskostenbeitrages stets für unmöglich hielt.

In seiner Anmerkung zu der „Tolbutamid“-Entscheidung meinte *Barth*, dass ein produktbezogener Kostenbeitrag bei der Berechnung des Schadens durchaus berücksichtigt werden sollte, hielt es aber auch für unbillig, wenn ein einzelnes, besonders starkes Produkt überproportional mit Deckungskosten belastet würde und der Verletzer dann über den Deckungsbeitrag die schwächeren Produkte des Verletzten mit subventionieren müsste.²⁷⁹

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1989, die keine Verletzung „geistigen Eigentums“ betraf, sondern einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung eines Vertrags aus § 326 BGB a. F. (Berechnung entgangenen Gewinns bei der vertragswidrigen Nichtabnahme von Bier), wandte der BGH dagegen eine entscheidungsorientierte Kostenrechnungsmethode an. Er lehnte die vom Berufungsgericht vorgenommene anteilige Umlegung der Fixkosten auf den dem Geschädigten entgangenen Umsatz als rechtsfehlerhaft ab:

„Das Berufungsgericht erkennt zwar zutreffend, dass auch die fixen Kosten Gegenstand der Preiskalkulation des Herstellers/Verkäufers sein müssen. Es übersieht aber, dass die Klägerin durch den Schadensersatz wegen Nicht-

²⁷⁷ BGHZ 77, 16, 20 („Tolbutamid“).

²⁷⁸ BGHZ 77, 16, 22 („Tolbutamid“).

²⁷⁹ Barth GRUR 1980, 844, 845, a. A. Lehmann BB 1988, 1680, 1687.

erfüllung so zu stellen ist, wie sie bei ordnungsgemäßer Erfüllung durch den Beklagten gestanden hätte, und dass in diesem Fall die fixen Kosten jedenfalls dann nicht höher gewesen wären als bei der unterbliebenen Abnahme, wenn der klagenden Brauerei ausreichende Produktionskapazitäten zur Verfügung standen, um ohne Investitionen im Bereich der fixen Kosten außer ihrer weiteren Kundschaft auch noch den vertragsgemäßen Bezug durch den Beklagten mit befriedigen zu können.²⁸⁰

Es seien folglich nur solche Fixkosten von dem hypothetischen Erlös der zusätzlichen Menge abzusetzen, die gerade durch deren Produktion zusätzlich entstanden wären.

Eine Entscheidung, in der die relative Deckungsbeitragsrechnung bei der Berechnung des entgangenen Gewinns bei deliktischen und speziell bei Klagen wegen der Verletzung „geistigen Eigentums“ angewandt worden wäre, liegt, soweit für mich ersichtlich, nicht vor. Es spricht jedoch alles dafür, dass § 252 BGB insoweit nicht für vertragliche und deliktische Schadensersatzansprüche unterschiedlich ausgelegt werden kann. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass der Anspruchsteller bei deliktischen Schadensersatzklagen nicht so zu stellen ist, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung eines streitgegenständlichen Vertrages durch den Beklagten gestanden hätte, sondern so, wie er gestanden hätte, wenn der Beklagte die Rechtsverletzung unterlassen hätte. Demnach sind Kosten des Verletzten bei der Berechnung des entgangenen Gewinns nach der heutigen Rechtsprechung nur zu berücksichtigen, soweit sie sich gerade durch die Herstellung und den Vertrieb der Menge, die der Verletzte bei Unterbleiben der Verletzung zusätzlich produziert und vermarktet hätte, erhöht hätten. Dafür spricht auch, dass der BGH 2001 in einer Entscheidung zur Herausgabe des Verletzergewinns, bei dessen Berechnung das gleiche Problem spiegelbildlich auftritt, erklärte, dass nur die variablen Kosten vom Verletzergewinn abzuziehen seien.²⁸¹

Die Anwendung der relativen Beitragsdeckungsrechnung dürfte zu einer Erleichterung der Substanziierungslast des Verletzten führen. Er muss nun nur noch zu seinem hypothetischen Erlös und den variablen Kosten der Menge, die er zusätzlich abgesetzt hätte, vortragen. Die Beweislast dafür, dass sich seine fixen

²⁸⁰ BGHZ 107, 67, 69; bestätigt durch die Entscheidung BGH NJW 2001, 985, die ebenfalls einen vertraglichen Schadensersatzanspruch betrifft.

²⁸¹ Dazu unten C. II. 3. c) cc) (2).

Kosten bei der Produktion der zusätzlichen Menge erhöht hätten, so dass auch diese von dem Erlös abzuziehen sind, trifft den zur Leistung von Schadensersatz Verpflichteten.²⁸²

c) **Kein Vorteilsausgleich**

Eine Vorteilsausgleichung findet nicht statt. Insbesondere ist der Verletzer eines urheberrechtlich geschützten Werkes mit dem Einwand ausgeschlossen, die Verletzungshandlung habe den Bekanntheitsgrad der Schöpfung des Verletzten erhöht und so die Verbreitung auch der legalen Kopien gefördert und somit einen Vorteil des Verletzten verursacht.²⁸³ Diese Überlegung wurde im Rahmen der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ entwickelt (dazu nachfolgend 2.), sie gilt jedoch heute für alle Schadensberechnungsarten, nachdem anerkannt ist, dass die Frage der Berücksichtigung einer Vorteilsausgleichung stets von einer wertenden Betrachtung abhängig zu machen ist.

Zu berücksichtigen sind dagegen eventuelle Steuervorteile des Verletzten, insbesondere der Umstand, dass der hypothetische zusätzliche Umsatz umsatzsteuerpflichtig gewesen wäre, die Schadensersatzzahlung dagegen nicht.²⁸⁴

2. **„Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“**

Als Alternative zu der Feststellung, welchen Gewinn der Inhaber eines verletzten Rechts zusätzlich hätte machen können, wenn die Verletzung nicht begangen worden wäre, hat sich die Festsetzung eines angemessenen Entgelts für die unbefugte Nutzung etabliert. Die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ hat überragende praktische Bedeutung, da die Festsetzung der Anspruchshöhe dabei nicht die Durchleuchtung komplexer betrieblicher Abläufe und die Analyse der Kostensituation einer Partei erfordert, so dass diese Berechnungsmethode daher von den Klägern häufig bevorzugt wird.²⁸⁵

²⁸² BGHZ 107, 67, 69f.

²⁸³ RGZ 35, 63 („Musikautomat Ariston“).

²⁸⁴ BGH BB 1987, 715; Benkard-Rogge § 139 Rn. 62 a. E.

²⁸⁵ Vgl. nur Möhring/Nicolini-Lütje, § 97 Rn. 161f.

a) Historische Entwicklung des Anwendungsbereichs

Die dogmatische Begründung des Anspruchs auf angemessene Vergütung ist nicht abschließend geklärt. Nachfolgend wird nachgezeichnet, wie er entwickelt und allmählich auf immer mehr Rechte ausgeweitet wurde und wie sich dabei die dogmatische Begründung änderte.

aa) Entstehung des Konzepts im Urheber- und Patentrecht

Anspruch auf ein vom Gericht nachträglich festgesetztes Entgelt für die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung wurde erstmals vom Reichsgericht noch vor Inkrafttreten des BGB in der Entscheidung „Musikautomat Ariston“ zum Urheberrecht gewährt. Der Hersteller des Ariston hatte Kompositionen des Klägers ohne dessen Einverständnis für Notenscheiben für den Ariston verwendet. Dadurch waren die Kompositionen des Klägers überhaupt erst bekannt geworden, wodurch sich die Zahl derjenigen, die seine Noten rechtmäßig erwarben, erhöhte. Das Berufungsgericht nahm daher an, der Kläger habe durch die Urheberrechtsverletzung gar keinen Schaden erlitten. Dagegen setzte das Reichsgericht folgende Überlegung:

„[L]ässt der Kläger, wie er es als Berechtigter kann, gelten, dass seine Kompositionen auch für die Notenblätter des Ariston verwertet sind, sieht er aber als rechtswidrig das Moment allein an, dass die Beklagte ohne seine Genehmigung die Kompositionen benutzt und die Notenblätter mit den auf sie übertragenen Kompositionen verwertet hat, so darf er Ersatz des Schadens fordern, welcher ihm daraus erwachsen ist, dass die Beklagte die Notenblätter ohne seine Genehmigung hergestellt und vertrieben hat, also das, was er, wenn die Beklagte mit seiner Genehmigung die Kompositionen benutzt und die Notenblätter mit den auf sie übertragenen Kompositionen verwertet hätte, gehabt haben würde und nun nicht hat. Lässt sich annehmen, dass, wenn die Beklagte die Genehmigung nachgesucht hätte, der Kläger bereit gewesen wäre, die Genehmigung zu erteilen, und zwar für eine Lizenzgebühr, so hat der Kläger Anspruch auf die Lizenzgebühr in der Höhe, wie sie voraussichtlich die Beklagte bewilligt haben würde, wenn sie nicht rechtswidrig verfahren wäre. Das ist eben sein Schadensersatz.“²⁸⁶

²⁸⁶ RGZ 35, 63 67f. („Musikautomat Ariston“ – Urheberrecht).

Die Vorteilsausgleichung lehnte es ab:

„Denn die indirekten Vorteile, welche der Kläger nach der tatsächlichen Annahme des Berufungsgerichts dadurch gehabt hat, dass die Beklagte ihre Notenblätter mit den Melodien des Klägers vertrieben hat, würde er auch gehabt haben, wenn die Beklagte die Notenblätter nicht rechtswidrig, sondern mit Genehmigung des Klägers unter Zahlung einer Lizenzgebühr vertrieben hätte.“²⁸⁷

Dem Urheber wurde demnach die Möglichkeit eingeräumt, zu bestimmen, ob er als das schädigende Ereignis den Umstand ansah, dass der Beklagte überhaupt die urheberrechtlich geschützten Noten benutzt hatte, oder den Umstand, dass der Beklagte es unterlassen hatte, seine Erlaubnis für die Verwertung der Melodien einzuholen (die der Urheber nur gegen Entgelt erteilt hätte). Abgesehen von der Gewährung Wahlmöglichkeit will sich das Reichsgericht auf dem Boden der Differenztheorie bewegen. Indem es das angemessene Entgelt als entgangenen Gewinn des Verletzten ansieht, sofern es im konkreten Fall wahrscheinlich ist, dass der Kläger auf Befragen die streitgegenständliche Handlung gegen Entgelt erlaubt hätte, gewährt es ihm eine Beweiserleichterung ähnlich der 2. Alternative des heutigen § 252 S. 2 BGB, 2. Alt.

Später wurde der Anspruch auf eine Lizenzgebühr dagegen mit der Billigkeitserwägung begründet, dass jemand, der ein fremdes Recht verletzt, nicht besser stehen dürfe als jemand, der redlich handelt und die entgeltliche Genehmigung des Verletzers einholt. Der Verletzer müsse sich daher ebenso behandeln lassen wie ein redlicher Lizenznehmer und mindestens den Betrag zahlen, den er bei redlichem Verhalten als Lizenzgebühr hätte zahlen müssen.²⁸⁸

bb) Erweiterung des Konzepts auf alle Ausschließlichkeitsrechte

In der „*Paul Dahlke*“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1956 wurde erstmals einem Kläger Schadensersatz wegen Verletzung seiner materiellen

²⁸⁷ RGZ 35, 63, 69f. („Musikautomat Ariston“).

²⁸⁸ RGZ 156, 65, 69 („Scheidenspiegel“; Patentrecht).

Interessen durch eine Persönlichkeitsrechtsverletzung zuerkannt. Für die vom Kläger nicht genehmigte Nutzung seines Fotos zu Werbezwecken erhielt er als Schadensersatz ein angemessenes Entgelt. Der BGH erkannte dem Persönlichkeitsrecht damit nicht nur vermögensrechtliche Qualitäten zu, sondern erweiterte zugleich die Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr auf andere „Ausschließlichkeitsrechte“:

„Für die Möglichkeit einer Schadensberechnung nach der angemessenen Vergütung, die im Falle eines Vertragsabschlusses zu den üblichen Bedingungen zu zahlen gewesen wäre, spricht bei Verletzungen von Ausschließlichkeitsrechten ein praktisches Bedürfnis und die Billigkeitserwägung, dass niemand durch den unerlaubten Eingriff in solche Rechte besser gestellt werden soll als er im Fall einer ordnungsgemäß erteilten Erlaubnis durch den Rechtsinhaber gestanden hätte. Dieser für die Schadensliquidation aus Urheber- und Patentverletzungen vom Reichsgericht entwickelte Grundsatz, dem gewohnheitsrechtlicher Rang zukommt (...), entspricht der Interessenlage bei allen Eingriffen in Ausschließlichkeitsrechte, die üblicherweise nur gegen Entgelt gestattet werden; denn nach den auf Grund des Sachverständigengutachtens getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts gestatten bekannte Künstler derartige Veröffentlichungen zu- meist nur gegen eine nicht unerhebliche Vergütung. Es handelt sich somit um einen unzulässigen Eingriff in ein fremdes, vermögenswertes Ausschließlichkeitsrecht, für dessen Ausgleich die gleichen Billigkeitserwägungen zum Tragen kommen, die die Rechtsprechung bei Verletzungen von Urheber- und Patentrechten zur Anerkennung einer Schadensberechnung nach der entgangenen Vergütung geführt haben.“²⁸⁹

Der BGH begründet den Anspruch auf die Lizenzgebühr mit dem „Billigkeits“-Argument und erkennt ihm den Rang von Gewohnheitsrecht zu. Die Rechtfertigung für die Ausdehnung dieser Rechtsprechung sieht der BGH darin, dass bei allen Eingriffen in Ausschließlichkeitsrechte, die üblicherweise nur gegen Entgelt gestattet werden, die Interessenlage mit der im Urheber- und Patentrecht, für das der Anspruch ursprünglich entwickelt wurde, vergleichbar sei.

Die *Paul-Dahlke*-Entscheidung schuf folglich einen Anspruch auf angemessenes Entgelt für Verletzungen eines Rechts,

²⁸⁹ BGHZ 20, 345, 353 („Paul Dahlke“).

- zu dessen Inhalt es gehört, dass der Inhaber jeden anderen von jeder Einwirkung auf das Recht ausschließen kann,
- durch einen Eingriff, der üblicherweise nur gegen Entgelt gestattet wird,
- für dessen Ausgleich die Erwägung zum Tragen kommt, dass es unbillig wäre, wenn der Verletzer nicht das gleiche Entgelt bezahlen müsste wie ein rechtmäßiger Lizenznehmer.

Die zweite Voraussetzung bejahte der BGH in der *Paul Dahlke*-Entscheidung mit der Begründung, es sei für bekannte Künstler möglich und üblich, eine nicht unerhebliche Vergütung für die Nutzung ihres Rechts am eigenen Bild zu Werbezwecken zu verlangen. Ein Anspruch auf angemessenes Entgelt setzt demnach voraus, dass das verwendete Persönlichkeitsmerkmal schon vor der Verletzung kommerzialisierbar war und einen Marktwert hatte.²⁹⁰

In der *Caterina Valente*-Entscheidung²⁹¹ lehnte der BGH es ab, in diesem Fall den Schaden an Hand der üblichen Lizenzgebühr zu bemessen,

„weil das Berufungsgericht festgestellt hat, die Klägerin ziehe den Einsatz ihres Namens – richtiger: ihrer Person – für Zwecke der Werbung nicht in Erwägung. In dieser Hinsicht hat sie also nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Veranstaltungen und Vorkehrungen, keinen Gewinn zu erwarten.“²⁹²

Demnach muss bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten zusätzlich gemäß § 252 S. 2 BGB mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen sein, dass der Kläger, hätte man ihn um eine Genehmigung der fraglichen Handlung gebeten, diese Genehmigung gegen Entgelt erteilt hätte. Von dieser Rechtsprechung sind nur vereinzelt einmal Instanzgerichte abgewichen²⁹³; der BGH dagegen hat in der Folgezeit für Persönlichkeitsrechte daran festgehalten. Wie der nachfolgende Abschnitt dd) zeigen wird, hat er im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes dagegen den Rahmen des § 252 S. 2 BGB gesprengt.

²⁹⁰ Bötticher AcP 158 (1959/69), 385; Götting, S. 51.

²⁹¹ Dazu bereits oben C. II. 1. a) bb).

²⁹² BGHZ 30, 7 („Caterina Valente“); bestätigt durch BGHZ 35, 363, 366 („Ginseng“).

²⁹³ OLG Frankfurt NJW 1966, 254 („Ein Engel in der Leitung“).

cc) Ausklammerung von Nichtvermögensschäden

Kurz darauf schuf der BGH in der „Herrenreiter“-Entscheidung einen auf eine andere Grundlage gestützten Entschädigungsanspruch für Persönlichkeitsrechtsverletzungen. In dieser Entscheidung ging es darum, dass das Bild eines Unternehmers ohne seine Genehmigung in einer Werbeanzeige für ein Potenzstärkungsmittel benutzt worden war – eine Nutzung, die der Betroffene als ehrenrührig empfand. Der BGH lehnte es ab, Schadensersatz in Form einer angemessenen Lizenzgebühr zu gewähren, da das vom Kläger in derartigen Fällen geltend gemachte Interesse gar kein vermögenswertes sei, sondern ein immaterielles:

„In Wahrheit verlangt [der Kläger] nicht Ersatz eines gar nicht vorhandenen Vermögensschadens, sondern begehrt eine fühlbare Genugtuung für einen widerrechtlichen Eingriff in seine durch § 22 KunstUrhG, Art. 1 und 2 Grundgesetz geschützte Persönlichkeitssphäre. [Die Schadensberechnung durch Gewährung eines angemessenen Entgelts] kommt nur in Betracht, wenn davon ausgegangen werden kann, dass ein Vermögensschaden irgendwelcher Art zugefügt worden ist und nur der oftmals schwierige Nachweis der Höhe dieses Schadens erleichtert werden soll. Sie versagt, wenn eine Beeinträchtigung vermögensrechtlicher Belange überhaupt nicht in Frage steht. Sie versagt im vorliegenden Fall auch deswegen, weil sie dem Kläger ein Verhalten unterstellen müsste, das er (...) als kränkend und als erneute Persönlichkeitsminderung empfinden müsste. Sie müsste unterstellen, dass der Kläger sich für viel Geld doch freiwillig in die unwürdige Lage gebracht hätte, gegen die er sich nun wehrt.“²⁹⁴

Zwei Gründe werden für die Notwendigkeit angeführt, einen richterrechtlichen Anspruch auf Ersatz eines Nichtvermögensschadens durch Persönlichkeitsrechtsverletzungen zu entwickeln: Erstens mache der Kläger gar kein vermögenswertes Interesse geltend, sondern ein immaterielles. Zweitens würde die Gewährung eines Anspruchs auf angemessenes Entgelt die Interessen des Klägers verletzen, weil ihm hierfür unterstellt werden müsste, dass er sich für viel Geld eben doch für die von ihm als ehrenrührig empfundene Reklame hergegeben hätte. Die beiden Argumente betreffen zwei unterschiedliche Gesichtspunkte: Zum einen geht es darum, wie bei Persönlichkeitsverletzungen Vermögensschäden von Nichtver-

²⁹⁴ BGHZ 26, 349, 353 („Herrenreiter“).

mögensschäden abzugrenzen sind. Zum anderen stellt sich die Frage danach, ob der Anspruch auf die Lizenzgebühr im Rahmen von § 252 S. 2 BGB gewährt wird oder außerhalb der allgemeinen Vorschriften. Das zweite Argument des BGH ergibt nur Sinn, wenn der Anspruch auf die Lizenzgebühr keine Abweichung von § 252 S. 2 BGB darstellt und daher – wie in der „Ariston“-Entscheidung des Reichsgerichts – verlangt wird, dass es möglich sein muss, „anzunehmen, dass, wenn die Beklagte die Genehmigung nachgesucht hätte, der Kläger bereit gewesen wäre, die Genehmigung zu erteilen, und zwar für eine Lizenzgebühr...“²⁹⁵.

dd) Einbeziehung von Warenzeichen, Firmenrechten und dem ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz

Die Möglichkeit, als Schadensersatz ein angemessenes Entgelt für eine rechtswidrige Handlung zu liquidieren, wurde ab ca. 1960 allmählich auf das Markenrecht und Teile des Lauterkeitsrechts ausgedehnt. Die Ausweitung der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ auf diese Bereiche erforderte eine Lockerung der in der „Paul Dahlke“-Entscheidung²⁹⁶ definierten Voraussetzungen, wonach die angemessene Lizenzgebühr bei Eingriffen in ein vermögenswertes Ausschließlichkeitsrecht gefordert werden kann, die üblicherweise nur gegen Entgelt gestattet werden. Denn das UWG schützt Individualinteressen nach herrschender Meinung nur reflexartig, so dass Rechtspositionen Einzelner, die dadurch geschützt werden, gerade nicht den Charakter eines „Ausschließlichkeitsrechts“ haben.²⁹⁷ Auch das Warenzeichen galt früher nicht als vollwertiges gewerbliches Schutzrecht, da es nicht übertragbar war und die Zulässigkeit dinglicher Warenzeichenlizenzen umstritten war. Außerdem waren zumindest nicht alle Arten von Eingriffen zugleich solche Nutzungen der fraglichen Rechtspositionen, die von deren Inhabern üblicherweise gegen Entgelt gestattet zu werden pflegten.

Die Ausdehnung der Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie auf die sklavische Nachahmung²⁹⁸ (1971), die Übernahme von Modeneuheiten in der laufenden Saison²⁹⁹ (1973) und die unredliche Verwertung fremder Betriebs-

²⁹⁵ RGZ 35, 63, 69f. – S. o. C. II. 2. a) aa).

²⁹⁶ Dazu oben C. II. 2. a) bb).

²⁹⁷ S. o. A. I. 2.

²⁹⁸ BGHZ 57, 116 („Wandsteckdose II“).

²⁹⁹ BGHZ 60, 168, 173 („Modeneuheit“); s. zur Modeneuheiten-Rechtsprechung allgemein o. A. I. 2.

geheimnisse³⁰⁰ (1977) rechtfertigte der BGH, indem er darauf hinwies, dass die Interessenlage der Berechtigten hier die gleiche sei wie die von Inhabern eines gewerblichen Schutzrechts oder urheberrechtlich geschützten Rechts: Ebenso wie diese hätten die Berechtigten es schwerer als Eigentümer einer Sache, sich gegen Eingriffe zu schützen, die Rechtspositionen seien dem entsprechend leichter verletzbar und den Berechtigten falle der Nachweis eines Schadens besonders schwer. Zugleich sei die entgeltliche Gestattung von Eingriffen in solche Positionen üblich und von der Rechtsordnung anerkannt. Die fehlende formale Rechtsqualität der fraglichen Positionen falle demgegenüber nicht ins Gewicht.

In der Entscheidung, durch die der BGH die Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr auch bei der Verletzung von Warenzeichenrechten zuließ³⁰¹, hatte er sich mit dem Einwand auseinanderzusetzen, der Verletzte hätte die Lizenz weder einräumen wollen noch die rechtliche Möglichkeit dazu gehabt, da die Benutzung des Zeichens durch die Beklagte zu einer unzulässigen Irreführung des Verkehrs über die Beschaffenheit der Ware geführt und darum gegen § 3 UWG verstoßen hätte. Der BGH erklärte beides für unerheblich:

„Diese [Schadensberechnungsmethode] hat nicht lediglich die Bedeutung einer bloßen Beweiserleichterung wie im Falle der konkreten Berechnung des entgangenen Gewinns nach § 252 S. 2 BGB, sie bedeutet vielmehr, dass der Verletzer nicht mit dem Vorbringen gehört wird, der Verletzte würde entweder überhaupt oder gerade ihm eine Lizenz nicht eingeräumt haben (vgl. BGHZ 26, 349, 352)³⁰². Diese Rechtsprechung beruht auf der Fiktion eines Lizenzvertrages der im Verkehr üblichen Art, einer Annahme, die deshalb geboten ist, weil der schuldhafte Verletzer eines Immaterialgüterrechts nicht besser gestellt sein soll als derjenige, der sorgfältig fremde Rechte beachtet und sich vorher des Einverständnisses des Rechtsinhabers versichert (...). [W]enn, wie die Revision meint, der Lizenzvertrag deshalb nichtig sein könnte, weil die Benutzung des Warenzeichens in der hier geschehenen Form zu einer Täuschung des Publikums in bezug auf die Beschaffenheit der Ware führen konnte, würde diese Nichtigkeit auf Gründen beruhen, die allein im Verhalten der Beklagten lägen. Der schuldhaft handelnde Verletzer kann aber auch in dieser Hinsicht nicht allein

³⁰⁰ BGH GRUR 1977, 539 („Prozessrechner“).

³⁰¹ BGHZ 44, 372 („Messmer Tee II“, 1966).

³⁰² „Paul Dahlke“.

deshalb besser gestellt werden, weil er sich außer der bloßen Zeichenverletzung noch einer die Publikumserwartung täuschenden Handlungsweise schuldig gemacht hat.³⁰³

Der BGH beruft sich für die Aussage, es komme nicht darauf an, ob der Verletzte überhaupt oder gerade dem Verletzten die Lizenz gewährt hätte, auf die *Paul Dahlke*-Entscheidung. Eine derartige Aussage findet sich dort jedoch nicht. In den auf letztere aufbauenden Entscheidungen zum Persönlichkeitsrecht, „Herrenreiter“³⁰⁴ und auch „*Caterina Valente*“³⁰⁵, hatte er die Lizenzgebühr vielmehr mit der Begründung verweigert, dass der Geschädigte die Handlung auch dann nicht gestattet hätte, wenn ihm ein Entgelt angeboten worden wäre.

Die Zulassung der „Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie“ für die Verletzung von Firmenrechten in der „Miss Petite“-Entscheidung (1973) stellte den BGH vor weitere Probleme. Zum einen sah er einen Unterschied zwischen dem Firmenrecht und den gewerblichen Schutzrechten darin, dass die Firma keine besondere geistige Leistung des Berechtigten schütze. Dies hielt er jedoch nicht für erheblich:

„Zwar unterscheiden sich Namens- und Firmenrecht [von Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmusterrechten und urheberrechtlich geschützten Rechten] (– und auch von dem Sonderfall der sklavischen Nachahmung [...]) dadurch, dass jene Rechte ihre Entstehung in erster Linie einer schutzwürdigen geistigen Leistung technischer oder ästhetischer Art verdanken, während die Aufnahme einer bestimmten Firma als Bezeichnung eines bestimmten Unternehmens regelmäßig keine derartige Leistung darstellt. Die Firma gleicht insoweit eher dem Warenzeichen, das zwar auch dem Inhaber ein ausschließliches Recht gewährt, jedoch nicht im Hinblick auf eine bereits erbrachte schutzwürdige Leistung, sondern lediglich zur Kennzeichnung der betrieblichen Herkunft der Waren des Zeicheninhabers. Die Firma als Handelsname des Kaufmanns und als Bezeichnung seines Unternehmens erfüllt eine dem vergleichbare Aufgabe. Dieser Unterschied im Entstehungsgrund und im Zweck steht aber der Übertragung der Grundsätze über die Schadensberechnung nach der entgangenen Lizenz auf Bezeichnungsrechte nicht entgegen. (...) Die in jenen Fällen maßgebenden be-

³⁰³ BGHZ 44, 372, 379f. („Messmer Tee II“).

³⁰⁴ Dazu oben C. II. 2. a) cc).

³⁰⁵ Dazu bereits C. II. 1. a) bb).

sonderen Umstände – die besondere Verletzlichkeit von Immaterialgütern und das sich daraus ergebende besondere Schutzbedürfnis des Verletzten, die Unmöglichkeit, geeignete Vorkehrungen gegen Rechtsverletzungen zu treffen, die Schwierigkeiten der Feststellung und des Nachweises des konkreten Schadens – liegen auch hier vor. Deshalb führt auch bei der Verletzung fremder Firmenrechte der jener Rechtsprechung zugrundeliegende Billigkeitsgedanke, dass niemand durch den unerlaubten Eingriff in fremde Rechte besser gestellt werden soll, als er im Falle einer ordnungsmäßig nachgesuchten und erteilten Erlaubnis durch den Rechtsinhaber gestanden hätte, dazu, die Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie zuzulassen.³⁰⁶

Außerdem stand er vor der Schwierigkeit, dass die Überlassung des Rechts gegen Entgelt zumindest in der Branche der Parteien nicht üblich war, so dass die zweite der in der *Paul Dalhke*-Entscheidung genannten Voraussetzungen nicht erfüllt schien:

„Für die Verkehrsüblichkeit [der Erteilung von Lizenzen] kommt es dabei aber nicht auf die Verhältnisse in gerade der Branche an, in der die Beteiligten tätig sind, sondern darauf, ob bei einem Ausschließlichkeitsrecht dieser Art ganz allgemein die Erteilung von Lizenzen im Verkehr üblich ist, wobei das Kriterium der Üblichkeit vorwiegend eine negative Aufgabe in dem Sinne hat, solche Rechte auszuschließen, in denen mangels Vermögenswerts eine Nutzung auf dem Lizenzwege allgemein nicht in Betracht zu kommen pflegt (...). Es genügt daher für die Annahme einer Üblichkeit in diesem Sinne in der Regel, dass ein solches Recht seiner Art nach überhaupt genutzt werden kann und genutzt wird (...)“³⁰⁷ (Hervorhebung von mir).

Durch die in dem letzten Satz getroffene Aussage wird die Voraussetzung, dass die entgeltliche Gestattung der Nutzung des fraglichen Rechts verkehrsüblich sein muss, entgegen der scheinbaren Intention des Gerichts nicht weiter definiert, sondern schlicht negiert und durch eine andere Voraussetzung ersetzt. Denn danach ist nur noch die Feststellung erforderlich, dass die Rechtsposition überhaupt genutzt wird, um sie von nicht vermögenswerten Positionen zu unterscheiden. Darauf, ob diese Nutzung durch die entgeltliche Einräumung von Lizenzen erfolgt, kommt es gerade nicht mehr an.

³⁰⁶ BGHZ 60, 206, 208f. („Miss Petite“).

³⁰⁷ BGHZ 60, 206, 211 („Miss Petite“).

Bei solchen Rechtspositionen, deren entgeltliche Überlassung verkehrsblich ist, führte der BGH diesen Umstand auch nach der „Miss Petite“-Entscheidung noch als Argument für die Zulassung der Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr an.³⁰⁸ Wenn diese Voraussetzung aber nicht vorlag, wurde sie für unerheblich erklärt, sofern die Interessenlage im Übrigen mit der bei der Verletzung anderer Immaterialgüterrechte vergleichbar war. Das zeigte sich in den 1980-er Jahren. In dieser Zeit erweiterte der BGH den Warenzeichen- und Firmenschutz auf Fälle, in denen keine Verwechslungsgefahr zwischen dem Produkt oder Betrieb, für das das Zeichen geschützt ist, und dem Produkt oder Betrieb des Verletzers hervorgerufen wird; außerdem forderte er bei dem Tatbestand der Rufausbeutung im Wettbewerbsrecht keine Verwechslungsgefahr mehr.³⁰⁹ Besondere Bekanntheit erlangte der „Tchibo-Rolex“-Fall, in dem der BGH entschied, dass der Verkauf billiger Uhren, deren äußere Gestaltung sich stark an zwei Rolex-Uhrenmodelle anlehnten, eine sittenwidrige Ausnutzung des Rufes der Erzeugnisse darstellte.³¹⁰ 1993 hatte er über diesen Fall im Betragsverfahren zu entscheiden und erklärte die Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr für zulässig, weil es dafür nicht darauf ankomme, ob die Parteien direkte Wettbewerber seien:

„Allerdings unterscheidet der vorliegende Fall sich von den bisher beurteilten Fallgestaltungen dadurch, daß die Nachahmung – wegen fehlender Verwechslungsgefahr in den Augen des Käufers und für diesen erkennbarer erheblicher Ungleichwertigkeit des angelehnt hergestellten Erzeugnisses – nicht zu einer echten Substitution bzw. Verdrängung des nachgeahmten Erzeugnisses geeignet und/oder bestimmt war, sondern solche Kundenkreise ansprechen sollte, die – ohne sich das rund hundertmal teurere Originalerzeugnis leisten zu können oder zu wollen – Wert auf ein diesem äußerlich ähnliches Produkt legten. Diese Besonderheit schließt die Anwendbarkeit der objektiven Schadensberechnungsmethoden jedoch nicht aus; denn charakteristisch bleibt auch hier, dass es sich (...) um eine Übernahme fremder Leistung handelt und in wettbewerbswidriger Weise Ruf und Prestige eines fremden Erzeugnisses zur Förderung des Absatzes eines eigenen Billigprodukts ausgenutzt werden. Die Gründe, die den BGH bewogen haben, bei der Nachahmung fremder Leistungsergebnisse in ähnlicher Weise wie bei Schutzrechten die Erleichterung einer Schadensberechnung ohne konkreten Nachweis eines entgangenen Gewinns zuzulassen (vgl. BGHZ 57,

³⁰⁸ BGH GRUR 1977, 539 („Prozessrechner“).

³⁰⁹ S. o. A. I. 2. c).

³¹⁰ BGH GRUR 1985, 876 („Tchibo-Rolex I“).

116, 120ff. – Wandsteckdose II), treffen vorliegend ungeachtet der angeführten Besonderheit gleichermaßen zu.“

Damit wird bestätigt, dass die frühere Voraussetzung für die Anwendung der Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr, wonach Eingriffe in die fragliche Position üblicherweise nur gegen Entgelt gestattet werden, obsolet ist. Zwar wäre die entgeltliche Gestattung des schädigenden Verhaltens in Fällen wie dem Tchibo-Rolux-Fall möglich; die Erteilung von Lizenzen ist jedoch aus ökonomischen Gründen nicht verkehrsmäßig, da sie der Strategie des Markenherstellers zuwiderliefe. Der BGH führt dazu aus, dass

„die Klägerin – was wegen der naheliegenden Gefahr einer Rufschädigung des Erzeugnisses durch Gestattung einer billigen Nachahmung gegen Entgelt ohne weiteres zugrunde gelegt werden kann – keinesfalls eine Lizenz erteilt hätte; [aber] ihrer normativen Zielsetzung nach setzt die – fiktive – Lizenz nicht voraus, dass es bei korrektem Verhalten des Verletzers tatsächlich zum Abschluss eines Lizenzvertrages gekommen wäre“³¹¹ (Hervorhebung von mir).

Im selben Jahr erweiterte der BGH mit der Entscheidung „Kollektion Holiday“ den Anwendungsbereich der Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr auf solche Nachahmungsfälle, in denen eine Nachahmung nicht wegen der besonderen „wettbewerblichen Eigenart“ des nachgeahmten Erzeugnisses, sondern ausschließlich auf Grund subjektiver Umstände unlauter ist.³¹² Im konkreten Fall hatte die Beklagte Informationen missbraucht, die sie erlangt hatte, weil die Parteien in einer langjährigen Geschäftsbeziehung standen.

„Die dreifache Schadensberechnung ist bei den Tatbeständen wettbewerbswidriger Nachahmung unabhängig davon zu gewähren, ob dem Verletzten aufgrund der besonderen wettbewerblichen Eigenart seines Produkts eine Rechtsposition erwachsen ist, die ihm einen beispielsweise dem Musterrecht entsprechenden Rechtsschutz gegen Nachahmungshandlungen Dritter verleiht, oder ob vornehmlich die in dem Verhalten des Verletzers zum Ausdruck kommenden besonders verwerflichen Umstände bei der Nachahmung des Produkts, das auch in einem solchen Fall – wenn auch geringe – wettbewerbliche Eigenart aufweisen muß, den wettbewerblichen Verbotsanspruch des Verletzten auslösen. (...)“

³¹¹ BGH GRUR 1993, 55, 58 („Tchibo-Rolux II“).

³¹² BGHZ 122, 262 = GRUR 1993, 757 („Kollektion Holiday“).

Die Zubilligung auch der objektiven Schadensberechnung für alle Fälle der wettbewerbswidrigen Leistungsübernahme findet ihre Rechtfertigung darin, das die verletzte Verhaltensnorm des § 1 UWG in solchen Fällen dazu dient, die Interessen eines bestimmten Wettbewerbers gegen eine sittenwidrige Ausnutzung seiner Leistung zu schützen (...). Da in einem solchen Fall es allein in der Rechtsmacht desjenigen liegt, dessen Leistung nachgeahmt wird, das Verhalten des Dritten zu unterbinden oder zu dulden (...), ist es sachgerecht, daß der Verletzte den ihm durch die wettbewerbswidrige Leistungsübernahme entstandenen Schaden auch nach der objektiven Schadensberechnung – Verletzergewinn, angemessene Lizenz – liquidieren kann.³¹³

Damit war die Erweiterung der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ auf alle Fälle des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes abgeschlossen.

Noch nicht endgültig entschieden ist die Frage, ob die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ bei der Benutzung geschützter Herkunftsbezeichnungen zulässig ist. Das OLG München hat dies abgelehnt, da es sich dabei nicht um Immaterialgüterrechte handelt und sie auch nicht lizenziert werden können.³¹⁴

b) Unterschiedliche dogmatische Begründungen

Obwohl die Rechtsprechung zur „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ sich scheinbar kontinuierlich entwickelt hat, sind unterschiedliche Begründungen dafür aufgetreten, auch wenn diese mitunter in einer Entscheidung kombiniert werden.

aa) Lizenzgebühr als konkreter entgangener Gewinn

Ein Teil der Entscheidungen sieht die Lizenzgebühr nach den allgemeinen schadensrechtlichen Vorschriften als entgangenen Gewinn an und prüft dement-

³¹³ BGHZ 122, 262 unter II. 3. b) („Kollektion Holiday“).

³¹⁴ OLG München MarkenR 2001, 218 („Habana“); ebenso v. Schultz/Gruber § 126 Rn. 3f. und § 128 Rn. 9.

sprechend, ob nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den konkreten Umständen mit Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass der Verletzte eine Lizenzgebühr erhalten hätte, wenn der Verletzer sich rechtstreu verhalten hätte. Ein Beispiel dafür ist außer der urheberrechtlichen „Ariston“-Entscheidung³¹⁵ und der *Caterina Valente*-Entscheidung³¹⁶ zum Persönlichkeitsrecht die patentrechtliche Entscheidung „Allzweck-Landmaschine“, in der es heißt:

„[D]iese sogenannte Entschädigungs-Lizenzgebühr [kann] – mit den Worten des § 252 Satz 2 BGB – als ein (entgangener) Gewinn bezeichnet werden (...), welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ... mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte“, dann nämlich, wenn statt des Verletzers ein Dritter nicht ohne, sondern mit Erlaubnis des ‚Verletzten‘ gehandelt hätte.“³¹⁷

Dabei soll folglich die (fälschlich so genannte, da der Gegenbeweis zulässig ist³¹⁸) „abstrakte Schadensberechnung“ nach § 252 S. 2, 1. Alt BGB eingreifen.

bb) Lizenzgebühr als abstrakt berechneter Schaden

In einer weitaus größeren Zahl von Entscheidungen wird eine Lizenzgebühr als Schadensersatz ausdrücklich in Abweichung von den allgemeinen Vorschriften gewährt. Dies wird mit einem entstandenen Gewohnheitsrecht begründet, das jedoch wiederum mit unterschiedlichen Erwägungen gerechtfertigt wird. Alle Entscheidungen betonen die leichte Verletzbarkeit der Rechte und Rechtspositionen, für die die Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr zugelassen wird, sowie die Beweisschwierigkeiten des Verletzten beim Nachweis eines ihm infolge der Verletzungshandlung entgangenen Gewinns. Damit ist jedoch noch nicht erklärt, warum dem gerade durch Zubilligung einer Lizenzgebühr abgeholfen werden soll.

³¹⁵ Dazu oben C. II. 2. a) aa).

³¹⁶ Dazu oben C. II. 2. a) bb) am Ende.

³¹⁷ BGH GRUR 1970, 296, 298 („Allzweck-Landmaschine“ – Patentrecht). Zust. Benkard-Rogge, § 139 Rn. 62; für die Qualifizierung des angemessenen Honorars des Rechtsinhabers als entgangenen Gewinns im Urheberrecht unter Zugrundelegung der konkreten Schadensberechnung Möhring/Nicolini-Lütje § 97 Rn. 165 („Jedoch muss zur Begründung dargetan werden, dass eine entsprechende Beauftragung erfolgt wäre.“).

³¹⁸ S. o. A. II. 1 a).

In manchen Entscheidungen wird die Berechtigung der Abweichung von den allgemeinen Vorschriften zur Schadensberechnung damit begründet, dass zwischen der Lizenzgebühr und dem entgangenen Gewinn zumindest regelmäßig ein Zusammenhang bestehe:

„Ein einigermaßen sicherer Anhaltspunkt [für die Feststellung des hypothetischen Geschehensablaufs bei Unterbleiben des Eingriffs des Verletzers] ergibt sich [...] jedoch daraus, dass die Immaterialgüterrechte, die dem Rechtsinhaber bestimmte Verwertungsformen des immateriellen Guts ausschließlich vorbehalten und jeden anderen von dessen Verwertung ausschließen, wesensgemäß und üblicherweise – neben oder statt einer eigenen Verwertung – auch im Wege der Lizenzvergabe gegen Vergütung genutzt werden und sich aus dieser Sicht die vom Verletzer ersparte Lizenz als Gewinnentgang des Rechtsinhabers darstellt. (...)“³¹⁹ (Hervorhebung von mir)

Diese Argumentation wurde in späteren Entscheidungen wieder aufgenommen. So postulierte der BGH in der Entscheidung „Dia-Duplikate“ von 1993 nochmals, dass der zu ersetzende Schaden des Verletzten stets mindestens gleich der Bereicherung des Verletzers sei:

„Die Anerkennung dieser Berechnungsmethode beruht auf dem Bestreben, dem Verletzten in Anbetracht des häufig schwierigen Nachweises eines konkret entgangenen Gewinns oder der Höhe eines Verletzergewinns über eine erleichterte Schadensberechnung einen Ausgleich dafür zu verschaffen, dass der Verletzer durch die unerlaubte Nutzung des immateriellen Rechts einen geldwerten Vermögensvorteil erlangt hat, dessen Höhe daran zu messen ist, wie seine Vermögenslage wäre, wenn er das Schutzrecht erlaubtermaßen benutzt hätte. Da er in einem solchen Fall die Gestattung des Schutzrechtinhabers hätte einholen müssen, die dieser üblicherweise nur gegen Zahlung einer Lizenzgebühr als Entgelt erteilt hätte, ist der Verletzer so zu behandeln, als sei durch seinen rechtswidrigen Eingriff dem Rechtsinhaber diese angemessene Lizenzgebühr entgangen“.³²⁰

³¹⁹ BGHZ 57, 116, 118f. („Wandsteckdose II“ – Wettbewerbsrecht).

³²⁰ BGH GRUR 1993, 899, 900f. („Dia-Duplikate“); vgl. auch BGH GRUR 1960, 554, 555 („Handstrickverfahren“); BGHZ 77, 16, 25 („Tolbutamid“).

In einer neueren Entscheidung wird dieser Gedanke sogar weiter geführt, indem davon gesprochen wird, eine Vermögenseinbuße in Höhe der Lizenzgebühr sei lediglich „indiziert“:

„Steht fest, dass einerseits das ohne Vergütung genutzte Leistungsergebnis einen Vermögenswert hat, der es zur Lizenzierung geeignet erscheinen lässt, und dass andererseits der Inhaber eines Ausschließungsrechts oder ein sonst nach § 1 UWG Leistungsschutzberechtigter die Benutzung auch nicht ohne Gegenleistung gestattet haben würde, so indiziert dies eine der nicht geleisteten Vergütung entsprechende Vermögenseinbuße auf Seiten des Rechtsinhabers (vgl. BGH GRUR 1993, 899, 900f., Dia-Duplikate; BGHZ 57, 116, 118 – Wandsteckdose II unter II, 1: „ersparte Lizenz als Gewinnentgang des Verletzten“).³²¹

Der Verletzte ist demnach nicht der Notwendigkeit enthoben, einen Schaden in Gestalt eines konkreten entgangenen Gewinns zumindest so weit darzutun, dass es für ein Grundurteil reichen würde. So lehnte der BGH in der Entscheidung „Vier-Streifen-Schuh“ die Anwendung der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ ab, da der Verstoß lediglich in dem Vertrieb eines Katalogs bestand, in dem eine mit einem markenverletzenden Zeichen gekennzeichnete Ware abgebildet war, und ein Umsatz unter dem markenverletzenden Zeichen nicht stattgefunden hatte:

„Die [Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr] setzt jedoch voraus, dass ein Schaden in Frage steht, dessen abstrakte Berechnung im Wege der Lizenzanalogie (...) überhaupt möglich ist. An dieser Voraussetzung fehlt es im vorliegenden Fall, in dem (...) ein Umsatz der Bekl. unter der benutzten [markenverletzenden] Kennzeichnung nicht stattgefunden hat und die allein behauptete Marktverwirrung sich einer Berechnung im Wege der Lizenzanalogie oder nach dem Verletzergewinn von vornherein entzieht.“³²²

Auch in der „Tchibo-Rolox II“-Entscheidung hielt es der BGH für notwendig, ausdrücklich festzuhalten, dass es zumindest denkbar sei, dass einzelne Käufer sich eine billige Imitaturh anstatt einer echten Rolex-Uhr gekauft hätten, obwohl er

³²¹ BGH GRUR 1995, 349, 351 („Objektive Schadensberechnung“ – Wettbewerbsrecht).

³²² BGH GRUR 1987, 364, 365 („Vier-Streifen-Schuh“). Anders BGH NJW 1990, 1008 („Lizenzanalogie“) für den Fall, dass Musiktitel ohne Lizenz in einem Film verwendet werden und der Film nur bei zwei Festspielen zur Aufführung kommt: Dies stelle bereits den Anfang der gewerblichen Auswertung dar.

später in der Entscheidung deutlich machte, dass der von dem Billiganbieter angesprochene Käuferkreis Leute waren, die sich eine teure Uhr nicht leisten können, und der eigentliche Schaden in der Rufschädigung bestand.³²³

Es fragt sich, wie sich diese Rechtsprechung auf die Behandlung der mittelbaren Patentverletzung (§ 10 PatG) auswirkt. Anders als der früher richterrechtlich entwickelte Tatbestand der mittelbaren Patentverletzung sind die in § 10 PatG aufgeführten Vorbereitungs- bzw. Beihilfehandlungen nicht mehr akzessorisch, der Tatbestand setzt nicht voraus, dass es überhaupt zu einer unmittelbaren Patentverletzung gekommen ist.³²⁴ Die Anwendung der Grundsätze aus „Vier-Streifen-Schuh“ und „Objektive Schadensberechnung“ müsste dazu führen, dem Verletzten jeglichen Schadensersatzanspruch zu versagen, wenn es nicht zu einer unmittelbaren Patentverletzung gekommen ist. In der Literatur wird dagegen gefordert, die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ und die „Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn“ zuzulassen.³²⁵

cc) Lizenzgebühr als „objektiver Schaden“

Gelegentlich beruft sich der BGH zur Begründung der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ auch auf einen wichtigen Aufsatz *Neuners*.³²⁶ Dieser hatte die Einführung eines „objektiven Schadensbegriffs“ gefordert. Danach sollte der Vermögensschaden nicht mehr ausschließlich im Sinne der Differenztheorie als real feststellbare Einbuße verstanden werden, sondern auch als Verletzung eines vermögenswerten Interesses. Als vermögenswertes Interesse wiederum bezeichnete er jedes Gut, das im Verkehr erworben und veräußert wird und deshalb objektiv bewertet werden kann. Dieses Interesse, so *Neuner*, solle bei jeder Beeinträchtigung eines geschützten Interesses das Mindestmaß des zu ersetzenden Schadens darstellen. Funktion dieses Schadensbegriffs sei vor allem auch die Rechtswahrung.³²⁷ In der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ sah er einen Anwendungsfall dieses Schadensbegriffs. Der BGH berief sich z. B. in der soeben unter bb) erwähnten Entscheidung, in der die „Schadensberechnung nach der

³²³ BGHZ 119, 20.

³²⁴ BGH GRUR 2001, 228 („Luftheizgerät“).

³²⁵ Holzapfel GRUR 2002, 193, 196f.

³²⁶ AcP 133 (1931), 277, besonders 289f.

³²⁷ *Neuner* AcP 133 (1931), 277, 291ff.

Lizenzgebühr“ auf die sklavische Nachahmung ausgedehnt wurde, auch auf *Neuner*.³²⁸ Vor diesem Hintergrund erscheinen die Entscheidungen „Objektive Schadensberechnung“ und „Vier-Streifen-Schuh“, in denen sie davon abhängig gemacht wurde, dass zumindest irgendein entgangener Gewinn nachgewiesen ist (s. ebenfalls bb)) nicht als Fortführung dieses Argumentationsstrangs, sondern als Änderung der Begründung. Denn *Neuners* Sicht des objektiven Schadensbegriffs war nicht, dass eine konkrete Vermögenseinbuße des Rechtsinhabers in Höhe des üblichen Entgelts lediglich indiziert sei, sondern er sah das übliche Entgelt ohne weiteres als Mindestschaden an.

dd) Fiktive Lizenzgebühr

In einigen Entscheidungen wird die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ ausdrücklich als Fiktion behandelt, für deren Anwendung es nicht darauf ankommt, dass die entgeltliche Gestattung des fraglichen Eingriffs rechtlich zulässig und/oder verkehrsüblich sei. Diesen Standpunkt nahm der BGH erstmals in der „Messmer Tee II“-Entscheidung ein.³²⁹ Die Behauptung taucht in der „Tchibo-Rolux II“-Entscheidung³³⁰, einem Fall der wettbewerbswidrigen Rufausbeutung ohne Substitutionswettbewerb zwischen Verletzer und Verletztem, wieder auf. Die Begründung dafür, dass der leichten Verletzbarkeit der Rechtsposition und den Schwierigkeiten des Berechtigten, einen Schaden nach den allgemeinen Vorschriften nachzuweisen, gerade durch Zubilligung einer Lizenzgebühr zu begegnen sein soll, ist hier ausschließlich, dass der Verletzer nicht besser stehen dürfe als jemand, der sich rechtmäßig verhält und die entgeltliche Zustimmung des Berechtigten einholt. In der „Messmer-Tee“-Entscheidung, die besondere Bedeutung hat, weil damit der Anspruch auf die Lizenzgebühr auf Konstellationen erweitert wurde, in denen der Verletzte den konkreten Eingriff gar nicht hätte gestatten können, wurde dieses Erst-recht-Argument sogar zweifach gebraucht: Der Verletzer habe „erst recht“ den Preis zu bezahlen, den ein rechtmäßig Handelnder zu entrichten hätte, und der zusätzlich noch eine Täuschung der Verbraucher verursachende Verletzer sei „erst recht“ so zu behandeln wie ein gewöhnlicher Verletzer. Letzteres, obwohl damit der Verletzer gerade in eine andere Situation gerät

³²⁸ BGHZ 57, 116, 118 („Wandsteckdose II“).

³²⁹ S. o. C. II. 2. a) dd).

³³⁰ S. o. C. II. 2. a) dd).

als ein rechtmäßig Handelnder, der die Handlung unterlassen würde, weil der Verletzte sie gar nicht gestatten konnte. In der „Tchibo-Rolex II“-Entscheidung wird auf die „normative Zielsetzung“ der fiktiven Lizenz verwiesen.

c) **Festsetzung der Höhe der Lizenzgebühr durch die Rechtsprechung**

Die Vorgehensweise der Rechtsprechung bei der Festsetzung der Lizenzhöhe lässt sich nicht in ein einfaches Schema pressen. Weder versucht die Rechtsprechung zu ermitteln, was die konkreten Parteien für die konkrete Verletzungshandlung vereinbart hätten, wenn sie vor Beginn der Handlungen des Verletzers einen Lizenzvertrag geschlossen hätten, noch legt sie eine objektiv angemessene Vergütung mittels einer reinen *ex post*-Betrachtung fest.

aa) **Generalisierende Betrachtung**

Grundsätzlich gilt:

„Ausgangspunkt der Bemessung der Lizenzgebühr [ist] der Wert des geschützten Rechts, der durch die auf dem Markt zu erzielende Vergütung bestimmt wird“³³¹.

Wenn es für die fragliche Nutzungshandlung einen Tarif gibt, d. h. einen Vergütungssatz, der Verkehrsgeltung genießt – Akzeptanz durch 50% der Verwerter genügt nicht –, so ist grundsätzlich dieser als angemessenes Entgelt anzusehen.³³² Die Frage, ob es einen derartigen Tarif gibt, darf vom Tatgericht nicht unter Verweis auf § 287 ZPO ohne Darlegung seiner eigenen Sachkunde nach eigenem Ermessen entschieden werden, wenn der Kläger Beweis durch Sachverständigengutachten angeboten hat.³³³ Die Angemessenheit eines existierenden Tarifs unterliegt wiederum der Nachprüfung durch das Gericht.³³⁴

³³¹ BGH GRUR 1993, 897, 898 („Mogul-Anlage“).

³³² BGHZ 97, 37 („Filmmusik“); Schricker-Wild § 97 UrhG Rn. 62 a. E.

³³³ BVerfG NJW 2003, 1655.

³³⁴ BGHZ 97, 37 („Filmmusik“); Schricker-Wild § 97 UrhG Rn. 62 a. E.

Wenn der Verletzte Dritten vergleichbare Eingriffe gegen Entgelt erlaubt hat, wird das dabei vereinbarte Entgelt zum Vergleich herangezogen.³³⁵ Bei der Beurteilung überwiegen jedoch klar die objektiven Gesichtspunkte. Das hat bereits das Reichsgericht entschieden:

„Bei der Bemessung der angemessenen Vergütung ist nicht davon auszugehen, was der klagende Patentinhaber selbst verlangt, oder von dem, was der verklagte Patentbenutzer bewilligt haben würde, wenn ein Lizenzvertrag zustande gekommen wäre; sondern maßgebend ist, was bei einer vertraglichen Einigung ein vernünftiger Patentinhaber gefordert und ein vernünftiger Patentinhaber gewährt hätte. Maßgebend ist ferner, wenn die Lizenz nachträglich für eine in der Vergangenheit liegende, abgeschlossene Patentbenutzung festgesetzt wird, nicht das, was im Zeitpunkte der Erteilung der Benutzungserlaubnis oder im Zeitpunkte der Patentbenutzung bekannt war, und wie man sich damals die künftige Entwicklung vorstellte; sondern maßgebend ist bei einer abgeschlossenen Patentbenutzung, wie sie hier vorliegt, der wirkliche Sachverhalt, wie er sich am Schlusse des Zeitraums darbot, in welchem das Patent benutzt worden war (...). Es ist also zu fragen, was vernünftige Vertragspartner vereinbart haben würden, wenn sie beim Eingehen des Lizenzvertrags, sofern das vor dem Ende des Benutzungszeitraums geschah, die künftige Entwicklung und namentlich die Zeitdauer und das Maß der Patentbenutzung vorausgesehen hätten, oder wenn sie zunächst die Angelegenheit in der Schwebe gelassen und erst nachträglich auf Grund des Sachverhalts, wie er sich nunmehr ergab, ihre Abmachung über die Art und Höhe der Vergütung getroffen hätten.“³³⁶

Der BGH hat dies bis in die Einzelheiten der Formulierung übernommen und spricht von einer vorzunehmenden „generalisierenden Betrachtung“.³³⁷ Auch wenn die entgeltliche Gestattung des Eingriffs nicht verkehrsmäßig üblich ist, ist der „objektive, sachlich angemessene Wert“ einer derartigen Nutzung des Rechts zu ermitteln:

„[D]as Berufungsgericht [geht] unter zutr. Bezugnahme auf Rechtsprechung und Schrifttum davon aus, daß in Ermangelung eines verkehrsmäßig üblichen Wertes der Benutzungsberechtigung am Klagepatent ihr objektiver, sachlich an-

³³⁵ BGH GRUR 1961, 138 („Familie Schölermann“ – Persönlichkeitsrecht).

³³⁶ RGZ 171, 227, 239.

³³⁷ BGH GRUR 1995, 578, 581 („Steuereinrichtung II“ – Patentrecht). Ähnlich bereits BGH GRUR 1962, 401, 404 („Kreuzbodenventilsäcke III“).

gemessener Wert, und zwar ihr Wert zur Zeit des Eingriffs, also am Schluß des Verletzungszeitraums, zugrunde zu legen sei, daß dabei insbesondere die in Gewinnaussichten sich ausdrückende wirtschaftliche Bedeutung des Klagepatents, eine etwaige Monopolisierung des Patentinhabers und etwaige eigene Schutzrechte der Verletzer zu berücksichtigen seien, und daß es bei alledem auf die Umstände des Einzelfalls entscheidend ankomme. (...) Nicht begründet (...) ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nach seinen Ausführungen nicht auf den objektiven, sachlich angemessenen Wert der Benutzungsberechtigung am Klagepatent, sondern auf ihren subjektiven Wert für die Bekl. abgestellt. (...) [Der] in Rechtsprechung und Schrifttum wiederholt verwendete Begriff des „objektiven“ Wertes der Benutzungsberechtigung [steht] nicht, wie die Revision meint, im Gegensatz zu dem ihres „objektiven“ Wertes für den Verletzer, sondern im Gegensatz zu der „subjektiven“ Beurteilung des Wertes durch die Parteien, wenn sie vor Beginn der Verletzungshandlung einen Lizenzvertrag geschlossen hätten, und zu der „subjektiven“ Einstellung des Patentinhabers, mit der er sich gegen den Abschluß eines Lizenzvertrages gesträubt haben würde“³³⁸.

Es geht demnach nicht darum, zu ermitteln, zu welchem konkreten Ergebnis die Parteien gekommen wären, wenn sie vor Beginn der Verletzung Vertragsverhandlungen aufgenommen hätten. So kann der Verletzer nicht mit Erfolg geltend machen, dass ihm auf Grund seiner wirtschaftlichen Schwierigkeiten eine Lizenzgebühr hätte bewilligt werden müssen, die niedriger gewesen wäre als objektiv angemessen.³³⁹

In Patentsachen kommt es besonders darauf an, ob der Verletzte eine Monopolstellung auf dem Markt besaß.³⁴⁰ Damit ist nicht das bereits von dem Patent gewährte Monopol gemeint, sondern ggf. der Umstand, dass dieses bestimmte Patent dem Inhaber eine Schlüsselstellung für die Vermarktung bestimmter Produkte einräumte. Umgekehrt wendet der Verletzer häufig ein, dass es für ihn rechtmäßige Alternativen zur Nutzung des dem Schutzrecht unterliegenden Verfahrens gegeben hätte. Wenngleich dieser Einwand den Anspruch nicht vollständig ausschließen kann,³⁴¹ kann er bei der Bemessung der Höhe der Vergütung berück-

³³⁸ BGH GRUR 1962, 401, 404 („Kreuzbodenventilsäcke III“).

³³⁹ BGH GRUR 1962, 509, 513 („Dia-Rähmchen II“).

³⁴⁰ BGH GRUR 1995, 578, 580 („Steuereinrichtung II“).

³⁴¹ BGH GRUR 1962, 401, 404f.; („Kreuzbodenventilsäcke III“); BGH GRUR 1995, 578, 581 („Steuereinrichtung II“); Loth § 24 Rn. 51.

sichtigt werden, da dabei grundsätzlich alle wertbestimmenden Faktoren einzubeziehen sind, die auch bei freien Lizenzverträgen die Höhe der Vergütung beeinflusst hätten:

„In diese Abwägung [kann] auch einfließen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang gegenüber der geschützten Lehre gangbare und aus der Sicht eines Lizenznehmers wirtschaftlich vernünftige Alternativen vorhanden sind.“³⁴²

Eine Erhöhung gegenüber dem in der Branche üblichen Lizenzsatz ist gerechtfertigt, wenn ein Verletzer durch die Verletzung des Patents insofern besonders kostensparend arbeiten konnte, als er eine konkrete Ausführungsform der geschützten Lehre unmittelbar übernommen hat.³⁴³ Umgekehrt ist der Lizenzsatz jedoch nicht schon deshalb gegenüber dem üblichen Höchstsatz zu ermäßigen, wenn der Verletzer diese Möglichkeit nicht hatte.³⁴⁴

Da das Warenzeichenrecht dem Inhaber lediglich ein ausschließliches Recht zur Kennzeichnung von Waren zuweist, ist die angemessene Lizenzgebühr bei Verletzung eines Warenzeichens im Allgemeinen niedriger zu bemessen als bei einem gleich hohen Warenumsatz unter Eingriff in Urheber- und Patentrechte.³⁴⁵ Bei Warenzeichen spielen der Bekanntheitsgrad und der Ruf des Zeichens sowie das Maß der Verwechslungsgefahr und der Warennähe eine Rolle.³⁴⁶ Wenn das Recht zur Zeit der Verletzung in den Augen des Verkehrs bereits an Ansehen verloren hatte, weil der Verletzte Nachahmungen durch Dritte toleriert hat, wirkt sich dies lizenzmindernd aus.³⁴⁷

Wenn das verletzte Recht einem Hersteller hochwertiger Markenwaren zusteht und die Verletzung im Inverkehrbringen von Billigimitaten bestand, kann ein Aufschlag gewährt werden, da

„die (fingierte) Gestattung der Nachahmung eines hochwertigen Erzeugnisses von beachtlichem Prestigewert in der Form eines – erkennbaren – Billigprodukts eine erhebliche Gefahr der Minderung des Prestigewerts des nachgeahmten Erzeugnisses begründet und (...) im Falle einer (im Wege der Fiktion zu unter-

³⁴² BGH GRUR 1993, 897, 898 („Mogul-Anlage“).

³⁴³ BGH GRUR 1993, 897, 898 („Mogul-Anlage“).

³⁴⁴ BGH GRUR 1993, 897, 898 („Mogul-Anlage“).

³⁴⁵ BGHZ 44, 372, 381 („Messmer Tee II“).

³⁴⁶ BGHZ 44, 372, 381 („Messmer Tee II“); BGH GRUR 1975, 85, 87 („Clarissa“).

³⁴⁷ BGH GRUR 1993, 55, 58 („Tchibo-Rolux II“).

stellenden) Lizenzvereinbarung einem solchen Risiko durch eine angemessene Erhöhung der normalerweise üblichen bzw. angemessenen Lizenz Rechnung getragen würde³⁴⁸.

Der Verletzer wird nicht mit dem Argument gehört, eine so hohe Lizenzgebühr wäre für ihn unerschwinglich gewesen, und die Lizenzgebühr müsse von vornherein durch den maximal erzielbaren Verletzergewinn begrenzt sein.³⁴⁹ Alternativ zur Erhöhung der Lizenzgebühr kann ein zusätzlicher Schadensbetrag wegen Rufschädigung gewährt werden.³⁵⁰

Der Schaden, dessen Ersatz beansprucht wird, muss im Schutzbereich der verletzten Rechtsnorm liegen, d. h. er muss gerade aus dem Eingriff in das fremde Recht hervorgegangen sein. Die angemessene Lizenzgebühr kann daher der Schadensberechnung nur insoweit zu Grunde gelegt werden, als sie bei der im Rechtsverkehr üblichen Rechtseinräumung gerade für den Eingriff in das Recht und nicht lediglich für die Überlassung sonstiger Positionen gewährt zu werden pflegt.³⁵¹ Ist beispielsweise mit der Benutzung eines Markenzeichens die Inanspruchnahme weiterer Leistungen des Zeicheninhabers verbunden, unterliegen mögliche Ansprüche des Markeninhabers wegen der Inanspruchnahme oder Nichtinanspruchnahme dieser zusätzlichen Leistungen den allgemeinen Vorschriften des Vertrags- und Bereicherungsrechts.³⁵²

Der BGH überprüft die Bemessung der Lizenzgebühr durch den Tatrichter anhand der Regeln, dass die Schätzung eine tragfähige Grundlage haben muss, nicht gegen Denkgesetze verstoßen darf und alle erheblichen tatsächlichen Umstände bei der Bewertung berücksichtigt werden müssen,³⁵³ bis ins Detail. Dabei würdigt er auch von den Tatgerichten eingeholte Sachverständigengutachten unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung selbst.³⁵⁴

³⁴⁸ BGH GRUR 1993, 55, 58 („Tchibo-Rolex II“). Ebenso für den Fall, dass die Markenverletzung darin liegt, dass die Beschaffenheit echter Markenware durch den Verletzer so verändert wurde, dass der Vertrieb der Ware unter der Marke die Herkunfts- und Garantiefunktion der Marke beeinträchtigt, BGHZ 131, 308 („Gefärbte Jeans“).

³⁴⁹ BGHZ 119, 20 („Tchibo/Rolex II“).

³⁵⁰ Dazu unten 4. b) und d).

³⁵¹ BGHZ 44, 372, 376 („Messmer Tee II“).

³⁵² BGH GRUR 2001, 1156, 158 („Der grüne Punkt“).

³⁵³ S. o. C. I. 2. b) und C. I. 3.

³⁵⁴ Vgl. z. B. die Entscheidung BGH GRUR 1993, 897 („Mogul-Anlage“), in der die Annahme des Berufungsgerichts, der Verletzer hätte wegen Bestehens von Alternativen zur Nutzung des geschützten Verfahrens höchstens einem bestimmten Lizenzsatz zugestimmt, verworfen wird, weil das Berufungsgericht übersehen habe, dass diese Alternativen auch höhere Kosten verursacht hätten; der BGH macht weitere detaillierte Vorgaben für die Neuvernahme der Schätzung.

bb) Vergleich der Stellung des Verletzers mit der eines rechtmäßigen Lizenznehmers

Die häufig zur Begründung der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ angeführte Erwägung, der Verletzer solle nicht besser gestellt sein, als er bei Einholung einer ordnungsgemäßen Lizenz gestanden hätte, hat die Rechtsprechung auch bei der Bemessung der Höhe der Lizenzgebühr beeinflusst. Sie versucht daher, die tatsächliche und rechtliche Stellung des Verletzers mit derjenigen eines regulären Lizenznehmers zu vergleichen und rechtfertigt Abweichungen von dem marktüblichen Entgelt mit speziellen „Verletzervorteilen“. Vorgaben dafür machte der BGH in der „Tolbutamid“-Entscheidung:

„Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die zuzusprechende Lizenzgebühr sich an dem objektiven Wert der angemessenen Benutzungsberechtigung auszurichten habe. Dabei hat es nicht verkannt, daß dieser objektive Nutzungswert von Umständen beeinflusst werden kann, die sich aus den Besonderheiten des jeweiligen Verletzungsfalls ergeben. So hat es ausdrücklich hervorgehoben, daß es bei der Bemessung des Lizenzsatzes – der am oberen Rande des in der Beweisaufnahme festgestellten Lizenzrahmens und um 60% über einer durchschnittlichen Lizenzhöhe auf dem betreffenden Gebiet liegt – berücksichtigt hat, dass die Klägerin – anders als bei einem Lizenznehmer – auf die Preisgestaltung der Beklagten keinen Einfluss haben können. Dass das Berufungsgericht anderen von der Klägerin in diesem Zusammenhang angeführten Vorteilen, die die Beklagte als Patentverletzerin im Verhältnis zu einem Lizenznehmer genossen habe, keine die Lizenzhöhe bestimmende Bedeutung beigemessen hat, kann angesichts des Beurteilungsspielraums, der dem Tatrichter zu Gebote steht, aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, um so weniger, als diesen Vorteilen, was die Klägerin verkennt, der schwerwiegende Nachteil der Position des Patentverletzers im Verhältnis zu der des Lizenznehmers gegenübersteht, dass letzterer sich einer durch vertragliche Bestimmungen gesicherten Benutzungserlaubnis erfreut, im Gegensatz zu dem Verletzer, der ständig eine jederzeitige Unterbindung der Benutzung, zum Beispiel durch von dem Verletzten veranlasste gerichtliche Maßnahmen, gewärtigen muss und der – neben dem nach der Lizenzanalogie berechneten Schaden – dem Anspruch auf Ersatz des dem Verletzten tatsächlich entstandenen Schadens sowie dem Anspruch auf Herausgabe seines aus den Verletzungshandlungen herrührenden Gewinns ausgesetzt ist.“³⁵⁵

³⁵⁵ BGHZ 77, 16, 25f. („Tolbutamid“). Zu dem gegen Ende des Zitats angesprochenen Verhältnis der verschiedenen Ansprüche zueinander s. u. C. II. 2. d) und C. II. 3. d).

Der BGH billigte hier, dass das Berufungsgericht lizenz erhöhend berücksichtigt hatte, dass der Verletzte keinen Einfluss auf die Preispolitik des Verletzers hatte. Erfolglos blieb der Verletzte jedoch mit dem Argument, die Schadensersatzlizenz müsse auch deshalb gegenüber der marktüblichen Lizenzgebühr erhöht werden, weil der Verletzer im Gegensatz zum regulären Lizenznehmer im Allgemeinen nicht das Risiko eingeht, für ein unwirksames Recht zu zahlen. Gemeint ist, dass bei Lizenzvertragsverhandlungen die Möglichkeit, dass das Schutzrecht nicht rechtsbeständig ist, häufig lizenzermäßigend berücksichtigt wird und dafür kein Anlass mehr besteht, nachdem die Frage nach der Rechtsbeständigkeit des Schutzrechts im Verletzungsprozess als Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs gestellt und positiv beantwortet worden ist. In der „Tolbutamid“-Entscheidung war der BGH der Ansicht, zumindest in dem hier zu entscheidenden Einzelfall werde dieser Vorteil aufgewogen durch die Nachteile der Verletzerstellung, insbesondere den Nachteil seiner unsicheren Rechtsstellung, die dazu führt, dass ihm seine Aktivitäten jederzeit untersagt werden können. In der einige Jahre später ergangenen Entscheidung „Fersenabstützvorrichtung“ erklärte der BGH allerdings, dass der zuletzt genannte Umstand nicht zwingend zu Gunsten des Verletzers berücksichtigt werden muss:

„Aus der Tolbutamid-Entscheidung des Senats (BGHZ 77, 16f.) [lässt sich] nicht der Grundsatz herleiten, die Berücksichtigung eines solchen Minderrisikos des Verletzers als eines die Schadensersatzlizenz erhöhenden Umstandes komme der Zubilligung eines unzulässigen Verletzerzuschlages gleich. Vielmehr hat es der Senat als im Rahmen des dem Tatrichter zustehenden Beurteilungsspielraumes liegend bezeichnet, dass – in jenem Fall, in welchem das Berufungsgericht dem Patentinhaber einen Lizenzsatz zugebilligt hatte, der um 60% über den üblichen Lizenzsätzen lag – davon abgesehen worden war, dieses Minderrisiko des Verletzers ausdrücklich als einen lizenz erhöhenden Umstand zu bezeichnen. Damit hat der Senat die Frage, ob einzelne Vorteile des Verletzers bei der Schätzung der Höhe der Schadensersatzlizenz zu berücksichtigen seien, dem tatrichterlichen Ermessen nach § 287 ZPO im zu entscheidenden Einzelfall zugewiesen. Ergänzend ist in der Tolbutamid-Entscheidung darauf verwiesen worden, dass den Vorteilen der Position eines Patentverletzers im Verhältnis zu der des Lizenznehmers auch Nachteile, wie die einer rechtlich ungesicherten und unterbindbaren Benutzerstellung sowie die des Risikos einer über die Lizenzzahlung hinausgehenden Schadensersatzpflicht, gegenüberstehen. Der Senat hat damit zum Ausdruck gebracht, dass der Tatrichter bei der Schätzung der Schadensersatzlizenz auf Unterschiede zwischen der Stellung eines Schutz-

rechtsverletzers und der eines Lizenznehmers nicht eingehen müsse, wenn nicht diese sich *im Einzelfall* überdurchschnittlich ausgewirkt haben (wie im Tolbutamid-Fall die Preisgestaltungsfreiheit des Verletzers), andererseits, wenn er auf diese allgemeinen, aber im Einzelfall nicht besonders hervorgetretenen Unterschiede eingeht, die Verletzervorteile nicht einseitig ohne abwägende Berücksichtigung der Verletzernachteile lizenz erhöhend verwerten dürfe. An diesen der Tolbutamid-Entscheidung zugrunde liegenden Grundsätzen hält der Senat fest.

Eine fehlerhafte Ermessensausübung sieht der Senat entgegen der Revision nicht darin, dass das Berufungsgericht den Umstand des minderen Verletzerrisikos für den nicht ausschließbaren, hier aber nicht naheliegenden Fall einer Nichtigerklärung des Schutzrechts lizenz erhöhend berücksichtigt hat. Diese hat nämlich, wenn auch in anderem Zusammenhang, andererseits darauf hingewiesen, dass die Beklagte bei ihrer sich auf den Vertrieb beschränkenden Schutzrechtsverletzung nicht mit erheblichen, langfristig zu amortisierenden Investitionen belastet war. Daraus ergibt sich, dass der typische Nachteil der ungesicherten Benutzerstellung des Verletzten sich bei der Beklagten nur unterdurchschnittlich auswirken konnte. War nach diesen Feststellungen des Berufungsgerichts das in Verletzungsfällen normalerweise zu beobachtende Verhältnis der Vorteile und Nachteile der Verletzerstellung im Vergleich zur Stellung des Lizenznehmers im vorliegenden Fall erheblich zu Gunsten der Beklagten verschoben, so durfte es ohne Rechtsverstoß diesen Verletzervorteil lizenz erhöhend verwerten.“ (Hervorhebung im Original)³⁵⁶

Wie sich aus dem letzten Satz des Zitats ergibt, ist zunächst von der Annahme auszugehen, dass die Vor- und Nachteile der Verletzerstellung einander aufwiegen. Sodann ist festzustellen, ob im Einzelfall besondere Vorteile des Verletzers lizenz erhöhend zu berücksichtigen sind. Die Beantwortung dieser Frage obliegt grundsätzlich dem Tatgericht; dieses ist jedoch von Rechts wegen gehalten, bei der Festsetzung der Lizenzgebühr auf eine gewisse Ausgewogenheit der Bewertung von Vor- und Nachteilen der Verletzerstellung zu achten. Es darf einen im Einzelfall besonders hervortretenden Verletzervorteil nicht zulasten des Verletzers lizenz erhöhend berücksichtigen, ohne mögliche Verletzernachteile bei der Abwägung zu berücksichtigen. Vorliegend konnte dem Berufungsgericht ein solcher Fehler nicht nachgewiesen werden, da der sonst typische Verletzernachteil, der in

³⁵⁶ BGHZ 82, 310, 316f. („Fersenabstützvorrichtung“).

der ungesicherten Rechtsstellung des Verletzers besteht, hier insofern nicht ins Gewicht fiel, als der Verletzer die schutzrechtsverletzenden Gegenstände nur vertrieb und daher keine Aufwendungen für ihre Produktion getätigt hatte, die infolge der Unterbindung der Verletzungshandlung nicht mehr amortisiert werden konnten.

Nach ständiger Rechtsprechung muss der Verletzer einen Zinszuschlag bezahlen, wenn vernünftige Lizenzvertragsparteien regelmäßige Abrechnungszeiträume vereinbart hätten, so dass er durch die Verletzung gegenüber einem Lizenznehmer einen Zinsvorteil erzielt hat.³⁵⁷ In der Entscheidung „Fersenabstützvorrichtung“, die diese Rechtsprechung begründete, wurde angenommen, dass in einem Lizenzvertrag eine jährliche Abrechnung vereinbart worden wäre, und die Beträge wurden ab dem jeweiligen hypothetischen Fälligkeitszeitpunkt mit 5% verzinst. Neuere instanzgerichtliche Entscheidungen haben 3,5–4% über dem jeweiligen Referenzzinssatz zugesprochen.³⁵⁸ Das Verhältnis dieses Zinszuschlages zu den allgemeinen Zinsvorschriften ist problematisch.³⁵⁹

Neuere Entscheidungen zeigen, dass der BGH es in der Regel ablehnt, aus dem Prinzip, wonach der Verletzer grundsätzlich einem regulären Lizenznehmer gleichzustellen sein soll und „weder besser noch schlechter stehen soll“ als ein solcher³⁶⁰, Konsequenzen zu Gunsten des Verletzers zu ziehen. In der Entscheidung „Fersenabstützvorrichtung“ hatte er noch offen gelassen, ob der erwähnte Verletzernachteil, dass der Verletzer eine ungesicherte Rechtsstellung hat und jederzeit zur Unterlassung seiner Aktivitäten gezwungen werden kann, auch einmal zu einer Herabsetzung der angemessenen Lizenzgebühr führen kann.³⁶¹ Später lehnte er es in einer Urheberrechtssache jedoch ab, die übliche Lizenzgebühr, die die Herstellung von Kopien und deren Vertrieb abdeckte, deshalb herabzusetzen, weil die Berechtigte eingeschritten war, bevor die rechtswidrig hergestellten Kopien verbreitet werden konnten. Wenn in der jeweiligen Branche die Vergabe von Lizenzen allein für die Herstellung von Kopien unüblich sei, müsse der Verletzer eben den nächsthöheren Tarif bezahlen:

³⁵⁷ BGHZ 82, 310, 319ff. („Fersenabstützvorrichtung“); hier wurde angenommen, dass in einem Lizenzvertrag eine jährliche Abrechnung vereinbart worden wäre, und der jeweilige Betrag mit 5% verzinst.

³⁵⁸ Belege bei Busse/Keukenschrijver, PatG, 2003, § 139 PatG Rn. 156.

³⁵⁹ Dazu unten E.

³⁶⁰ RGZ 144, 187, 192 („Berechnungsanlage“); BGH GRUR 1962, 509, 513 („Dia-Rähmchen II“); BGHZ 82, 310, 321f. („Fersenabstützvorrichtung“); BGH GRUR 1993, 58 („Tchibo-Rolox II“: „weder schlechter noch besser“); Eichmann/Falckenstein § 14a Rn. 14; Schulte § 139 Rn. 27; Benkard-Rogge § 139 Rn. 63 a. E.

³⁶¹ BGHZ 82, 310.

„Da bei der Vergabe von Videorechten auf die Herstellung beschränkte Lizenzen erfahrungsgemäß unüblich sind, hätte die Beklagte eine ungeteilte Lizenz für die Vervielfältigung und Verbreitung der Videokassetten erwerben und dafür die übliche Gebühr auch dann bezahlen müssen, wenn es – wie hier infolge der Beschlagnahme und der Verurteilung zur Einwilligung in die Vernichtung – nicht zu einer Verbreitung kommt.“³⁶²

Auch wenn der Umfang der Verletzung nicht deshalb gering ist, weil der Verletzte sie unterbunden hat, sondern aus anderen Gründen, soll sich der Verletzer nicht darauf berufen können, dass der tatsächliche Umfang der Verletzung rückblickend zu berücksichtigen sei, wenn er mit der gewerblichen Verwertung des fremden Rechts einmal begonnen hat und der Verletzte dem Einwand, der Umfang der Verletzung sei minimal, entgegenhält, für die tatsächlich erfolgte Verletzung habe er keinen niedrigeren üblichen Tarif.³⁶³

cc) Zusammengesetzte Vorrichtungen und Berücksichtigung von Nebenleistungen

Wenn die Verletzung einen Bestandteil einer größeren Vorrichtung betrifft, kann sich die Lizenzgebühr nach der Gesamtvorrichtung berechnen, wenn der Bestandteil im Verhältnis zur Gesamtvorrichtung bedeutend ist.³⁶⁴ Stellte das Reichsgericht noch allein darauf ab, ob es verkehrsüblich ist, die Lizenzgebühr nach der Gesamtanlage zu berechnen³⁶⁵, verlangt der BGH in der Regel, dass die Gesamtanlage durch die geschützte Vorrichtung ihr „kennzeichnendes Gepräge“ erhält oder die Verwendung der patentierten Erfindung wenigstens eine konstruktive Anpassung auch der anderen Teile der Gesamtanlage erforderlich macht³⁶⁶. Auch dann kann jedoch die Herabsetzung des Lizenzsatzes mit Rücksicht darauf, dass das verletzte Patent eben doch nur eine Teilvorrichtung betrifft, geboten sein; ent-

³⁶² BGH GRUR 1990, 353 („Raubkopien“). Ähnlich BGH GRUR 1993, 899, 901 („Dia-Duplikate“).

³⁶³ BGH GRUR 1990, 1008, 1009 („Lizenzanalogie“): Zugrundelegung eines Lizenzvertrages für die zehnjährige weltweite Verwertung von Musiktiteln als Filmmusik, obwohl der Film nur bei zwei Filmfestspielen aufgeführt worden war. Vgl. dagegen BGH GRUR 1987, 364 („Vier-Streifen-Schuh“): Keine Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie, wenn lediglich Kataloge, die das mit einem markenverletzenden Zeichen gekennzeichnete Produkt zeigen, verteilt wurden, der Verletzte aber noch keinen Umsatz damit erzielt hat.

³⁶⁴ Loth § 24 GebrMG Rn. 50.

³⁶⁵ RGZ 144, 187, 190ff. („Berechnungsanlage“).

³⁶⁶ BGH GRUR 1962, 401, 404. („Kreuzbodenventilsäcke“) m. älteren Nachw.; BGH GRUR 1995, 578 („Steuer-einrichtung II“).

scheidend ist jedenfalls, was bei vertraglicher Einigung über eine Lizenz vernünftige Partner in Kenntnis der tatsächlichen Entwicklung vereinbart hätten.³⁶⁷ Die „Richtlinien für die Vergütung von Arbeitnehmererfindungen im privaten Dienst“³⁶⁸ können bei der Entscheidung hilfreich sein,³⁶⁹ dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass der Verletzer in der Regel ein marktreifes Verfahren oder Produkt übernimmt und Forschungs- und Entwicklungskosten einspart, so dass zusätzliche Verletzervorteile auszugleichen sein können³⁷⁰.

Die Mitverwertung eines anderen Schutzrechts wirkt sich nur lizenzmindernd aus, wenn „verständige Parteien“ dies entsprechend berücksichtigt hätten.³⁷¹

dd) Verletzerzuschlag auf die vertragliche Lizenzgebühr

Eine pauschale Erhöhung der angemessenen und üblichen Lizenzgebühr nimmt der BGH bei der ungenehmigten öffentlichen Wiedergabe von Musikstücken vor: Hier darf die GEMA 100% Aufschlag auf den üblichen Tarif verlangen.³⁷² Dies wird mit dem hohen Überwachungsaufwand der GEMA begründet, obgleich in anderen Fällen Verwaltungsaufwand, auch Kosten der Vorsorge gegen Eingriffe, nur dann bei der Berechnung des Schadensersatzes berücksichtigt werden dürfen, wenn diese Kosten gerade mit dem einzelnen Schadensfall in Zusammenhang stehen oder als Schadensminderungskosten angesehen werden können.³⁷³ Der BGH hält die Ausnahme für die öffentliche Musikaufführung für gerechtfertigt, weil die außerordentlich aufwendige Überwachung sonst nicht durchgeführt werden könnte und Verletzungen vielfach folgenlos blieben; im Übrigen habe der Gesetzgeber die Rechtsprechung stillschweigend gebilligt.³⁷⁴ Eine Ausweitung dieser Rechtsprechung auch auf andere Rechtsverletzungen hat der BGH abgelehnt.³⁷⁵

³⁶⁷ BGH GRUR 1962, 401, 403f. („Kreuzbodenventilsäcke“).

³⁶⁸ Vom 20. Juli 1959 (Beilage zum BAnz. Nr. 156 vom 18. August 1959), geändert durch die Richtlinie vom 1. September 1983, BAnz. Nr. 169.

³⁶⁹ Vgl. aber auch BGH GRUR 1995, 578, 580 („Steuereinrichtung II“): „nur mit großen Vorbehalten“ heranzuziehen, da möglicherweise überholt.

³⁷⁰ Bartenbach/Volz in FS für Nirk, 38, 46.

³⁷¹ BGHZ 82, 299, 303 („Kunststoffhohlprofil II“ – Patentrecht); BGH GRUR 1995, 578, 580 („Steuereinrichtung II“).

³⁷² BGHZ 59, 286 („Doppelte Tarifgebühr“).

³⁷³ Vgl. z. B. BGHZ 32, 280.

³⁷⁴ BGHZ 59, 286, 288 („Doppelte Tarifgebühr“).

³⁷⁵ BGHZ 97, 37, 49ff. („Filmmusik“).

Einen gesetzlichen Verletzerzuschlag sieht § 54 g Abs. 3 UrhG für die Kopiervergütung für den Fall vor, dass ein Verpflichteter die ihm obliegenden Angaben über die Anzahl hergestellter oder in Verkehr gebrachter Geräte gegenüber der Verwertungsgesellschaft nicht oder nicht vollständig und richtig gemacht hat.

d) „Verquickungsverbot“

Die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ darf nicht mit anderen Schadensberechnungsarten „verquickt“ werden. Darüber, was dies im Einzelnen bedeutet, besteht keine völlige Klarheit. Dazu hat unter anderem die Unsicherheit über die dogmatische Grundlage dieser Schadensberechnungsmethode beigetragen. Die nachfolgenden Ausführungen können nur einen ersten Einblick in die Problematik geben; ein deutliches Bild wird sich erst im weiteren Verlauf der Untersuchung abzeichnen, wenn weitere Schadensberechnungsarten und Schadenspositionen analysiert werden und weitere Fallkonstellationen durchgespielt werden.

Das „Verquickungsverbot“ geht auf eine Entscheidung des Reichsgerichts zurück, wonach der Verletzte nicht zugleich „konkreten entgangenen Gewinn“ wegen seiner Absatzeinbußen und eine angemessene Lizenzgebühr verlangen kann. In dem zu Grunde liegenden Fall, der eine Patentverletzung betraf, stand (als hinreichend wahrscheinlich) fest, dass dem Verletzten etwa die Hälfte des vom Verletzer erzielten Umsatzes entgangen war; der Rest wäre anderen Wettbewerbern zugute gekommen. Dem Verletzten wurde von dem Berufungsgericht „konkreter entgangener Gewinn“ in Bezug auf den ihm entgangenen Absatz zugesprochen, und für denjenigen Umsatz des Verletzers, den der Verletzte selbst nicht hätte machen können, erhielt er eine Lizenzgebühr. Das Reichsgericht verwarf diese Vorgehensweise als rechtsfehlerhaft:

„Beide Berechnungsarten gehen von einander ausschließenden Fragestellungen aus. Mit der Schadensberechnung nach dem entgangenen Absatz verlangt die Klägerin Herstellung des Zustandes, in dem sich ihr Vermögen befinden würde, wenn die Patentbenutzung der Beklagten überhaupt nicht stattgefunden hätte. (...) Im Gegensatz hierzu geht die Schadensberechnung nach der entgangenen Lizenzgebühr nicht davon aus, was der Berechtigte haben würde, wenn der Verletzer das Patent überhaupt nicht benutzt hätte. Sie nimmt vielmehr die Patent-

benutzung als geschehen hin und knüpft lediglich daran an, dass der schuldhaft handelnde Verletzer sich so behandeln lassen müsse, als ob er mit dem Berechtigten einen Lizenzvertrag abgeschlossen hätte, weil er in dieser Hinsicht nicht besser gestellt sein dürfe als ein redlicher Lizenznehmer. Aus diesen Erwägungen ergibt sich die Unzulässigkeit des von dem Berufungsrichter eingeschlagenen Verfahrens. Wird dem Verletzten auf sein Verlangen eine angemessene Lizenzgebühr zugebilligt, so genehmigt er damit zwar nicht die Patentverletzung. Aber die Sachlage ist nunmehr so zu betrachten, als ob die Lieferungen des Verletzers auf Grund eines Lizenzvertrages erfolgt wären. Als Schadensausgleich kommt also nur eine Berechnung der Lizenzgebühr von dem ganzen Umsatz in Frage, den der Verletzer in dem der Schadensberechnung zugrunde liegenden Zeitraum erzielt hat. Mit dem Ausgangspunkt dieser Berechnungsart ist die Zubilligung entgangenen Gewinns wegen Absatzminderung des Verletzten unvereinbar. Entsprechendes gilt für die Lizenzgebühr bei Berechnung des Schadens auf der Grundlage der Absatzminderung. Denn wenn die Patentbenutzung nicht stattgefunden hätte, würde der Abschluss eines Lizenzvertrags nicht in Betracht gekommen sein. Für den ersten Fall ist noch darauf hinzuweisen, dass die angemessene Lizenzgebühr regelmäßig unter Berücksichtigung der in den Gewinnaussichten sich ausdrückenden wirtschaftlichen Bedeutung des Patents festzusetzen ist. Danach durfte der Berufungsrichter nicht für denselben Zeitraum auf der Grundlage der Absatzminderung der Klägerin Ersatz für den ganzen aus dem Gesamtumsatz der Beklagten ermittelten Schaden und daneben noch eine Lizenzgebühr von einem Teile dieses Umsatzes zubilligen. Es wäre vielmehr nur eine einheitliche Schadensberechnung auf die eine oder die andere Weise möglich gewesen...³⁷⁶

Der Verletzte muss somit für die Gesamtheit der Verletzungshandlungen einheitlich entscheiden, ob er entgangenen Gewinn wegen des ihm entgangenen Absatzes oder eine angemessene Lizenzgebühr fordern will. Dies wird damit begründet, dass die Liquidation einer Schadensersatzlizenz für irgendeinen Teil der streitgegenständlichen Verletzungshandlungen dazu führe, dass sämtliche streitgegenständlichen Lieferungen des Verletzers nunmehr so zu betrachten seien, als seien sie von einem Lizenzvertrag mit dem Berechtigten gedeckt. Dies soll aber wiederum nicht gleichbedeutend mit einer Genehmigung der Verletzungshandlungen durch den Verletzer sein.

³⁷⁶ RGZ 156, 65, 68f. („Scheidenspiegel“).

Die strenge Alternativität von konkretem entgangenem Gewinn und Schadensersatzlizenz wurde auch vom BGH beibehalten. In der „Prozessrechner“-Entscheidung erklärte der I. Senat des BGH sogar, die Liquidierung einer Schadensersatzlizenz stehe nicht nur in einem Alternativverhältnis zur Liquidierung entgangenen Gewinns, sondern zur Geltendmachung jeglichen konkret berechneten Schadens.³⁷⁷ Ob daran festgehalten wird, ist allerdings zweifelhaft.³⁷⁸ Zumindest aber liegt dieser Entscheidung – wie auch anderen, späteren Entscheidungen – ein schadensersatzrechtliches Verständnis der Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr zu Grunde. Demgegenüber beruht die einige Jahre später ergangene „Tolbutamid“-Entscheidung des X. Senats des BGH auf einer anderen Sicht. Der X. Senat, der kurz zuvor bei Patentverletzungen erstmals einen Bereicherungsanspruch des Verletzten aus Eingriffskondition anerkannt hatte,³⁷⁹ vertrat die Ansicht, die Schadensersatzlizenz sei ihrem „Wesen“ nach ein bereicherungsrechtliches Institut, das nur aus historischen Gründen ursprünglich im Schadensersatzrecht etabliert worden sei:

„Die ‚Schadensliquidation nach Lizenzgrundsätzen‘, die gewohnheitsrechtlich als eine ‚Berechnungsart für den durch die Schutzrechtsverletzung entstandenen Schaden‘ aufgefasst wird, hat starke Ähnlichkeit mit dem inzwischen vom Senat anerkannten Bereicherungsausgleich bei rechtswidriger Patentbenutzung (BGHZ 68, 90 – Kunststoffhohlprofil). Im Falle schuldhaft rechtswidriger Schutzrechtsbenutzung bestehen erst recht keine Bedenken, dem Verletzten einen solchen Ausgleich zuzusprechen. Aus dem Wesen des Anspruchs folgt einerseits, dass die Geltendmachung eines darüber hinausgehenden Schadens, zum Beispiel eines die angemessene Lizenz überschreitenden entgangenen Gewinns, nicht ausgeschlossen ist, aber andererseits, dass zur Begründung der Lizenzhöhe Umstände, die nicht den Umfang der Bereicherung, sondern nur die Schadenshöhe betreffen, nicht herangezogen werden dürfen. Das würde dem Grundsatz widersprechen, dass die einzelnen ‚Berechnungsarten‘ zur Ermittlung des ‚Schadensbetrages‘ nicht miteinander vermengt werden dürfen (zuletzt BGH GRUR 1977, 539, 543 – Prozessrechner m. w. N.).“³⁸⁰

³⁷⁷ BGH GRUR 1977, 539 („Prozessrechner“).

³⁷⁸ Zur Kritik an der Entscheidung und späteren Aussagen, die wieder darauf hindeuten, dass die Schadensersatzlizenz doch nur im Gegensatz zur Liquidierung entgangenen Gewinns durch entgangenen Absatz stehen soll, im Einzelnen unten Abschnitt 4. d).

³⁷⁹ Dazu unten D.

³⁸⁰ BGHZ 77, 16, 25f. („Tolbutamid“).

Obwohl hier die „Prozessrechner“-Entscheidung als Beleg angeführt wird, beruht die „Tolbutamid“-Entscheidung nicht nur auf einer anderen Sicht der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“, sondern diese führt auch zu anderen praktischen Konsequenzen. Nunmehr sollen die Schadensberechnungsarten grundsätzlich nebeneinander anwendbar sein; es soll lediglich darauf zu achten sein, dass für die Bemessung der Lizenzgebühr nicht solche tatsächlichen Umstände berücksichtigt werden, die ausschließlich den Schaden des Verletzten (und nicht zumindest auch die Bereicherung des Verletzers) betreffen. Diese Formulierung wurde vom BGH nie explizit zurückgenommen. Sie wurde später jedoch nicht mehr verwendet. Sie erscheint auch nicht folgerichtig, denn eine „Vermischung der Berechnungsarten“ tritt auch ein, wenn man bei der Bemessung der Lizenz Umstände berücksichtigt, die für die Bereicherung des Verletzers und den Schaden des Verletzten bestimmend sind, was der BGH ausdrücklich zulässt³⁸¹.

Besonders in marken- und wettbewerbsrechtlichen Fällen, aber auch bei der Verletzung anderer gewerblicher Schutzrechte kann ein Schaden in Form einer „Marktverwirrung“ oder einer „Diskreditierung“ des verletzten Rechts entstehen. Das Wesen dieses Schadens und sein Verhältnis zur Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr wird unter 4. behandelt.

e) In der Literatur vertretene Ansichten zur Dogmatik der Lizenzgebühr

aa) Lizenzgebühr als entgangener Gewinn

Wie gezeigt, sieht die Rechtsprechung die Lizenzgebühr in manchen Fällen als entgangenen Gewinn an, der nach den allgemeinen Vorschriften ersatzfähig ist. Auch solche Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung dem Verletzten eine Lizenzgebühr ausdrücklich auf Grund einer gewohnheitsrechtlichen Abweichung von den allgemeinen schadensrechtlichen Vorschriften gewährt, begründet sie manchmal damit, dass die Lizenzgebühr zumindest typischerweise einen Gewinnentgang des Verletzten darstelle.

³⁸¹ S. o. C. II. 2. c) bb): So berücksichtigt der BGH den Umstand, dass der Verletzte keinen Einfluss auf die Preispolitik des Verletzten hat, lizenz erhöhend.

Die Ansicht, dass die Lizenzgebühr einen nach den allgemeinen Vorschriften ersatzfähigen Gewinn darstellen kann, wird nur von wenigen geteilt.³⁸²

Peter Müller vertritt die Ansicht, dass die angemessene Lizenzgebühr nicht einmal dann als entgangener Gewinn angesehen werden könne, wenn es im konkreten Fall wahrscheinlich gewesen wäre, dass ohne die Verletzung ein Lizenzvertrag zwischen Verletzer und Verletztem zu Stande gekommen wäre: Nach der Differenzmethode dürfe nur die rechtswidrige Handlung hinweggedacht, nicht aber etwas hinzugedacht werden. Indem man darauf abstelle, dass der Verletzer die Rechtsverletzung ohne Genehmigung begangen habe, komme es zu einer „Doppelverwertung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals“, da die Rechtswidrigkeit bereits Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs sei. Die Frage, ob durch die rechtswidrige Handlung auch ein Schaden entstanden ist, gehöre dagegen systematisch bereits zur Rechtsfolgenseite. Zur Klärung dieser Frage müsse und dürfe deshalb allein darauf abgestellt werden, wie der Verletzer ohne die rechtswidrige Handlung stehen würde, und nicht darauf, wie er stehen würde, wenn der Verletzer rechtmäßig gehandelt hätte.³⁸³

Andere greifen stärker die tatsächlichen Grundlagen an, auf der die These von der Lizenzgebühr als entgangenem Gewinn aufbaut: dass der Verletzte die Lizenzgebühr „wahrscheinlich“ (§ 252 S. 2 BGB) verdient hätte oder dass sie jedenfalls typischerweise dem Verletzten zugute komme, was Voraussetzung der Zulässigkeit einer abstrakten Schadensberechnung wäre.³⁸⁴ Solle sich die Schadensberechnung im Rahmen des § 252 S. 2 BGB bewegen, müsse der Schutzrechtsinhaber jeweils den konkreten Nachweis erbringen, dass der Verletzte wahrscheinlich nur die Wahl hatte, entweder die Verletzungshandlung zu begehen oder die von ihm beabsichtigte Handlung legal gegen Entgelt vorzunehmen; dies sei sehr oft nicht der Fall, weil der Verletzer oft die Möglichkeit habe, ganz auf die Verletzungshandlung zu verzichten.³⁸⁵

Weiter wird die Ansicht vertreten, die Anrechnung der Vorteile, die die Verletzungshandlung für den Verletzten bewirkt, insbesondere die Steigerung seines ei-

³⁸² Keuk, S. 84ff.; Möhring/Nicolini-Lütje § 97 Rn. 165; MünchKomm-BGB-Oetker § 252 Rn. 55f.; differenzierend Staudinger-Schiemann, 13. Bearbeitung 1998, § 252 BGB Rn. 21; § 249 BGB Rn. 201 (entsprechende Anwendung von §§ 252, 287 ZPO sei sinnvoll).

³⁸³ Peter Müller, S. 104f.

³⁸⁴ Kraßer GRUR Int. 1980, 259, 262: Es könne niemals davon ausgegangen werden, dass die Umsätze des Verletzers in vollem Umfang direkt oder in Form von Lizenzgebühren mittelbar dem Berechtigten zugute gekommen wären.

³⁸⁵ Sack in FS Hubmann, 373, 389f.; v. Holleben, S. 103.

genen Absatzes durch die Steigerung seiner Bekanntheit infolge der unrechtmäßigen Kopien³⁸⁶, führe häufig dazu, dass der Verletzte im Ergebnis keine Vermögensinbuße erleide.

Schließlich wird die These von der Lizenzgebühr als (typischem) Gewinnentgang des Verletzten auch deshalb abgelehnt, weil sie nicht erklären könne, warum die Lizenzgebühr auch zugebilligt wird, wenn der Verletzte den Eingriff tatsächlich auch gegen Entgelt nicht gestattet hätte, und sogar dann, wenn ihm dies rechtlich nicht gestattet gewesen wäre.³⁸⁷ Während diejenigen, die die Lizenzgebühr grundsätzlich als Gewinnentgang des Verletzten ansehen wollen, daraus den Schluss ziehen, dass eine Lizenzgebühr in solchen Fällen eben nicht hätte zugebilligt werden dürfen,³⁸⁸ billigt die Gegenauffassung die Rechtsprechung im Ergebnis.

bb) Objektive Schadensberechnung; Gewohnheitsrecht

Wie gezeigt, begründete die Rechtsprechung die Gewährung der Lizenzgebühr früher auch damit, dass der Verletzer nicht besser stehen dürfe als ein rechtmäßiger Lizenznehmer. Dieses Erstrecht-Argument wird von der Kommentarliteratur zwar wiedergegeben, von der Literatur aber selten diskutiert. Ausdrücklich abgelehnt wird es von *Däubler*³⁸⁹, der meint, dass es auf der falschen Prämisse beruhe, dass der Deliktsanspruch stets ein Mehr gegenüber dem vertraglichen Anspruch sei und ein deliktisch Handelnder darum stets mindestens dieselben Pflichten wie derjenige habe, der das verletzte Recht auf Grund eines Vertrages in Anspruch nimmt. Die Situation eines Vertragspartners und eines deliktisch Handelnden seien aber qualitativ verschieden. Würde man stets den deliktisch Handelnden mit einem Vertragspartner gleichstellen, so *Däubler* weiter, würde außerdem das Institut des faktischen Vertrags uferlos ausgeweitet werden.

Überwiegend (und letztlich auch von *Däubler*) wird der Anspruch auf die Lizenzgebühr als Schadensberechnungsmethode jedoch im Ergebnis gebilligt, auch soweit die von der Rechtsprechung dafür gegebene abgelehnt wird. *Däubler* hält

³⁸⁶ Vgl. dazu schon die „Ariston“-Entscheidung, oben C. II. 2. a) aa).

³⁸⁷ Sack in FS Hubmann, 373, 391.

³⁸⁸ Keuk, S. 76ff.; Mestmäcker JZ 1958, 521, 525.

³⁸⁹ JuS 69, 49, 50f.

die Erwägung, dass ohne die Zuerkennung wenigstens eines objektiv angemessenen Entgelts als Schadensersatz die besonders leicht verletzbarsten Rechte nicht respektiert würden, für eine ausreichende Begründung.³⁹⁰ Dass darauf gerade durch Zuerkennung eines angemessenen Entgelts reagiert wird, erklären einige durch Rückgriff auf die wegen ihres Einflusses auf die Rechtsprechung bereits oben³⁹¹ dargestellte Ansicht von *Neuner*, der die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ für eine Ausprägung eines objektiven Schadenbegriffs hielt.³⁹² *Neuner* wollte jedoch nur Güter, die im Verkehr erworben und veräußert werden, objektiv bewerten. Die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ ist dagegen auch auf Konstellationen ausgedehnt worden, in denen die entgeltliche Gestattung des Eingriffs rechtmäßig gar nicht möglich wäre. *Steindorff* erklärt dies damit, dass sie in diesen Fällen den Charakter einer repressiven Buße annehme.³⁹³ Demgegenüber hat die Rechtsprechung stets betont, dass das Schadensersatzrecht keine Strafzwecke verfolge. Die vielfach geforderte³⁹⁴ pauschale Erhöhung der angemessenen und üblichen Lizenzgebühr in Verletzungsfällen lehnt der BGH daher *de lege lata* ab.³⁹⁵

cc) Bereicherungsrechtliche Einordnung

Ein Teil derjenigen, die die These von der „Lizenzgebühr als (typischem) Gewinnentgang des Verletzten“ ablehnen, hält den Anspruch des Verletzten auf ein angemessenes Entgelt für den Eingriff für ein im Kern bereicherungsrechtliches Institut, das lediglich aus historischen Gründen als Fremdkörper in das Schadensersatzrecht gelangt sei.³⁹⁶ Einige dieser Autoren vertreten die Ansicht, dass die Rechtfertigung der schadensrechtlichen „Lizenzanalogie“ jedenfalls entfallen sei, seit die Rechtsprechung anerkannt hat, dass bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten Bereicherungsansprüche aus Nichtleistungskondition bestehen (dazu s. unten D.), denn seitdem werde bereits durch den Bereicherungsanspruch gewährleistet, dass der Verletzer nicht mehr besser stehe als ein regulärer

³⁹⁰ Däubler JuS 1969, 49, 51.

³⁹¹ C. II. 2. b) cc).

³⁹² v. Bar UFITA 81 (1978) 57; Carsten Stoll, S. 268ff.

³⁹³ Steindorff AcP 158, 431, 455.

³⁹⁴ Z. B. Körner FS Steindorff, 877, 889.

³⁹⁵ Ausnahme: die Verdoppelung der GEMA-Tarife bei der Verletzung von Musikaufführungsrechten, s. o. C. II. 2. c) dd).

³⁹⁶ v. Caemmerer FS Rabel, 333, 354; Ellger, Kap. V § 19 II 4. c), S. 639ff.

Lizenznehmer.³⁹⁷ Die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Lizenzanalogie auf wettbewerbsrechtlich geschützte Positionen hält *Ellger* aus ökonomischen und wettbewerbsrechtlichen Gründen für zu weit gehend.³⁹⁸

3. „Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn“

Die zweite sogenannte objektive Schadensberechnungsmethode neben der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ ist die Herausgabe des Gewinns, den der Verletzer erzielt hat. Sie ist heute auf alle gewerblichen Schutzrechte, das Urheberrecht, den ergänzenden Leistungsschutz und auf manche Persönlichkeitsrechtsverletzungen anwendbar. Ihre Anwendung beruht größtenteils auf Richterrecht, dessen dogmatische Begründung nicht abschließend geklärt ist, was in Grenzbereichen zu Unsicherheiten darüber führt, ob diese Schadensberechnungsmethode anwendbar ist oder nicht (dazu sogleich a)). Im Urheber- und Geschmacksmusterrecht ist der Anspruch auf den Verletzergewinn heute spezialgesetzlich kodifiziert (dazu b). Der genaue Umfang des Anspruchs und sein Verhältnis zu anderen Schadenspositionen ist nicht abschließend geklärt (dazu unten c) und d)). In der Literatur ist diese Schadensberechnungsmethode umstritten (e)). Abschnitt f) befasst sich mit der Frage, ob diese Schadensberechnungsmethode auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen anwendbar ist.

a) **Heranbildung in der Rechtsprechung zum gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht**

Dass der Verletzte vom schuldhaft handelnden Verletzer dessen Gewinn herausverlangen kann, wird heute fast ohne jede Gegenstimme als gewohnheitsrechtlich gefestigt anerkannt. Dies wird wie die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ vor allem mit der leichten Verletzbarkeit der betreffenden Rechtspositionen und den Schwierigkeiten des Berechtigten, einen konkreten Schaden nachzuweisen, begründet. Diese Gesichtspunkte erklären jedoch nicht, warum dem Verletzten gerade durch Schaffung eines Anspruchs auf den Verletzergewinn

³⁹⁷ Sack FS Hubmann 373ff.; Fest, S. 14; v. Holleben, S. 102ff.

³⁹⁸ Dazu unten D. IV. 1. b) bb).

geholfen werden muss. Dafür hat die Rechtsprechung im Laufe der Zeit unterschiedliche Begründungen gegeben, für die sie besonders in der Anfangszeit vielfältige Gesichtspunkte aus dem Schadensrecht, dem Bereicherungsrecht, dem Sachenrecht und dem Geschäftsführungsrecht angeführt hat, die wohl nicht zweimal auf dieselbe Art miteinander kombiniert wurden, so dass sich ein zumindest auf den ersten Blick verwirrendes Bild ergibt. Trotzdem wird nachfolgend versucht, diese Entwicklung nachzuzeichnen, da die Herleitung des Anspruchs Aufschlüsse über seinen genauen Anwendungsbereich, über die Höhe des Anspruchs auf den Verletzergewinn und über sein Verhältnis zu anderen Ansprüchen oder Schadenspositionen geben könnte.

aa) Entwicklung bis zum Inkrafttreten des BGB

In dem Abschnitt über die Ermittlung des entgangenen Gewinns (oben 1.) wurde bereits erwähnt, dass das Reichsgericht ursprünglich annahm, es könne für die Ermittlung der Schadenshöhe bei einer Patentverletzung davon ausgegangen werden, dass „dem Patentberechtigten entzogen [sei], was der Nichtberechtigte in unberechtigter Anwendung des Gegenstandes der patentierten Erfindung gewerbsmäßig produziert und abgesetzt [habe]“³⁹⁹. Im „klassischen“ Urheberrecht ist eine solche Annahme allerdings schwer zu begründen, da der schöpferisch tätige Urheber häufig nicht als Produzent tätig ist. In der bereits erwähnten urheberrechtlichen „Ariston“-Entscheidung⁴⁰⁰ führte das RG ein neues Argument ein:

„[D]er Kläger [kann] die Tatsache, dass die Beklagte Früchte aus seinem geistigen Eigentume gezogen und dieselben in Geld umgesetzt hat, gelten lassen, indem er nur dies als die Schaden stiftende Handlung der Beklagten ansieht, dass sie das Geld für sich allein gewonnen, die Notenscheiben ausschließlich für eigene Rechnung hergestellt und verwertet hat. Darf der Kläger diese Seite der Handlung der Beklagten als das Schaden stiftende Ereignis ansehen, so besteht sein Schade, bzw. der ihm vorenthaltene Gewinn, aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, aus dem, was er infolge dieses Ereignisses nicht hat und doch haben würde, wenn die Beklagte zwar die nutzbringende Umsetzung der Kompositionen des Klägers ins Werk gesetzt hätte, aber nicht für eigene Rechnung,

³⁹⁹ RGZ 43, 56.

⁴⁰⁰ Zum Sachverhalt s. o. C. II. 2. a) aa).

sondern wie ein Geschäftsführer für fremde Rechnung, zum Nutzen und für Rechnung des Klägers oder doch wenigstens zum gemeinschaftlichen Nutzen.⁴⁰¹

In einer patentrechtlichen Entscheidung setzte es den Schaden des Berechtigten mit dem Vorteil des Verletzers gleich:

„Denn in demselben Maße, wie es dem Widerkläger gelang, das Rezept gegen Entgelt an Dritte weiterzugeben, wurde dem Erfinder die Möglichkeit entzogen, das ihm zustehende Ausschließungsrecht durch Erteilung von Lizenzen gewerblich zu verwerten. (...) [Der Verletzer] benutzte damit das geistige Eigentum des Beklagten widerrechtlich zu eigenem Vorteil und muss den dadurch entzogenen Gewinn dem Beklagten herausgeben, da sich, wie von diesem Senat wiederholt erkannt ist, eine solche Gewinnziehung als ein dem Patentinhaber zugefügter Vermögensschade wohl auffassen lässt.“⁴⁰²

Grundlegende Voraussetzung für eine effektive Durchsetzung des – schadensersatzrechtlich begründeten – Anspruchs auf Herausgabe des Gewinns ist die Verpflichtung des Beklagten, Rechnung über den erzielten Gewinn zu legen. Diese Verpflichtung leitete das Reichsgericht aus der im gemeinen Recht bestehenden Regel über die unberechtigte Eigengeschäftsführung (Geschäftsanmaßung) her:

„Fällt, wie vom Reichsgericht angenommen wird, der Gewinn, welchen der Kläger durch gewerbliche Verwertung des dem Beklagten patentierten Verfahrens bezogen hat, unter den Begriff des Schadens, dessen Ersatz der Beklagte nach § 35 des Patentgesetzes fordern kann, so ist nicht ausgeschlossen, bezüglich der Hilfsmittel, welche dem Beklagten zur Erlangung einer Kenntnis von der Höhe des vom Bekl. gezogenen Gewinnes dienlich sind, die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes anzuwenden. Das gemeine Recht (...) lässt denjenigen, welcher widerrechtlich fremdes Vermögen als eigenes behandelte, wie einen Geschäftsführer haften, der fremde Geschäfte gewinnsüchtig für sich besorgte. Daraus ergibt sich, daß derselbe auf Rechnungslegung über den auf diese Weise rechtswidrig gezogenen Gewinn haftet. (...) Auch nach den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches würde dem Widerbeklagten gemäß §§ 687 Abs. 2, 681 und 666 die Pflicht zur Rechnungslegung obliegen.“⁴⁰³

⁴⁰¹ RGZ 35, 63, 70f. („Musikautomat Ariston“ – Urheberrecht).

⁴⁰² RGZ 46, 14, 16f. (Patentrecht).

⁴⁰³ RGZ 46, 14, 18.

Der erste Satz des Zitats lässt erkennen, dass das Reichsgericht gewisse Bedenken hatte, auf das gemeine Recht bzw. das BGB zu rekurren, weil die Gesetze über den Schutz von Immaterialgüterrechten als abschließend galten. Es weist gleichsam beschwichtigend darauf hin, dass sich der Anspruch auf den Verletzererfolg selbst bereits aus dem Begriff der Entschädigung in der einschlägigen Bestimmung des Patentgesetzes ergebe und es nur für den Hilfsanspruch auf Rechnungslegung auf das Geschäftsführungsrecht zurückgreife. Zur Rechtfertigung der analogen Anwendung des Rechnungslegungsanspruchs wiederum meint es darlegen zu müssen, dass auch dessen Voraussetzungen vorlägen.

Das Argument, dass der Verletzererfolg einen dem Verletzten zu ersetzenden Schaden darstelle, ist nicht haltbar, wenn feststeht, dass der Gewinn des Verletzers dem Verletzten nicht entgangen ist, weil letzterer ihn auch bei Unterbleiben der Verletzung nicht hätte erzielen können. Darum trat allmählich der in diesen frühen Entscheidungen schadensrechtlich verbrämte Geschäftsführungsgedanke auch im Rahmen des Hauptanspruchs ganz in den Vordergrund. Die Rechtsprechung setzte demnach die Verletzung des Rechts mit seiner Verwertung gleich und meinte, dass der daraus gezogene Gewinn dem Inhaber des Rechts gebühre. Dies begründete die Rechtsprechung damit, dass sich jeder unter Verletzung des gewerblichen Schutzrechts hergestellte Gegenstand

„als eine Verkörperung des geschützten Erfindungsgedankens oder der Formgebung darstelle, und daß daher der gewerbsmäßige Vertrieb solcher Gegenstände durch einen nicht Berechtigten zugleich eine eigennützige Verwertung eines fremden Rechtsgutes enthalte, mithin als Besorgung eines fremden Geschäfts im Sinne des § 687 Abs. 2 anzusehen sei“⁴⁰⁴.

Die Produktion und der Vertrieb rechtsverletzender Gegenstände stelle zwar grundsätzlich ein eigenes Geschäft des Verletzers dar (und nicht ein für ihn fremdes Geschäft, nämlich das des Verletzten). Da zum Inhalt des Schutzrechts jedoch gehöre, dass der Erlös aller Gegenstände, die das geschützte geistige Eigentum „verkörpern“, dem Berechtigten gebührt (eine durchaus umstrittene Prämisse⁴⁰⁵), sei der Vertrieb solcher Gegenstände immer zumindest auch ein Geschäft des Schutzrechtsinhabers und damit ein für den Verletzer „auch fremdes“

⁴⁰⁴ RGZ 108, 1, 5ff (spätere Entscheidung, die Passage erläutert jedoch die früheren Entscheidungen).

⁴⁰⁵ Vgl. nur Schulz AcP 105, 1, 82f.

Geschäft, auf das die Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag zumindest entsprechend anzuwenden sind.⁴⁰⁶

In der „Ariston“-Entscheidung begründete das Reichsgericht den Anspruch auf den Verletzererfolg zusätzlich noch damit, dass der Verletzererfolg unabhängig davon, ob ihm eine konkrete Vermögenseinbuße des Verletzten gegenüberstehe, stets die Untergrenze des Schadensersatzanspruchs bilden müsse. Dieser Gedanke liegt auch einer kurz nach „Ariston“ ergangenen patentrechtlichen Entscheidung zu Grunde:

„In dem Urteile JW 1890, 162 Nr. 17 wird ausgesprochen, daß ‚für die Ermittlung der Schadenshöhe bei einer Patentverletzung‘ davon ausgegangen werden dürfe, es sei ‚dem Patentberechtigten entzogen, was der Nichtberechtigte in unberechtigter Anwendung des Gegenstandes der patentierten Erfindung gewerbsmäßig produziert und abgesetzt‘ habe. Es handelte sich damals um die unbefugte Benutzung einer patentierten Maschine (...) Dasselbe wird gelten, wenn unbefugte Herstellung und Vertreibung patentierter Erzeugnisse in Frage steht. Dieser Grundsatz kann zwar in Fällen der vorliegenden Art nicht unmittelbar zur Anwendung kommen, da es sich hier um die Anwendung eines Verfahrens handelt, durch die dem Patentberechtigten nicht Konkurrenz gemacht wird. Gleichwohl ist auch hier die Verpflichtung zur Herausgabe des erzielten Gewinns anzuerkennen, und zwar deshalb, weil hier, wie dort, eine Bereicherung aus fremdem Vermögen vorliegt. Der Begriff einer solchen Bereicherung beschränkt sich nicht auf den Gewinn, den der Berechtigte selbst hätte ziehen können. In den Quellen des römischen Rechts wird vielfach eine ungerechtfertigte Bereicherung und die Pflicht zur Herausgabe in Ansehung eines Gewinnes anerkannt, den der Berechtigte nicht gezogen hat, ohne daß zur Bedingung gemacht wird, dass er ihn hätte ziehen können (...) Eine Bereicherung aus fremdem Vermögen ist daher auch dann erfolgt, wenn sie durch Benutzung oder Gebrauch fremden Eigentums erlangt wird (...), und dieser allgemeine Begriff darf deshalb auch dem § 34, bzw. 35 der Patentgesetze zu Grunde gelegt werden. [Anm.: Diese Normen richteten sich auf die „Entschädigung“ des Patentinhabers und wurden unstreitig als Schadensersatzanspruch angesehen.] Hiernach steht

⁴⁰⁶ Anders liegt es mit der Zerstörung des Rechts, diese ist niemals ein Geschäft des Verletzten, RGZ 83, 37, 42 (Veröffentlichung mit der Folge, dass kein Patent mehr erteilt werden konnte).

nichts im Wege, den angeblich von dem Beklagten erzielten Nutzen als einen Gewinn zu betrachten, der aus dem Vermögen des Klägers gemacht ist.“⁴⁰⁷

Danach stellt der Verletzergewinn eine ungerechtfertigte Bereicherung dar und diese wiederum einen Schaden. Diese Verquickung schadenersatz- und bereicherungsrechtlicher Gesichtspunkte geht auf eine von *Kohler* vertretene Ansicht zurück, wonach unter dem Begriff der patentrechtlichen Entschädigung „nicht nur Entschädigung im engeren Sinne, sondern Entschädigung und Bereicherungsrestitution zu verstehen“ sei.⁴⁰⁸ *Fritz Schulz*, der für eine bereicherungsrechtliche Qualifikation des Gewinnherausgabeanspruchs eintrat, bekämpfte dies als „unsägliche Verwirrung“. Wie umstritten die Gleichsetzung von Bereicherung und Entschädigung auch innerhalb des Reichsgerichts war, zeigt ein zeitlich zwischen den beiden soeben zitierten Entscheidungen ergangenes Urteil, in dem es hieß:

„Der Anspruch auf Entschädigung kann nicht auf Herausgabe des aus jenem unlauteren Gebrauch der Ausstattung gezogenen Gewinns gehen; denn die Entschädigung umfasst nicht ohne weiteres die Bereicherung, welche aus der widerrechtlichen Handlung gezogen ist. Entschädigung und Bereicherung sind rechtlich verschiedene Begriffe.“⁴⁰⁹

Für den praktisch wichtigen Rechnungslegungsanspruch war das Reichsgericht jedoch stets auf den Anspruch aus dem Geschäftsführungsrecht angewiesen. Dadurch gewann der Geschäftsführungsanspruch immer mehr an Bedeutung. Bereits 1909 stellte das Reichsgericht fest:

„Die Annahme, daß der entschädigungspflichtige Verletzer eines fremden Patentes auch verbunden sei, über den aus der Patentverletzung gezogenen Gewinn Rechenschaft zu geben, beruht auf konstanter Rechtsprechung des Reichsgerichts, die schon in die Zeit vor dem 1. Januar 1900 [d. h. vor dem Inkrafttreten des BGB, Anm. d. Verf.] zurückreicht und auch unter der Herrschaft des neuen Rechts festgehalten worden ist. (...) Vermittelt ist diese Praxis durch die Vorschriften der Landesrechte, jetzt des Bürgerlichen Gesetzbuchs, über die Geschäftsführung.“⁴¹⁰

⁴⁰⁷ RGZ 43, 56; bestätigt und auf das Gebrauchsmusterrecht ausgedehnt in RGZ 50, 111.

⁴⁰⁸ Ausführlicheres Zitat und Hinweise auf verschiedene Werke Kohlers bei Schulz AcP 105 [1909] 1, 64f.

⁴⁰⁹ RGZ 47, 102.

⁴¹⁰ RGZ 70, 249, 252.

bb) Exkurs: Die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag

Das klassische römische Recht regelte das Verhältnis zwischen einem Abwesenden und demjenigen, der in seiner Abwesenheit seine Geschäfte für ihn geführt hatte, ohne dazu beauftragt zu sein. Die Geschäftsführung (*negotiorum gestio*) führte zu Ansprüchen des Geschäftsführers auf Ersatz seiner Auslagen, weil die Besorgung fremder Angelegenheiten in einem solchen Fall als sozial nützlich und daher erwünschtes Verhalten angesehen wurde.⁴¹¹ Im Gegenzug konnte der Geschäftsherr den Geschäftsführer auf Rechnungslegung über seine Tätigkeit sowie auf das, „was immer [der Geschäftsführer] entweder nicht [so], wie es geboten war, besorgt hat oder was er aus den Geschäften [des Geschäftsherrn] zurückhält (*ex his negotiis retinet*)“⁴¹², in Anspruch nehmen. Dieser zuletzt genannte Anspruch des Geschäftsherrn sollte nach einem *argumentum a fortiori* erst recht gegen denjenigen bestehen, der ein fremdes Geschäft nicht im Interesse des Geschäftsherrn, sondern um seines eigenen Vorteils willen geführt hat:

„Doch auch wenn jemand meine Geschäfte nicht im Hinblick auf mich geführt hat, sondern um seines eigenen Vorteils willen, dann habe er, hat Labeo geschrieben, zwar eher sein eigenes als mein Geschäft geführt (wer nämlich ein Geschäft übernimmt, um einen anderen auszuplündern, ist auf seinen Gewinn aus und nicht auf meinen Nutzen). Aber nichtsdestoweniger, ja um so mehr haftet auch dieser mit der Geschäftsführungsklage. Er selbst jedoch hat, wenn er etwas für meine Angelegenheiten aufwendet, nicht in der Höhe seiner Auslagen eine Klage gegen mich – da er sich unredlich mit meinem Geschäft befasst hat –, sondern nur in der Höhe des Betrages, um den ich bereichert bin.“⁴¹³

Dig. 3,5 fand Eingang in das gemeine Recht und war die Grundlage der §§ 677ff. des 1900 in Kraft getretenen BGB.⁴¹⁴ Hier wird zunächst das gesetzliche Schuldverhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag geregelt. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, das übernommene Geschäft im Einklang mit dem Willen und dem Interesse des Geschäftsherrn zu führen, alles, was er aus der Geschäftsführung erlangt hat, an den Geschäftsherrn herauszugeben (§§ 681, 667 BGB) und über seine Geschäftsführung Rechnung zu legen (§§ 681, 666). Und obwohl schon die

⁴¹¹ Staudinger-Wittmann, 13. Bearbeitung 1995, Vorbem. zu §§ 677ff., Rn. 16f.

⁴¹² D. 3,5,2,2 in der Übersetzung von Behrends u. a.

⁴¹³ D. 3,5,5,5 in der Übersetzung von Behrends u. a.

⁴¹⁴ Staudinger-Wittmann, 13. Bearbeitung 1995, Vorbem. zu §§ 677ff., Rn. 15.

Römer darüber stritten, ob es sinnvoll sei, denjenigen, der „mein Geschäft“ an sich reißt, um sich zu bereichern, mit demjenigen gleichzusetzen, der es in meinem Interesse bestmöglich für mich besorgen will, wie das Zitat zeigt, wurde auch Dig. 3,5,5,5 in das BGB übernommen. Während § 687 Abs. 1 BGB vorsieht, dass die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht gelten, wenn jemand ein fremdes Geschäft irrtümlich als eigenes besorgt, macht § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB hiervon für den böswilligen Eigengeschäftsführer wiederum eine Gegenausnahme und unterwirft ihn den Ansprüchen, denen der berechtigte Geschäftsführer unterliegt.

Das Reichsgericht wandte die Vorschrift auf alle möglichen Fälle des Eingriffs in die Rechtssphäre eines anderen an. § 687 Abs. 2 BGB und seine Wurzeln im gemeinen Recht gewannen besondere Bedeutung dadurch, dass in solchen Fällen aus verschiedenen Gründen Bereicherungsansprüche zunächst gar nicht und später nur eingeschränkt zur Verfügung standen.⁴¹⁵ Wie die zitierten Fälle zum Patent- und Urheberrecht zeigen, wurde die Geschäftsanmaßung von der Rechtsprechung eingesetzt, um sich wenigstens für manche Eingriffe diesen Fesseln zu entziehen. Dies wurde nicht mit einem entgangenen Gewinn des Geschäftsherrn (was bei dem Wortlaut von Dig. 3,5,5,5 an sich durchaus nahe lge, immerhin wird vom „Ausplndern“ des Geschäftsherrn gesprochen), sondern damit begründet, dass der Anspruchsgegner den Gewinn durch die Führung des fremden Geschäfts erzielt hat, die mit Nutzung fremden Vermögens, Wirtschaften mit fremden Vermögensgegenständen, gleichgesetzt wird. Anschaulich wird der Gedanke durch den mehrfach wiederholten Vorwurf, der Anspruchsgegner habe die „Früchte“ des geistigen Eigentums des Rechtsinhabers gezogen⁴¹⁶.

cc) Analogie zu § 687 Abs. 2 BGB

Nach dem Inkrafttreten des BGB stand das Reichsgericht vor der Schwierigkeit, dass § 687 Abs. 1 BGB die nicht wissentliche, d. h. auch die fahrlässige Geschäftsanmaßung ausdrücklich den Geschftsfhrungsregeln entzog, während der patentrechtliche Anspruch auf Entschädigung, der nach der bisherigen (u. a. von dem gemeinrechtlichen Institut der Geschäftsanmaßung beeinflussten) Recht-

⁴¹⁵ Dazu unten D. II. und D. IV. 1. a) aa).

⁴¹⁶ Vgl. das „Ariston“ Zitat oben aa). – Nach Schulz AcP 105 [1909] 1, 75 könnte der „eigentümliche“ Gedanke, Schadensersatz als Fruchtrestitution aufzufassen, ebenfalls aus dem römischen Recht stammen (ber die Auslegung des „fremden Geschäfts“ in D. 3,5,5,5 wissen wir zu wenig).

sprechung den Verletzergewinn umfasste, auch gegen den fahrlässigen Verletzer gegeben war. Das Reichsgericht stand daher vor der Frage, ob es den Anspruch auf Rechnungslegung über den Verletzergewinn nach Inkrafttreten des BGB gemäß § 687 Abs. 1 BGB auf wissentliche Rechtsverletzungen beschränken sollte, entschied sich jedoch dagegen:

„Wenn man die Pflicht zur Rechnungslegung unabhängig von den Bestimmungen des Patentgesetzes lediglich auf die direkte Anwendung der einschlagenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts stützt (...), so gelangt man (...) auf Grund des jetzt maßgebenden § 687 Abs. 2 BGB zu der Beschränkung auf die wissentliche Patentverletzung. Der Senat ist aber der Ansicht, dass es sich bei der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannten Verpflichtung zur Rechnungslegung bei Patentverletzungen, nach Grundlage und Entwicklung der Praxis, nicht sowohl um die direkte Anwendung dieser Normen auf den Tatbestand der Patentverletzung gehandelt hat, als um eine durch die Analogie mit der sog. unechten Geschäftsführung begründete Ausbildung des patentrechtlichen Begriffs der „Entschädigung“, und dass daher kein Grund besteht, zwischen den beiden Formen der Patentverletzung, der wissentlichen und der grobfahrlässigen, einen Unterschied zu machen.“⁴¹⁷

Um § 687 Abs. 1 BGB auszuweichen, beruft sich das Reichsgericht hier auf die schadens- und bereicherungsrechtlichen Wurzeln des Anspruchs auf den Verletzergewinn und nennt den Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns lediglich eine „Ausbildung“ des patentrechtlichen Entschädigungsbegriffs. Dabei übersieht es allerdings geflissentlich, dass zuvor die (vermeintlichen) Lücken in den Anwendungsbereichen der Regeln des Patentgesetzes gerade dazu geführt hatten, dass zusätzlich die Geschäftsmaßungsregeln mit herangezogen worden waren.

Nachdem sich die Vorstellung, dass § 687 Abs. 2 BGB im Bereich der technischen Schutzrechte und des Urheberrechts entgegen § 687 Abs. 1 auch auf fahrlässige Verletzungen anwendbar war, einmal etabliert hatte, wurde die schadensrechtliche Verbrämung des Anspruchs auf den Verletzergewinn in manchen Entscheidungen des Reichsgerichts⁴¹⁸ und später des BGH⁴¹⁹ ganz fallengelassen und schlicht auf eine „Analogie“ zu § 687 Abs. 2 BGB gestützt. Lediglich gegen den Einwand,

⁴¹⁷ RGZ 70, 249, 252 (Patentrecht).

⁴¹⁸ RGZ 130, 108, 110; RGZ 156, 65, 67 („Scheidenspiegel“ – Patentrecht).

⁴¹⁹ BGH GRUR 1962, 401, 402 r. Sp. („Kreuzbodenventilsäcke“ – Patentrecht).

diese Analogie verstoße gegen § 687 Abs. 1 BGB, wurde geltend gemacht, dass es sich nur um eine „Schadensberechnungsmethode“ handle.

Die Rechtsprechung, wonach es für die Pflicht zur Herausgabe des Gewinns nicht darauf ankommt, ob der Berechtigte den Gewinn selbst hätte erzielen wollen, können oder dürfen, wurde sowohl in Entscheidungen auf dem Gebiet der technischen Schutzrechte als auch in Fällen, die andere Gebiete betrafen⁴²⁰, bestätigt und ausgebaut.

Ab ca. 1960 erweiterte der BGH die Anwendung auch dieser „Schadensberechnungsmethode“ auf marken- und wettbewerbsrechtliche Positionen. Dabei musste er eine frühere Entscheidung des Reichsgerichts aufgeben, wonach das Warenzeichen im Gegensatz zu gewerblichen Schutzrechten keine besondere Leistung des Rechtsinhabers schütze und die damit versehenen Waren nicht in dem Maße präge, dass sie als „Verkörperung“ des Schutzrechts erschienen:

„Gegenüber der Benutzung eines für einen anderen geschützten Warenzeichens hat das Reichsgericht die Heranziehung der Vorschrift des § 687 Abs. 2 BGB mit der Begründung abgelehnt, dass es sich hierbei um ein objektiv eigenes Geschäft des Verletzers handle, das nur unter einem widerrechtlichen Eingriff in ein fremdes, ausschließliches Recht vorgenommen werde (MuW XXXV, 59, 62); der Inhaber eines Warenzeichens könne daher nur den Eingriff in das Zeichenrecht verbieten und den Verletzer für den Eingriff schadensersatzpflichtig machen [d. h. in diesem Zusammenhang: kein Anspruch auf Verletzergewinn, Anm. d. Verf.].

Diese eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 687 Abs. 2 BGB ablehnende Rechtsprechung des Reichsgerichts bei Warenzeichenverletzungen hat mit Recht im Schrifttum überwiegend Widerspruch erfahren (Nachweise). Zwar trifft es zu, dass der Verkauf einer Ware unter rechtswidriger Benutzung eines fremden Warenzeichens ein eigenes Geschäft des Verletzers darstellt. Indessen kann nicht in Abrede gestellt werden, dass in der widerrechtlichen Benutzung des Warenzeichens für den Vertrieb der eigenen Ware gleichzeitig die Führung eines fremden Geschäfts liegt, durch das der Verletzer einen Gewinn erzielt. (...) Es trifft hiernach nicht den Kern der Frage, wenn das Reichsgericht seinen ablehnenden Standpunkt damit begründet, der Verletzer verkaufe seine

⁴²⁰ RGZ 100, 142: Verletzung eines Einfuhrmonopols und Durchführung von Spekulationsgeschäften, die die Inhaberin des Monopols nicht durchgeführt hätte; RGZ 135, 94: Abbau eines einem anderen zustehenden Kohleflözes; RGZ 138, 45 (Verkauf eines aufwendig restaurierten Gemäldes, dessen Wert dem ursprünglichen Eigentümer verschwiegen worden war).

eigene Ware, und daraus den Schluss herleitet, der Gewinn werde auch nur aus dem bloßen Vertrieb der Ware erzielt. (...) [D]er Verwendung eines bestimmten Warenzeichens [kommt] ein häufig ausschlaggebendes Gewicht für den erfolgreichen Absatz der Ware zu. Gerade im modernen Wirtschaftsleben stellt eine bekannte Marke einen erheblichen Kapitalwert dar, der dem Warenzeicheninhaber bedeutende Gewinnmöglichkeiten eröffnet (...). Nutzt der Verletzer diese Tatsache aus und macht er sich den Umstand zunutze, dass ein Käufer auf die die Qualität garantierende Funktion der Marke vertraut, so ist kein Grund ersichtlich, ihn nicht als verpflichtet anzusehen, dem Zeicheninhaber denjenigen Gewinn herauszugeben, der ihm durch seine rechtswidrige Handlungsweise zugeflossen ist und den er ohne Verwendung des Zeichens nicht erzielt hätte.“⁴²¹

Grund für die Änderung der Rechtsprechung war danach die wachsende Bedeutung des Warenzeichens für den Absatzerfolg der Ware.

Die Anwendung des Anspruchs auf Herausgabe des Verletzergewinns auf Fälle von Wettbewerbsverletzungen wurde zunächst – wie die Anwendung der Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie – abgelehnt, da es sich dabei nicht um einen Eingriff in ein Ausschließlichkeitsrecht oder in ein Rechtsgut handele, das von der Rechtsordnung mit ausschließender Wirkung einer bestimmten Person zugeordnet sei.⁴²² In der Folgezeit wurde der Anwendungsbereich der „Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn“ jedoch zugleich mit der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr erweitert, so dass sie heute im gewerblichen Rechtsschutz unstreitig deckungsgleich sind.⁴²³

dd) Zeitweise stärkere Betonung des schadensrechtlichen Aspekts

In einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1962 wird Unbehagen über die Begründung der „Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn“ mit der Analogie zu § 687 Abs. 2 BGB deutlich.⁴²⁴ Der BGH rechtfertigte die Fortführung der Rechtsprechung damit, dass sie „jedenfalls im Ergebnis“ allgemein akzeptiert sei.

⁴²¹ BGHZ 34, 320, 321f. („Vitasulfal“).

⁴²² BGH GRUR 1960, 554, 557 („Handstrickverfahren“).

⁴²³ BGHZ 57, 116 („Wandsteckdose“ – sklavische Nachahmung); 60, 168 („Modeneuheit“); 60, 206, 211f. („Miss Petite“ – Firma); BGHZ 119, 20 („Tchibo-Rolux II“ – Rufausbeutung); BGHZ 122, 262 („Kollektion Holiday“ – alle Fälle der wettbewerbsrechtlichen Leistungsübernahme).

⁴²⁴ BGH GRUR 1962, 509, 511 („Dia-Rähmchen II“).

In der Folgezeit stützte er den Anspruch wieder stärker auf schadensrechtliche Überlegungen, indem er ihn damit begründete, dass

„auf Grund des Ausschließlichkeitscharakters [des Schutzrechts] davon ausgegangen werden [kann], daß der Rechtsinhaber bei einer eigenen Verwertung seiner Rechte den Gewinn erzielt haben würde, den der Verletzer in ursächlichem Zusammenhang (vgl. RGZ 156, 321, 326 – Braupfanne) durch die Nutzung des fremden Immaterialguts erzielt hat.“⁴²⁵

Diese Begründung setzt den Anspruch auf den Verletzergewinn wieder dem Einwand aus, dass der Verletzte tatsächlich nicht in der Lage gewesen wäre, den Gewinn bei Unterbleiben der Verletzung selbst zu erzielen. Dem hielt der BGH entgegen, es handele sich um eine Fiktion:

„Dem [Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns] steht nicht entgegen, dass die Klägerin nach ihrer eigenen Darstellung den von der Beklagten erzielten konkreten Gewinn deshalb nicht hätte erzielen können, weil sie zu den Häusern, die die Beklagte mit den kopierten Stoffen belieferte, keine Geschäftsverbindung zu unterhalten pflegt. Die Rechtsprechung zu der hier fraglichen Schadensberechnung beruht gerade auf der Fiktion, daß die Klägerin ohne die Rechtsverletzung der Beklagten den gleichen Gewinn erzielt hätte wie jene. Sie will damit den Schwierigkeiten Rechnung tragen, die sich für den Verletzten daraus ergeben, dass sich der hypothetische Geschehensablauf (ohne den Eingriff des Verletzten) nicht ohne weiteres rekonstruieren läßt und der Kläger den Nachweis des ihm entgangenen Gewinns nicht führen kann.“⁴²⁶

In einigen Entscheidungen wird aus diesem Begründungsansatz geschlossen, dass die Fiktion zu Gunsten des Verletzten nur eingreift, wenn der Verletzte zumindest nachweist, dass ihm infolge der Verletzung irgendein Gewinn entgangen ist. In der 1995 ergangenen Entscheidung „Objektive Schadensberechnung“ ging es darum, dass die Klägerin, eine Brillenherstellerin, Ersatz wegen einer Wettbewerbsverletzung verlangte, die darin bestand, dass ein Händler, der nicht autorisierter Vertriebshändler der Klägerin war, Bilder aus einem Katalog für sein eigenes Werbematerial übernommen hatte. Dadurch wurde das Vertriebssystem der Klägerin gestört, aber ihr Absatz nicht beeinträchtigt. Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns wurde nicht gewährt:

⁴²⁵ BGHZ 57, 116 („Wandsteckdose“ – Wettbewerbsrecht, sklavische Nachahmung).

⁴²⁶ BGHZ 60, 168, 173 („Modeneuheit“).

„[D]er Verletzergewinn [stellt] lediglich einen Maßstab für die Berechnung der Schadenshöhe (...) [dar und bildet] daher auch keinen selbständigen Schadensgrund, der die Feststellung eines tatsächlichen Schadens des Verletzten ohne weiteres ersetzen könnte. Allerdings erlaubt (...) ein Verletzergewinn im Regelfall den Schluß, daß beim Verletzten ein Schaden eingetreten ist, weil nach der Lebenserfahrung normalerweise davon ausgegangen werden kann, daß dem Verletzten entsprechende eigene Geschäfte (und daraus resultierende Gewinnmöglichkeiten) entgangen sind. (...). Jedoch liegt hier ein solcher Regelfall nicht vor; vielmehr weist der Fall die Besonderheit auf, daß jeder von den Beklagten (auch auf Grund der von den Beklagten zu Unrecht angeeigneten Katalogabbildungen von Erzeugnissen der Kl.) erfolgreich getätigte Brillenverkauf gerade nicht zu einer Gewinnschmälerung der Kl. (als Herstellerin der angebotenen Brillen) führt, sondern im Gegenteil zu einem Gewinn“⁴²⁷.

Dieser Gewinn sei zudem noch mit dem identisch, den die Klägerin erzielt hätte, wenn der Beklagte ein von ihr autorisierter Vertriebshändler gewesen wäre. Der BGH begründet hier die Verweigerung des Anspruchs auf Herausgabe des Verletzergewinns damit, dass dem Verletzten keinerlei Gewinn infolge eines Absatzrückgangs entgangen sei. Die Fiktion, dass dem Verletzten ein Gewinn gerade in Höhe des Verletzergewinns entgangen ist, greift demnach ausschließlich dann ein, wenn der Verletzte nachweist, dass ihm überhaupt Absatz durch Substitutionswettbewerb des Verletzers entgangen ist. Dieser Gedanke, der früheren, auf die Analogie zu § 687 Abs. 2 gestützten Entscheidungen widerspricht,⁴²⁸ könnte auch der Entscheidung „Tchibo-Rolex II“ zu Grunde liegen, in der der BGH es für nötig hielt, festzuhalten, dass es jedenfalls nicht „erfahrungswidrig“ sei, dass dem verletzten Markenhersteller durch die Vermarktung der Billiguhren ein Gewinn dadurch entgangen sein könne, dass

„jedenfalls einzelne potentielle Erwerber [einer Rolex-Uhr], denen allein am Aussehen und Prestigewert der Uhr gelegen habe, dieses Bedürfnis auch durch den Kauf der billigen Imitation als befriedigt angesehen und deshalb vom Kauf des teuren Originals abgesehen [haben]“⁴²⁹.

⁴²⁷ BGH GRUR 1995, 349, 351 („Objektive Schadensberechnung“). Alternativvorschlag für die Begründung des Ergebnisses dieser Entscheidung s. Teil 5 C. III. 4. a) aa).

⁴²⁸ BGHZ 34, 320, 323 („Vitasulfal“).

⁴²⁹ BGH GRUR 1993, 55, 57 („Tchibo-Rolex II“). Zum Sachverhalt siehe oben A. I. 2. c).

Die Anwendung dieses Grundsatzes müsste bei einer mittelbaren Patentverletzung dazu führen, dem Verletzten jeglichen Schadensersatzanspruch zu versagen, wenn es nicht zu einer unmittelbaren Patentverletzung gekommen ist.⁴³⁰

ee) Versuch einer Synthese der verschiedenen Begründungsansätze

Die Entscheidungen, die den Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns damit erklären, dass fingiert werde, dass der Verletzte den Gewinn des Verletzers erzielt hätte, erklären die Analogie zu § 687 Abs. 2 BGB nicht ausdrücklich für falsch. Häufig werden auch Entscheidungen, in denen der eine Ansatz vertreten wird, in solchen Entscheidungen zitiert, in denen von dem anderen ausgegangen wird. In einer Entscheidung aus 2001 stellt der BGH sogar eine Synthese beider Begründungen her:

„Der Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns ist kein Anspruch auf Ersatz des konkret entstandenen Schadens, sondern zielt in anderer Weise auf einen billigen Ausgleich des Vermögensnachteils, den der verletzte Rechtsinhaber erlitten hat. ... Es liegt in der Natur der Immaterialgüterrechte, dass im Einzelfall kaum feststellbar und beweisbar ist, welcher Gewinn dem Rechtsinhaber dadurch entgangen ist, dass der Verletzer in das ihm zugewiesene Ausschließlichkeitsrecht eingegriffen und damit seine eigenen Möglichkeiten zur Auswertung des Rechts geschmälert hat. Es wäre jedoch unbillig, dem Verletzer einen Gewinn, der auf der unbefugten Nutzung des Ausschließlichkeitsrechts beruht, zu belassen. (...) Wegen der besonderen Verletzlichkeit und Schutzbedürftigkeit des Geschmacksmusterrechts als eines Immaterialgüterrechts wird der Verletzte auch schon bei fahrlässigem Verhalten des Verletzers so gestellt wie der Geschäftsherr bei der sog. angemessenen Geschäftsführung nach § 687 Abs. 2 BGB (...) Es wird dabei, um dem Ausgleichsgedanken Rechnung zu tragen, fingiert, dass der Rechtsinhaber ohne die Rechtsverletzung durch die Verwertung seines Schutzrechts den gleichen Gewinn wie der Verletzer erzielt hätte. (...) Die Abschöpfung des Verletzergewinns dient dabei auch der Sanktionierung des schädigenden Verhaltens.“⁴³¹

⁴³⁰ Für die Anwendung beider objektiver Schadensberechnungsmethoden dagegen Holzappel GRUR 2002, 193, 196f., s. zum entsprechenden Problem bei der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ bereits etwas ausführlicher oben C. II. 2. b) bb).

⁴³¹ BGH NJW 2001, 2173, 2174 („Gemeinkostenanteil“).

Auch in verschiedenen neueren Entscheidungen, die den Umfang des herauszugebenden Verletzergewinns betreffen, wird deutlich, dass der BGH wieder stärker auf Gedanken aus dem Recht der Geschäftsanmaßung zurückgreift, um die Haftung des Verletzers zu verschärfen (dazu unten c)).

b) Spezialgesetzliche Ansprüche auf den Verletzergewinn

§ 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG und § 14 a Abs. 1 GeschmMG sehen vor, dass der Verletzte „an Stelle des Schadensersatzes“ die Herausgabe des Gewinns, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, und Rechnungslegung über diesen Gewinn verlangen kann.

Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht besteht der Anspruch auf den Verletzergewinn hier unabhängig davon, ob dem Verletzten überhaupt ein Schaden entstanden ist.⁴³² Die Grundsätze aus der unter 3. a) dd) diskutierten BGH-Entscheidung „Objektive Schadensberechnung“, wonach die Annahme, dass einem Verletzergewinn in der Regel ein Schaden des Verletzten entspricht, widerleglich ist, sollen danach auf die spezialgesetzlich normierten Fälle des Anspruchs auf den Verletzergewinn nicht anwendbar sein. Der Gesetzestext, wonach die Herausgabe des Verletzergewinns „an Stelle des Schadensersatzes“ verlangt werden kann, könnte allerdings ebensogut so verstanden werden, dass der Verletzte nur die Wahl hat, wenn alle Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch vorliegen.⁴³³

c) Höhe des herauszugebenden Verletzergewinns im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht

Bei der Ermittlung der Höhe des herauszugebenden Verletzergewinns stellen sich zwei Fragen. Zum einen fragt sich, welchen Teil des Gewinns der Verletzte herausverlangen darf, wenn die Rechtsverletzung nur einer von mehreren Faktoren bei der Erzielung des Gewinns war. Zum anderen muss entschieden werden, ob und

⁴³² Schrickler-Wild § 97 Rn. 67.

⁴³³ So Dreier, Kap. 8 II 2. b) cc), S. 283; Möhring/Nicolini-Lütje § 97 Rn. 170. – Zur möglichen Bedeutung der Formulierung für das Verbot der „Verquickung“ verschiedener Schadensberechnungsmethoden s. u. 4. d).

ggf. inwieweit der Verletzer Aufwendungen, die er getätigt hat, um die Einnahmen zu erzielen, hiervon abziehen darf, d. h. ob sich der Herausgabeanspruch auf die Bruttoeinnahmen oder den Nettogewinn richtet. Wenn die Rechtsverletzung sich nicht auf ein bestimmtes Produkt bezieht, das als Endprodukt verkauft wird, sondern lediglich eines von mehreren Elementen eines komplexeren Produktionsprozesses betrifft, können diese Fragen auch zusammenfallen.

Da einerseits zur Begründung des Anspruchs auf Herausgabe des Verletzergewinns § 687 Abs. 2 BGB analog herangezogen wird, es sich andererseits jedoch lediglich um eine „Schadensberechnungsmethode“ handeln soll, die nicht auf einem separaten Anspruchsgrund beruht, fragt sich, welche Regeln für die Bestimmung des Umfangs des Anspruchs heranzuziehen sein sollen.

aa) Mögliche schadensersatzrechtliche Leitlinien

Eine der für den Anspruch auf den Verletzergewinn gegebenen Begründungen ist, dass es sich um (wenn auch nur fiktiven) entgangenen Gewinn des Verletzten handele (s. o. a dd)). In diesem Fall erschiene es folgerichtig, die abzugsfähigen Aufwendungen zu ermitteln, indem man vom Erlös des Verletzers die hypothetischen Aufwendungen absetzt, die der Verletzte hätte tätigen müssen, um den Erlös selbst zu erzielen.

bb) Mögliche geschäftsführungsrechtliche Leitlinien

Das Recht der Geschäftsanmaßung regelt sowohl den Umfang der Herausgabepflicht als auch das Ausmaß der Aufwendungsersatzansprüche des unberechtigten Eigengeschäftsführers.

(1) Umfang der Herausgabepflicht

§ 687 Abs. 2 BGB ermöglicht es dem Berechtigten, sich gegenüber dem unberechtigten Eigengeschäftsführer auf § 681 BGB zu berufen. Dieser wiederum unterwirft denjenigen, der ohne Auftrag ein fremdes Geschäft geführt hat, den

Pflichten, die einen Beauftragten gegenüber seinem Auftraggeber treffen. Diese sind in §§ 666–668 BGB geregelt.

Daraus, dass sich der Anspruch nur auf Herausgabe gerade desjenigen richtet, was aus der Geschäftsführung erlangt wurde, wird geschlossen, dass die Geschäftsanmaßung kausal für die Erzielung des Gewinns gewesen sein muss.⁴³⁴ Daraus lässt sich für den Fall, dass die Rechtsverletzung nur einer von mehreren Faktoren für die Erzielung der Einnahmen war, schließen, dass der Anteil am Gesamtgewinn, der auf einen einzelnen Produktionsfaktor entfällt, von dem Grad seiner Ursächlichkeit für den Gewinn abhängt.

Da es sich nicht um einen Schadensersatz- oder Bereicherungsanspruch handelt, hat der Geschäftsbesorger alles herauszugeben, was er erlangt hat. Das gilt auch für zwischenzeitlich eingetretene Wertsteigerungen, wie das Reichsgericht in einem Fall entschieden hat, in dem der Geschäftsführer ein Gemälde des Geschäftsherrn aufwendig restauriert und teuer verkauft hatte.⁴³⁵ Für sich verwendetes Geld hat er von dem Zeitpunkt der Verwendung an zu verzinsen (§ 668). Der Auskehrungsanspruch umfasst auch gezogene Nutzungen (§ 100) und Ersatzwerte aus Folgegeschäften.⁴³⁶

(2) Abzugsfähige Aufwendungen des Geschäftsführers

Es bleibt die Frage, ob und inwieweit der unberechtigte Eigengeschäftsführer Aufwendungen, die er getätigt hat, von den herauszugebenden Einnahmen absetzen darf. § 687 Abs. 2 Satz 2 BGB verweist für die Gegenansprüche des wegen unberechtigter Eigengeschäftsführung in Anspruch Genommenen auf § 684 Satz 1. Dieser sieht in einer allerdings missverständlichen Formulierung vor, dass der unberechtigte Eigengeschäftsführer nicht für sämtliche Aufwendungen Ersatz erhalten soll, sondern nur für solche, um die der Geschäftsherr bereichert ist.⁴³⁷

⁴³⁴ RGRK-Steffen § 687 Rn. 42.

⁴³⁵ RGZ 138, 45, 49.

⁴³⁶ Soergel-Beuthien § 687 Rn. 6.

⁴³⁷ MünchKomm-BGB-Seiler § 687 Rn. 11: „missverständliche Verweisung“; RGRK-Steffen § 687 Rn. 31: „Was der Geschäftsherr durch die Tätigkeit des Geschäftsführers erlangt hat, braucht er nicht herauszugeben, da es ihm ohnehin nach §§ 687, 681, 667 zusteht“; Soergel-Beuthien § 687 Rn. 8. Klarer das Vorbild D. 3,5,5,5 in der Übersetzung von Behrends u. a.: „[Der unberechtigte Eigengeschäftsführer] selbst jedoch hat, wenn er etwas für meine Angelegenheiten aufwendet, nicht in der Höhe seiner Auslagen eine Klage gegen mich – da er sich unredlich mit meinem Geschäft befasst hat –, sondern nur in der Höhe des Betrages, um den ich bereichert bin.“

Sinngemäß auf den Fall, dass der Geschäftsführer einen herauszugebenden Gewinn erzielt hat, übertragen, bedeutet diese Regel, dass man prüfen muss, inwieweit die Aufwendungen des Verletzers ersparte Aufwendungen des Geschäftsherrn darstellen. Erfolgreiche Aufwendungen oder Aufwendungen, die den Erlös übersteigen, brauchen darum nicht erstattet zu werden.⁴³⁸ *Wittmann* will den Aufwendungsersatzanspruch auf den Aufwand begrenzen, den der Geschäftsherr selbst zur Erzielung des Ertrags hätte aufwenden müssen.⁴³⁹

cc) Praxis der Rechtsprechung in Verletzungsfällen

Die Rechtsprechung ermittelt den Gewinn des Verletzers im Sinne des Überschusses seiner Einnahmen über seine Kosten, versucht also nicht, objektiv erforderliche Kosten zu bestimmen oder zu ermitteln, welche Aufwendungen der Verletzte hätte tätigen müssen.⁴⁴⁰ Dies dürfte auf dem praktischen Gesichtspunkt beruhen, dass die Ermittlung der „Bereicherung“ des Verletzten zumindest in den Fällen schwierig oder unmöglich erscheint, in denen der Verletzte den Erlös selbst niemals hätte erzielen wollen oder können. Außerdem würde sich der ohnehin bei der Herausgabe des Verletzergewinns große Beweisaufwand verdoppeln, wenn man auch noch die Produktionsprozesse des Verletzten durchleuchten müsste.

Soweit sich der festzusetzende Betrag nicht sicher feststellen lässt, ist auf die bereits oben C. II. 1. a) referierten Entscheidungen zur Schätzung der Schadenshöhe zu verweisen.

(1) Bestimmung des auf die Verletzung entfallenden Anteils am Gesamtgewinn

Jeder einzelne verletzende Artikel ist getrennt zu betrachten. Verluste, die mit einem patentverletzenden Gegenstand gemacht wurden, dürfen nicht mit Gewinnen verrechnet werden, die mit einem anderen Gegenstand gemacht wurden, auch wenn in beiden Fällen dasselbe Patent verletzt wurde.⁴⁴¹

⁴³⁸ MünchKomm-BGB-Seiler § 687 Rn. 11; Soergel-Beuthien § 687 Rn. 8.

⁴³⁹ Staudinger-Wittmann § 687 Rn. 15; das meint wohl auch Kraßer GRUR Int. 1980, 259, 269 r. Sp.

⁴⁴⁰ RGZ 130, 108.

⁴⁴¹ Dafür spricht jedenfalls OLG Düsseldorf Mitt 1998, 358 („Durastep“), dort von der Berufungsinstanz allerdings nicht ausdrücklich bestätigt).

Der Gewinn ist nur insoweit herauszugeben, als er auf der Verletzung beruht.⁴⁴² Daher muss er aufgeteilt werden, wenn außer der Rechtsverletzung noch andere Produktionsfaktoren zum Gewinn beigetragen haben.⁴⁴³ Berücksichtigungsfähig sind nach einer neueren Entscheidung „Gemeinkostenanteil“ ausschließlich Faktoren, die sich direkt auf die Gestaltung des Produkts auswirken:

„Die Revision der Klägerin rügt zudem mit Erfolg, dass das Berufungsgericht den von ihm angenommenen Gewinn der Beklagten zu 1 der Klägerin nur zu 70% als Verletzergewinn zugesprochen hat, weil der Gewinn der Beklagten zu 1 in Höhe von 30% auf deren eigene Leistungen (die Ausnutzung ihrer Geschäftsbeziehungen, den Einsatz ihrer Vertriebskenntnisse und die Vertriebsförderung durch Unterbietung der Verkaufspreise der Klägerin um etwa 30%) zurückzuführen sei. Das Berufungsgericht hat bei dieser Beurteilung übersehen, dass der Verletzergewinn nach der gesetzlichen Regelung in voller Höhe herauszugeben ist, ohne dass der Verletzer geltend machen könnte, der Verletzer [sic, muss heißen: der Verletzte] hätte den Gewinn, der durch die unbefugte Benutzung seines Schutzrechts erzielt worden ist, selbst nicht erreichen können (...). Die Zuerkennung eines Anspruchs auf Schadensersatz beruht – wie dargelegt – gerade auf dem Gedanken, dass der Verletzer so behandelt werden soll, als habe er bei der Nutzung des Schutzrechts als Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt. Dem steht nicht entgegen, dass der Verletzergewinn nach § 14 a I 2 GeschmMG („durch die Nachbildung oder deren Verbreitung“) nur insoweit herauszugeben ist, als er auf der Rechtsverletzung beruht (...). Durch diese gesetzliche Regelung soll nicht den Vertriebsleistungen des Verletzers Rechnung getragen werden, sondern ggf. der Umstand Berücksichtigung finden, dass das unter Verletzung des Schutzrechts hergestellte Erzeugnis keine identische Nachbildung des geschützten Gegenstandes darstellt oder sonst besondere Eigenschaften aufweist, die für den erzielten Erlös von Bedeutung sind.“⁴⁴⁴

Gemeint ist somit primär der Fall, dass weitere geschützte Rechte, auch solche des Verletzers, benutzt wurden. In einem solchen Fall hat die Aufteilung nach dem Verhältnis zu erfolgen, in dem die mehreren Rechte zum Erfolg beigetragen haben.⁴⁴⁵

⁴⁴² § 14 a Abs. 1 Satz 2 GeschmMG („durch die Nachbildung oder deren Verbreitung“), § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG („durch die Verletzung“); BGH GRUR 1962, 509; 512; BGH GRUR 1974, 53, 54; RGZ 156, 321 („Braupfanne“); BGH GRUR 1987, 37, 39f („Videolizenzvertrag“).

⁴⁴³ BGHZ 34, 320, 323f. („Vitasulfal“).

⁴⁴⁴ BGHZ 145, 366 unter II 1. a) (4) („Gemeinkostenanteil“).

⁴⁴⁵ RGZ 156, 321, 326 („Braupfanne“).

Im Urheberrecht ist bei einer Aufteilung nicht nur die Quantität des Übernommenen, sondern „mehr noch sein qualitativer Wert von Bedeutung“⁴⁴⁶.

Im Hinblick auf die zitierte Entscheidung ist zu vermerken, dass der BGH die schadensersatzrechtliche Begründung und das ihr (sowie dem hier anwendbaren Spezialgesetz) zu entnehmende Kriterium des Kausalzusammenhangs zwischen Verletzung und Gewinn offenbar allein nicht für tragfähig hält: Er verweist hier auf die geschäftsführungsrechtliche Wurzel des Gewinnherausgabeanspruchs und legt so das Schwergewicht statt auf die Kausalität darauf, dass der Gewinn quasi aus dem Vermögen des Verletzten erwachsen sei. Es fällt auf, dass dies zu einem merklichen Unterschied gegenüber der weniger als zehn Jahre zuvor ergangenen Entscheidung „Tchibo-Rolux II“ führt, in der der herauszugebende Gewinn bei dem Vertrieb identischer Nachbildungen noch auf 1/3 des Gesamtgewinns beschränkt wurde, weil die Beklagte große „Verkaufserfolge [...] auch mit anderen preiswerten Uhren ohne Imitationscharakter“ erzielt habe; herauszugeben sei der Gewinn lediglich insoweit, als das Design (und nicht z. B. der niedrige Preis) ursächlich für die Kaufentschlüsse der Abnehmer gewesen sei.⁴⁴⁷

Eine Steigerung der Verkaufszahlen anderer Artikel, die selbst nicht rechtsverletzend sind, kann zwei Entscheidungen des BGH zufolge bei der Bemessung des Verletzergewinns mit zu berücksichtigen sein, wenn die Steigerung gerade durch die Verletzung bewirkt wurde. In der Entscheidung „Dia-Rähmchen II“ billigte der BGH im Grundsatz das Argument des Klägers, herauszugeben seien auch Gewinne, die die Beklagte dadurch erzielt habe, dass der Vertrieb patentverletzender Dia-Rähmchen bei den Kunden eine Werbewirkung auch für das (nach dem Krieg wieder anlaufende) Geschäft mit Kameras gehabt habe:

„Der herauszugebende Gewinn muss – kurz gesagt – gerade „durch die Patentverletzung“, „durch die rechtswidrige Benutzung des fremden Patents“ erzielt sein, d. h. einen Gewinn gerade aus den Handlungen darstellen, durch die das Patent verletzt worden ist. Das braucht durchaus nicht immer nur ein ‚unmittelbar‘ durch die Patentverletzung erlangter Gewinn zu sein, wie er sich z. B. im Überschuss des Erlöses über die Kosten eines patentverletzend hergestellten Gegenstandes ausdrückt. Vielmehr kann auch ein auf andere Weise mit Hilfe des patentverletzenden Gegenstands erlangter Gewinn ein ‚durch die Patentverlet-

⁴⁴⁶ BGH GRUR 1959, 379, 382 („Gasparone“).

⁴⁴⁷ BGH GRUR 1993, 55, 59.

zung⁴ erzielter Gewinn sein, wenn er nur in ursächlichem Zusammenhang zu der Patentverletzung steht. [Zwar würde] im Streitfall der Kläger die von der Beklagten in ihrem Kamera-Geschäft erzielten Gewinne auch insoweit, als sie auf die Werbewirkung der Dia-Rähmchen zurückzuführen sind, nicht herausverlangen können, wenn die Werbewirkung in keinem Zusammenhang mit der Patentverletzung gestanden, sondern z. B., wie die Beklagte vorträgt, darauf beruht hat, dass die Rähmchen oder ihre Verpackung den in guter Erinnerung stehenden Namen ;B.' trugen. Soweit dagegen die Werbewirkung der Dia-Rähmchen der Beklagten ihren Grund gerade in den mit der Patentverletzung zusammenhängenden technischen Eigenschaften der Rähmchen gehabt hat, könnte der Kläger den auf die Werbewirkung der Rähmchen zurückzuführenden Gewinn aus dem Kamera-Geschäft herausverlangen.⁴⁴⁸

In der Entscheidung „Unikatrahmen“ hat der BGH diesen Ansatz wieder aufgegriffen. Hier ging es darum, dass der beklagte Händler Bilder des Klägers in bemalten Rahmen vertrieben hatte, die als Erweiterung des jeweiligen Bildes erschienen und Bild und Rahmen als neuartiges „Gesamtkunstwerk“ erscheinen ließen. Während der Beklagte meinte, herauszugeben sei nur der (wie auch immer zu schätzende) Teil des Gewinns, der gerade auf die Rahmen entfiel, meinte der Kläger, auch eine Steigerung der Verkaufszahlen der Bilder müsse berücksichtigt werden. Es bestand demnach gegenüber „Dia-Rähmchen II“ die Besonderheit, dass das Produkt, dessen Absatz durch den verletzenden Teil gefördert worden war, das geschützte Werk selbst war. Der BGH führte aus:

„Im Streitfall steht (...) nicht nur eine rechtswidrige Verwertung von Rahmen, die in Bearbeitung der Werke des Klägers gestaltet sind, in Rede. Es geht vielmehr auch um eine rechtswidrige Verwertung der benutzten Werke selbst, die nach der rechtsfehlerfreien Beurteilung der Vorinstanzen durch ihre Einbeziehung in neue „Gesamtkunstwerke“ aus Bild und Rahmen bearbeitet worden sind. Dabei ist es nach der Lebenserfahrung – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – sehr wahrscheinlich, dass der Verkauf der Kunstdrucke, der als solcher zulässig gewesen wäre, durch die Einbeziehung der Bilder in neue „Gesamtkunstwerke“ aus Bild und Rahmen wesentlich gefördert worden ist. Ein in dieser Weise erzielter Gewinn war im Fall einer Schadensersatzpflicht neben dem Gewinn aus dem Verkauf der Rahmen als solcher herauszugeben...“⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ BGH GRUR 1962, 509 („Dia-Rähmchen II“) m. abl. Anm. Moser v. Filseck, zust. dagegen Benkard-Rogge, § 139 PatG Rn. 73; bestätigt durch BGHZ 150, 32 unter C. I. 2. c) (2) (aa) („Unikatrahmen“).

⁴⁴⁹ BGHZ 150, 32, dort unter C. I. 2. c) (2) aa).

In der Entscheidung „Objektive Schadensberechnung“, der eine Art mittelbare Verletzung betraf (wettbewerbswidriges Kopieren eines Verkaufsprospekts) wurde die Berücksichtigung selbst nicht rechtsverletzender Artikel dagegen für den Fall verneint, dass dem Verletzten durch die Verletzungshandlung kein Gewinn entgangen ist.⁴⁵⁰

Nähere Angaben darüber, wie der herauszugebende Gewinnanteil zu ermitteln ist, hat der BGH bisher nicht gemacht; vielmehr hat er darauf hingewiesen, dass der Anteil zu schätzen sei.⁴⁵¹

(2) Abzugsfähige Aufwendungen: Behandlung der Gemeinkosten

Die bereits aus dem Abschnitt über die Ermittlung des „konkreten entgangenen Gewinns“ des Verletzten bekannte Fixkostenproblematik⁴⁵² kehrt bei der Ermittlung des Verletzergewinns spiegelbildlich wieder. Soll der Verletzer seine sämtlichen Gemeinkosten anteilig vom Erlös absetzen dürfen? Bis 2001 war dies der Stand der Rechtsprechung.⁴⁵³ Konsequenterweise verneinte das Reichsgericht die Frage, ob der Verletzer auch eine Verlustersparnis „herausgeben“ muss. Die Ansicht, für die Feststellung des vom Verletzer gezogenen Gewinns „sei die Frage zu beantworten, um wie viel sich die Vermögenslage [des Verletzters] schlechter gestellt hätte, wenn [er das Patent nicht verletzt hätte]“, erklärte es für rechtsfehlerhaft:

„Ein Anspruch der Verletzten auf Herausgabe des vom Verletzer durch die Verletzung gezogenen Gewinnes kann grundsätzlich nur geltend gemacht werden, wenn der Verletzer durch die Benutzung des Patents tatsächlich einen Gewinn im Sinne eines Überschusses des Erlöses über die Unkosten herausgewirtschaftet hat. (...) Die erörterte Art der Schadensberechnung beruht auf der Erwägung, dass der Verletzer sich so behandeln lassen müsse, als ob er das Patent lediglich in Geschäftsführung für den Inhaber benutzt hätte, und dass er daher in rechtsähnlicher Anwendung der Grundsätze in § 687 Abs. 2, § 667 BGB zur Herausgabe des durch die Verletzung Erlangten gehalten sei. Jedoch darf bei Be-

⁴⁵⁰ BGH GRUR 1995, 349; dazu bereits oben 3. a) dd. – Alternativvorschlag für die Begründung des Ergebnisses in „Objektive Schadensberechnung: s. Teil 5 C. III. 4. a) aa).

⁴⁵¹ BGHZ 150, 32 unter C. I. 2. c) (2) (aa) („Unikatrahmen“).

⁴⁵² C. II. 1. b).

⁴⁵³ BGH GRUR 1962, 509, 511 („Dia-Rähmchen II“).

trachtung des Sachverhalts unter diesem Gesichtspunkt nicht aus dem Auge gelassen werden, dass es sich nach § 35 PatG immer allein um den Ersatz des Schadens handelt, der dem Verletzten dadurch entstanden ist, dass der Verletzer die Früchte des Patents gezogen hat. Mit dem Begriff des Schadensersatzes ist es indes nicht vereinbar, dem Verletzten einen Anspruch auf die Vorteile einzuräumen, die der Verletzer bei an sich verlustbringender Benutzung des Patents durch dessen Verwertung gegenüber den ihm zugänglichen Herstellungsweisen gezogen hat. In solchem Falle stehen dem Verletzten die beiden anderen Wege der Schadensberechnung offen. Der abweichenden Auffassung des Berufungsgerichts, dass auch Verlostersparnis herauszugeben ist, kann nicht beigetreten werden.⁴⁵⁴

Das Reichsgericht korrigierte somit das aus § 687 Abs. 2 BGB sich ergebende Ergebnis über das Schadensersatzrecht.

Gegen die anteilige Berücksichtigung aller Gemeinkosten erhoben sich viele Stimmen in der Literatur.⁴⁵⁵ Insbesondere *Michael Lehmann* machte geltend, dass dieser Teil der Einnahmen zur Deckung der allgemeinen Geschäftskosten beitrage und ebenfalls dem Verletzten gebühre, da andernfalls der Verletzte gezwungen werde, dem Verletzer dessen „Fälscherwerkstätte“ mit zu finanzieren.⁴⁵⁶ Dem hat sich der BGH in einer auf das Geschmacksmusterrecht bezogenen Entscheidung („Gemeinkostenanteil“⁴⁵⁷) inzwischen angeschlossen. Anteilige Fixkosten des Verletzers sind danach nur noch abziehbar, soweit sie den schutzrechtsverletzenden Gegenständen unmittelbar zugerechnet werden können. Zur Begründung wird der Zweck des Anspruchs auf Herausgabe des Verletzergewinns angeführt:

„[Die Abzugsfähigkeit aller Fixkosten] stünde in Widerspruch zu Sinn und Zweck des Schadensausgleichs in der Form der Herausgabe des Verletzergewinns und insbesondere zu dem Gedanken, dass der Verletzte durch die Herausgabe des Verletzergewinns so zu stellen ist, als hätte er ohne die Rechtsverletzung den gleichen Gewinn wie der Rechtsverletzer erzielt. Denn in diesem Fall hätte der Verletzte bei einem Einsatz des eigenen Unternehmens für die Herstellung und den Vertrieb einen Deckungsbeitrag zu seinen eigenen Gemeinkosten erwirtschaften können.“⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ RGZ 130, 108, 110.

⁴⁵⁵ S. u. e) bb).

⁴⁵⁶ Lehmann BB 1988, 1680, 1686; zust. Möhring/Nicolini-Lütje § 97 Rn. 171.

⁴⁵⁷ BGH NJW 2001, 2173 = GRUR 2001, 329, 331 („Gemeinkostenanteil“).

⁴⁵⁸ BGH GRUR 2001, 329, 331.

Außerdem sei zu berücksichtigen, dass der Verletzer so zu stellen sei wie jemand, der sich ein fremdes Geschäft angemaßt habe. Nach §§ 687 Abs. 2, 684 S. 1 BGB könne der Geschäftsführer bei angemaßter Eigengeschäftsführung lediglich Aufwendungsersatz nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung verlangen. Soweit Fixkosten nicht unmittelbar mit Herstellung und Vertrieb der schutzrechtsverletzenden Gegenstände zusammenhängen, liege keine Bereicherung des Verletzten vor. Dasselbe gelte für Schadensersatzzahlungen an Abnehmer des Verletzers, weil diese ein eigenes Geschäft des Verletzers darstellten.⁴⁵⁹ Das bedeutet, dass der Verletzer seinen Gewinn herausgeben muss und zusätzlich Regressforderungen seiner Kunden wegen der Rechtsmängel ausgesetzt bleibt.

Diese neue Rechtsprechung könnte zu einer Erhöhung der Bedeutung des Anspruchs auf den Verletzergewinn führen. Bisher ist die Zahl der veröffentlichten Entscheidungen, die die Herausgabe des Verletzergewinns betreffen, sehr gering. Das liegt daran, dass die Wahl dieses Anspruchs bisher oft zu einem unbefriedigenden Ergebnis für den Verletzten geführt hat. Praktiker haben – vor den neueren Entscheidungen „Unikatrahmen“ und vor allem „Gemeinkostenanteil“ des BGH zum Umfang des Anspruchs⁴⁶⁰ – wiederholt beklagt, dass es dem Verletzer in der Regel möglich sei, seinen Gewinn „herunterzurechnen“, und dass der Verletzte diese Zahlen nicht durch einen neutralen Sachverständigen überprüfen lassen könne.⁴⁶¹ Daher sei für den Verletzten in der Regel die Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie günstiger.⁴⁶²

(3) Herabsetzung des Betrags nach Billigkeitsgesichtspunkten

Bei Anwendung von § 97 Abs. 1 2 UrhG und § 14a Abs. 1 S. 2 GeschmMG kann die vom Verletzer zu zahlende Summe auf den Betrag des Schadens herabgesetzt werden, wenn dies der Billigkeit entspricht. Bisher hat die Vorschrift keine praktische Bedeutung gehabt.

⁴⁵⁹ BGHZ 150, 32 („Unikatrahmen“).

⁴⁶⁰ BGHZ 150, 32 = GRUR 2002, 532 („Unikatrahmen“); BGHZ 145, 366 – NJW 2001, 2173 („Gemeinkostenanteil“).

⁴⁶¹ Vgl. z. B. Möhring/Nicolini-Lütje § 97 Rn. 162; von der Osten GRUR 1998, 284.

⁴⁶² Vgl. demgegenüber aber auch die Stellungnahme von Sueur auf dem 1er Forum de la Propriété industrielle, RIPIA 1996, 27, 37.

d) Konkurrenzen und „Verquickungsverbot“

Das von der Rechtsprechung aufgestellte „Verquickungsverbot“ verbietet die Vermischung der Elemente unterschiedlicher Schadensberechnungsmethoden. Insbesondere kann der Verletzte, wenn er ohne die Verletzung einen Teil des vom Verletzer erzielten Umsatzes selbst gemacht hätte oder ihm sonst Gewinn entgangen ist, nicht sowohl konkreten entgangenen Gewinn in Bezug auf den ihm entgangenen Absatz als auch Herausgabe des Verletzergewinns hinsichtlich des Teils des Verletzerumsatzes, den er selbst nicht hätte machen können, verlangen. Dies wird in der patentrechtlichen Entscheidung „Laux-Kupplung“ des BGH von 1970 damit begründet, dass der Vorteil, der dem Verletzten bei der Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn zugebilligt wird, indem er der Notwendigkeit enthoben wird, nachzuweisen, dass er den vom Verletzer erzielten Gewinn ohne die Verletzung wahrscheinlich selbst erzielt hätte, quasi vom Verletzten bezahlt werden müsse, indem er darauf verzichte, einen sonstigen konkreten entgangenen Gewinn geltend zu machen:

„[Bei der Geltendmachung von entgangenem Gewinn kann auf das Erfordernis der Ursächlichkeit von Rechtsverstoß und behauptetem Schaden um so weniger verzichtet werden, als die an § 47 PatG [heute § 139 PatG] anknüpfende Rechtsprechung neben der Schadensberechnung auf der Grundlage des entgangenen eigenen Gewinns dem Verletzten zwei weitere Möglichkeiten der Schadensberechnung (angemessene Lizenzgebühr und Herausgabe des erzielten Verletzererlöses) zur Verfügung stellt, die ihn der Notwendigkeit eines Nachweises der Ursächlichkeit entheben, als Ausgleich freilich in aller Regel zu einem niedrigeren Schadensbetrag führen werden. Wenn demgegenüber die Schadensberechnung auf der Grundlage des entgangenen eigenen Gewinns die Berücksichtigung der konkreten, also auch der schadenserhöhenden Umstände gestattet, so ist es ein Gebot der Billigkeit, dass derjenige, der sich auf außergewöhnliche, seinen Schaden erhöhende Gegebenheiten beruft, auch die Mühen und Risiken übernehmen muss, die mit dem Nachweis der Ursächlichkeit von Rechtsverstoß und behauptetem Schaden zwangsläufig verbunden sind. Gerade die zusätzliche Zulassung der Schadensberechnung nach dem erzielten Verletzererlös und der angemessenen Lizenzgebühr, wodurch dem Verletzten Schwierigkeiten im Nachweis konkreten eigenen Schadens erspart werden sollen, wäre nicht verständlich, wenn auch bei der Schadensberechnung auf der Grundlage des entgangenen eigenen Gewinns der Verletzer (sic, muss heißen: der Verletzte) durch Entbindung vom Nachweis der Ursächlichkeit ähnliche Vergünstigungen

erhalten würde, ohne als Ausgleich die mit den beiden anderen Schadensberechnungsweisen verbundenen Nachteile zu erfahren.⁴⁶³

Danach wird die „Schadensberechnung nach dem Verletzererfolg“ von der Rechtsprechung „zusätzlich“ gewährt und bietet Vorteile, die von dem Verletzten durch Verzicht auf sich ihm sonst bietende Möglichkeiten erkaufte werden müssen. Auffällig ist, dass die Entscheidung nicht zwischen vorsätzlichen und fahrlässigen Verletzungen differenziert. Die Entscheidung „Laux-Kupplung“ ist daher – ebenso wie die oben cc) (3) erwähnte Entscheidung zur Verlustersparnis – als Indiz dafür zu werten, dass der BGH einen etwa bestehenden unmittelbaren Anspruch aus § 687 Abs. 2 BGB als durch die „Schadensberechnung nach dem Verletzererfolg“ verdrängt sieht. Dafür spricht auch die Entscheidung „Objektive Schadensberechnung“ von 1995, in der die Schadensberechnung nach dem Verletzererfolg abgelehnt wurde, weil dem Verletzten gar kein Gewinn entgangen war, und die direkte Anwendung von § 687 Abs. 2 BGB trotz vorsätzlichen Handelns des Verletzers gar nicht erwogen wurde.⁴⁶⁴ Demgegenüber soll § 687 Abs. 2 BGB nach der von *Steffen* in dem von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes herausgegebenen Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch vertretenen Ansicht auf wissentliche Verletzungen fremder gewerblicher Schutzrechte, zu deren Wesen es gehört, wirtschaftlich genutzt zu werden, direkt anwendbar sein.⁴⁶⁵ *Steffen* führt als Beleg die „Vitasulfal“-Entscheidung des BGH an. Darin wurde § 687 Abs. 2 im Verfahren über die Höhe eines Anspruchs auf Schadensersatz angewandt, um die Zulässigkeit der Herausgabe des Verletzererfolgs als „Schadensberechnungsmethode“ zu begründen. Dabei wurde die entsprechende Anwendung des § 687 Abs. 2 im Rahmen der Schadensberechnung, wie in der frühen Rechtsprechung des Reichsgerichts, damit begründet, dass in der Rechtsverletzung „zugleich“ die Führung eines objektiv fremden Geschäfts liege, was impliziert, dass § 687 Abs. 2 BGB bei wissentlichen Rechtsverletzungen direkt eingreift. Da, wie gezeigt, in der Rechtsprechung wechselnde Begründungen des Gewinnherausgabeanspruchs vorherrschen, muss die Frage als ungeklärt gelten.

Auf weitere Aspekte des „Verquickungsverbots“ wird unten 4. d) eingegangen.

⁴⁶³ BGH GRUR 1962, 580, 583 („Laux-Kupplung“).

⁴⁶⁴ BGH GRUR 1995, 349; dazu bereits oben 3. a) dd). Alternativvorschlag für die Begründung des Ergebnisses in „Objektive Schadensberechnung: s. Teil 5 C. III. 4. a) aa).

⁴⁶⁵ RGRK-Steffen § 687 Rn. 38 und 46.

⁴⁶⁶ BGHZ 34, 320.

e) In der Literatur vertretene Ansichten

aa) Zur dogmatischen Begründung

Die Herleitung des Anspruchs aus § 687 Abs. 2 BGB und dessen „rechtsähnliche“ Anwendung wird von der Literatur z. T. gebilligt⁴⁶⁷, von der wohl überwiegenden Auffassung jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass einer Analogie entgegenstehe, dass der ungerechtfertigte Eigengeschäftsführer nur bei Vorsatz haftet. Die Ausdehnung auf fahrlässige Verletzungen widerspreche der ausdrücklichen Anordnung in § 687 Abs. 1 BGB und erfolge daher *contra legem*.⁴⁶⁸ Um diesem Einwand auszuweichen, wollen *Beuthien/Wasmann* an Stelle des § 687 Abs. 2 BGB die Spezialgesetze im Urheber- und Geschmacksmusterrecht rechtsähnlich auf die übrigen Immaterialgüterrechte anwenden.⁴⁶⁹

Die Einordnung des Anspruchs auf den Verletzererwerb in das Schadensrecht, die vereinzelt begrüßt wurde,⁴⁷⁰ wird überwiegend als falsche oder zumindest systemwidrige Vermischung schadens- und bereicherungsrechtlicher Gesichtspunkte angeprangert, soweit nämlich der Verletzte den vom Verletzer erzielten Gewinn selbst nicht hätte machen können.⁴⁷¹ Während manche stattdessen einen Anspruch auf den Verletzererwerb aus der bereicherungsrechtlichen Nichtleistungskondition gewähren wollen⁴⁷², wollen andere den schadensersatzrechtlichen Gewinnherausgabeanspruch, auch wenn sie die Begründung nicht überzeugt, als Gewohnheitsrecht gelten lassen.⁴⁷³ Danach sei der Anspruch in seinen Voraussetzungen dem Schadensersatzrecht, in seinen Rechtsfolgen §§ 681, 666–668 BGB zu unterstellen.⁴⁷⁴

⁴⁶⁷ Staudinger-Wittmann, 13. Bearbeitung 1995, § 687 Rn. 21; Benkard-Rogge, 9. Auflage, § 139 PatG Rn. 72; Nirk/Kurtze § 14, 14a Rn. 67; Loth § 24 GebrMG Rn. 64.

⁴⁶⁸ Schulz AcP 105 [1909] 1, 64ff.; Jakobs, S. 90f.; Ebert ZIP 2002, 2297.

⁴⁶⁹ Beuthien/Wasmann GRUR 1997, 255.

⁴⁷⁰ Bötticher AcP 158 [1959/60], 385, 407: „Entgangen ist eben nicht nur der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war, sondern auch der Gewinn, der durch das unerwartete Hintertreten des Täters entgegen der Rechtsordnung möglich gemacht worden ist.“

⁴⁷¹ Schulz AcP 105 [1909] 1, 64ff. und s. den Abschnitt zum bereicherungsrechtlichen Gewinnherausgabeanspruch, D. IV. 2. b) bb); differenzierend Dreier, *Kompensation und Prävention*, Kap. 8 II. 2. a), S. 276, der dafür eintritt, u. U. eine Vermutung der Identität von Verletzererwerb und entgangenem Gewinn des Verletzten anzuwenden.

⁴⁷² Dazu unten D.

⁴⁷³ Däubler JuS 1969, 49, 51; Ebert ZIP 2002, 2297; MünchKomm-BGB-Seiler §687 Rn. 22; Jauernig/Vollkommer 687 Rn. 10; Fezer WRP 1993, 565f.; Staudinger-Schiemann § 249 Rn. 201.

⁴⁷⁴ Däubler JuS 1969, 49, 51; MünchKomm-Seiler 687 Rn. 22.

bb) Zum Umfang des Anspruchs

In Bezug auf den genauen Anspruchsumfang gibt es zum einen Stellungnahmen zu einzelnen Aspekten der Rechtsprechungspraxis. Diese konzentrieren sich auf die Berücksichtigung der Kosten. Vielfach wurde gefordert, dem Verletzer die Möglichkeit abzuschneiden, seine Gemeinkosten anteilig von den Einnahmen abzusetzen.⁴⁷⁵ Der BGH ist dem schließlich im Ergebnis gefolgt, indem er die Rechtsprechung, wie geschildert, durch die Entscheidung „Gemeinkostenanteil“ geändert hat. Fraglich ist nun, ob der BGH daran festhalten wird, dass eine Verlustersparnis nicht herauszugeben ist, was ebenfalls vielfach abgelehnt wird.⁴⁷⁶

Ein grundlegend anderes Konzept als das der Rechtsprechung hat *Körner* für den gewerblichen Rechtsschutz vorgeschlagen.⁴⁷⁷ Er ersetzt das Kriterium der Kausalität, d. h. die Frage danach, welcher Gewinn kausal auf die Verletzung des fremden Rechts zurückzuführen ist, durch normative Überlegungen. Sein Ausgangspunkt ist, dass gewerbliche Schutzrechte keinen „von Hause aus existierenden aktuellen und konkret zu bestimmenden Verkehrswert“ hätten, die Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts vielmehr einen Eingriff in eine Erwerbchance darstelle, die einem anderen zugewiesen sei. Daher könne der zu leistende Schadensersatz nur festgesetzt werden, indem ermittelt werde, inwieweit durch die Verletzungshandlung in den Zuweisungsgehalt des Schutzrechts eingegriffen worden und die damit verbundene Erwerbchance quasi auf den Verletzer umgelenkt worden sei. Dabei sei zwischen den einzelnen Rechten zu differenzieren.

Gewerbliche Schutzrechte mit absolutem Zuweisungsgehalt seien das Patentrecht, das Gebrauchsmusterrecht und das Sortenschutzrecht. Bei ihrer Verletzung sei „jede von einem Verletzer getätigte Herstellung und jeder von einem Verletzer getätigte Umsatz“ dem Schutzrechtsinhaber zuzurechnen. Dessen entgangener Gewinn berechne sich dann auf Grund seiner eigenen Gewinnkalkulation.⁴⁷⁸

⁴⁷⁵ Lehmann BB 1980, 1680; von der Osten, GRUR 1998, 284 und Mitt 2000, 95; dagegen Beuthien/Schmölz, S. 59f. (da § 684 BGB den Verletzten dazu verpflichtet, alle Aufwendungen zu tragen, die für die Gewinnerzielung nützlich gewesen sind).

⁴⁷⁶ Benkard-Rogge, PatG, 9. Auflage, § 139 PatG Rn. 73; Heermann GRUR 1999, 625, 627; Dreier, Kap. 8 II. 2. b) cc), S. 287.

⁴⁷⁷ FS Steindorff, 1990, 877ff.

⁴⁷⁸ Körner FS Steindorff, 1990, 877, 884f..

Bei denjenigen Ausschlussrechten, die auf Grund zeitlicher Priorität gewährt werden – Urheberrecht, Geschmacksmusterrecht, Halbleiterschutz und der ergänzende wettbewerbliche Leistungsschutz – sei der Zuweisungsgehalt dagegen insofern relativ, als er auf Nachahmungsschutz beschränkt sei. Daher sei ihrem Inhaber eine konkurrierende Fertigung nur zuzurechnen, soweit sie auf der Nachahmung beruhe, und ein vom Verletzer gemachter Umsatz nur, soweit ihn der Nachahmer gerade vom Schutzrechtsinhaber auf sich umleiten konnte. Bei Bestehen einer rechtmäßigen konkurrierenden Fertigung oder eines konkurrierenden Vertriebs durch einen Dritten könne daher im Zweifel dem Verletzten nur ein marktanteilmäßiger Anteil an den Verletzerumsätzen zugeschrieben werden.⁴⁷⁹

Bei Markenrechten handele es sich wiederum um eine andere Kategorie: die der gewerblichen Schutzrechte mit gegenständlich beschränktem, absolutem Schutzgehalt. Hier sei nicht das ganze Produkt, sondern nur ein bestimmter wirtschaftlicher Teilbereich dem Schutzrechtsinhaber ausschließlich zugewiesen. Der Zuweisungsgehalt dieser Rechte beschränke sich auf die Erwerbchance durch die Herkunftsvorstellung; unerheblich für den Zuweisungsgehalt seien die dem Warenzeichen in der Literatur sonst noch zugeschriebenen Funktionen, so die Gütefunktion und die Werbefunktion. Darum sei hier der Einwand erheblich, die Zeichenverletzung sei für den entgangenen Gewinn nicht kausal geworden, weil die Herkunftsvorstellung für die Kaufentscheidung der Käufer nicht bestimmend gewesen sei. Auch sei zu berücksichtigen, wenn gleichwertige Produkte unter anderer Herkunftsbezeichnung auf dem Markt gewesen seien, weil eine unterlassene Schutzrechtsverletzung erfahrungsgemäß nicht nur dem Inhaber des Schutzrechts, sondern marktanteilmäßig allen Anbietern von gleichwertigen Produkten mit gleichwertiger Markenbekanntheit zugute gekommen wäre.⁴⁸⁰

cc) Zu den Konkurrenzen

Die Kommentarliteratur erklärt § 687 Abs. 2 BGB als Anspruch, der die allgemeine Schadensersatzhaftung bei Verletzung absoluter Rechte verschärfen sollte.⁴⁸¹ Die Ratio dieser Regelung sei, dass niemand durch vorsätzlichen Eingriff

⁴⁷⁹ Körner FS Steindorff, 1990, 877, 894.

⁴⁸⁰ Körner FS Steindorff, 1990, 877, 891.

⁴⁸¹ MünchKomm-BGB-Seiler § 687 Rn. 15.

in fremde Rechte Gewinn erzielen dürfe⁴⁸²; dieser gebühre vielmehr dem Geschäftsherrn.⁴⁸³ Im Hinblick auf Verletzungen „geistigen Eigentums“ wird dem entsprechend vertreten, dass die Schadensersatzansprüche und der Anspruch aus § 687 Abs. 2 jeweils unter deren Voraussetzungen konkurrieren, sodass sie bei wesentlichem Handeln nebeneinander anwendbar sind.⁴⁸⁴

f) Herausgabe des Verletzergewinns bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten?

aa) Rechtsprechung

Soweit ersichtlich, hat der BGH erstmals 1999 in zwei die Verletzung von Persönlichkeitsrechten betreffenden Entscheidungen erklärt, der Berechtigte könne die Herausgabe des Verletzergewinns verlangen.⁴⁸⁵ Diese Entscheidungen betrafen Fälle des unerlaubten „Merchandising“. Die Berechtigte nutzte das Persönlichkeitsrecht ihrer verstorbenen Mutter selbst, um Memorabilia und Fan-Artikel zu vermarkten, so dass hinsichtlich dieser Artikel eine Wettbewerbssituation zwischen ihr und den Verletzern bestand. Das könnte darauf hindeuten, dass die Rechtsprechung die von ihr im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht aufgestellte Voraussetzung für die Anwendung der Schadensberechnungsmethode nach dem Verletzergewinn auch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen anwendet. Wie oben ausgeführt⁴⁸⁶, muss dem Verletzten nach den Grundsätzen der Entscheidung „Objektive Schadensberechnung“ infolge der Verletzung Gewinn entgangen sein, und zwar gerade dadurch, dass er weniger von den Produkten absetzen kann, für deren Herstellung er sein „geistiges Eigentum“ selbst verwendet. Sinngemäß auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen übertragen, würde dieses Erfordernis Konstellationen, in denen der Verletzte nicht selbst imagebezogene Pro-

⁴⁸² Soergel-Beuthien § 687 Rn. 4.

⁴⁸³ Soergel-Beuthien § 687 Rn. 4; Jauernig-Mansel § 687 Rn. 5.

⁴⁸⁴ MünchKomm-BGB-Seiler § 687 Rn. 26; Soergel-Beuthien § 687 Rn. 16; Schrickler-Wild § 97 Rn. 74: „Für das Urheberrecht folgt aus § 97 Abs. 3, dass § 687 Abs. 2 bei vorsätzlichem Handeln direkt (...) neben § 97 Abs. 1 und 2 UrhG anwendbar ist“.

⁴⁸⁵ BGH NJW 2000, 2195, 2201 (“Marlene Dietrich”); BGH NJW 2000, 2201, 2202 (“Blauer Engel”), kritisch zur Gemengelage zwischen den Befugnissen des Erben, auf den die vermögensrechtlichen Bestandteile des PKR übergehen, und der Angehörigen oder Wahrnehmungsberechtigten, die die ideellen Interessen des Verstorbenen wahrnehmen, Tobias Müller GRUR 2003, 31, 33. – In den Entscheidungen wird auf die „Paul Dahlke“-Entscheidung verwiesen, dort wird jedoch lediglich die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ zugelassen, dazu oben C. II. 2. a) bb).

⁴⁸⁶ 3. a) dd).

dukte vermarktet oder vermarkten lässt, und damit viele Fälle von Persönlichkeitsrechtsverletzungen, ausschließen. Die Anwendung von § 687 Abs. 2 BGB auf Paparazzifotos eines Kindes hat das OLG Hamburg abgelehnt, da die Vermarktung solcher Fotos kein Geschäft des Verletzten sei,⁴⁸⁷ dagegen hat das OLG München einen solchen Anspruch als Schadensersatzanspruch zugelassen⁴⁸⁸.

bb) Literatur

In der Literatur ist die Frage umstritten, ob bei Persönlichkeitsverletzungen die Herausgabe des Verletzergewinns verlangt werden kann.

(1) Zum „Ob“ der Gewinnherausgabe

Es ist umstritten, ob die faktische Kommerzialisierung des Rechtsguts durch den Verletzer genügt, um einen Gewinnherausgabeanspruch eingreifen zu lassen. Manche verlangen wie der BGH, dass der Verletzte selbst gegen Entgelt zu der fraglichen Kommerzialisierung bereit gewesen sein muss: Anderenfalls handele es sich bei der Verletzung ausschließlich um ein eigenes Geschäft des Verletzers (und nicht zumindest auch um eines des Verletzten).⁴⁸⁹

Andere wollen demgegenüber genügen lassen, dass es sich bei der Persönlichkeitsrechtsverletzung um einen Eingriff in einen fremden Rechtskreis handelt, und dem Verletzten bei allen wissentlichen Eingriffen in vermögenswerte Persönlichkeitsrechte einen Gewinnherausgabeanspruch gewähren. Dieser wird überwiegend mit der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag begründet⁴⁹⁰, *Beuter* hält dagegen für entscheidend, dass dem Schadensersatzanspruch eine rechtswahrende Funktion zukomme und die Gewinnabschöpfung zum Zweck der Sanktion und der Generalprävention erforderlich sei⁴⁹¹. Allein die faktische Kommerzialisierbarkeit des verletzten Persönlichkeitsguts sei entscheidend; wenn man den Anspruch ver-

⁴⁸⁷ OLG Hamburg AfP 1995, 504 (Caroline/Sohn)

⁴⁸⁸ OLG München NJW-RR 1996, 93.

⁴⁸⁹ RGRK-Steffen § 687 Rn. 48; MünchKomm-BGB-Seiler § 687 Rn. 16f.; Canaris in FS für Deutsch S. 85, 86; Gounalakis AfP 10, 18f.

⁴⁹⁰ Die direkte Anwendung von § 687 Abs. 2 befürworten Beuthien/Schmölz, S. 50ff. (s. a. Beuthien NJW 2003, 1220, 1222), und v. Holleben, S. 120ff.

⁴⁹¹ Beuter, D. II., S. 95ff.

sage, falls der Verletzte zur Kommerzialisierung nicht bereit sei oder falls die Kommerzialisierung nicht üblich sei, führe dies lediglich zu einer ungerechtfertigten Privilegierung der Täter in diesen Fällen.⁴⁹² v. *Holleben* begründet dies mit einem *argumentum a fortiori*: Wenn jemand, der ein Prominentenfoto unautorisiert zu Werbezwecken benutzt, auf den Verletzergewinn hafte⁴⁹³, dann müsse erst recht derjenige auf den Verletzergewinn haften, der ein erfundenes Interview publiziere, denn die letztgenannte Verletzungsform wiege doch erheblich schwerer.⁴⁹⁴ Dass die Haftung bei Persönlichkeitsverletzungen dann sehr unterschiedlich ausfallen könne, je nachdem, ob ein Gewinn erzielt worden sei oder nicht, bedeute nicht, dass die Zulassung dieses Anspruchs zu einer Schiefelage im Entschädigungsrecht im Sinne einer Benachteiligung der Opfer von Körperverletzungen führe⁴⁹⁵, sondern sei die Folge des (auch) vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalts des Persönlichkeitsrechts; wenn durch einen Eingriff in ein Persönlichkeitsrecht Gewinn erzielt werde, sei es auch gerechtfertigt, diesen zu Gunsten des Berechtigten abzuschöpfen.⁴⁹⁶ Auch ein verfassungswidriger Eingriff in die Pressefreiheit liege nicht vor, da wissentliche Persönlichkeitsverletzungen nicht in den Schutzbereich dieses Grundrechts fielen.⁴⁹⁷

(2) Zum Umfang des Anspruchs

Beuthien/Schmölz wollen einen durchschnittlichen Seiten- bzw. Minutenerlös der Publikation, in der der rechtsverletzende Beitrag erschienen ist, ermitteln, indem deren Gesamterlös aus Vertrieb und Werbung ermittelt wird und durch die Anzahl der Seiten bzw. Minuten dividiert wird. Dieser sei dann zu der Länge des rechtsverletzenden Teiles in Beziehung zu setzen; darüber hinaus seien Gewinne durch eine etwaige, durch die Rechtsverletzung bewirkte Auflagensteigerung zu berücksichtigen.⁴⁹⁸ v. *Holleben* möchte die Höhe des gerade durch die Persönlichkeitsverletzung erzielten Erlöses bestimmen, indem er die Länge (Seiten- bzw.

⁴⁹² v. *Holleben*, S. 124ff.

⁴⁹³ Dass dies der Fall ist, erscheint allerdings nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH gar nicht so sicher, s. o. f) aa).

⁴⁹⁴ v. *Holleben*, S. 125.

⁴⁹⁵ So aber *Gounalakis AfP* 1998, 10, 19.

⁴⁹⁶ v. *Holleben*, S. 130.

⁴⁹⁷ v. *Holleben*, S. 132; a. A. *Gounalakis AfP* 1998, 10, 19, der auf die Notwendigkeit der Verlage verweist, seriöse Pressezeugnisse mit Boulevardblättern quersubventionieren, und für einen Vorrang des Gegendarstellungsrechts plädiert.

⁴⁹⁸ *Beuthien/Schmölz*, S. 55ff.

Minutenanzahl) und die Art der Platzierung des Beitrags (z. B. Titelblatt vs. unauffällige Platzierung im Inneren eines Blattes) sowie – bei Printmedien – den Verkaufspreis multipliziert mit der Auflage oder – bei Fernsehsendern – den Einschaltquoten, und die dadurch bestimmten Preise der Werbeminuten berücksichtigen; öffentlichrechtliche Fernsehsender müssten offen legen, zu welchem Anteil sie sich aus Werbung und zu welchem Teil aus den Rundfunkgebühren finanzieren und wie hoch der Anteil der auf die Sendeminuten des Beitrags entfallenden Rundfunkgebühren ist.⁴⁹⁹ Abgezogen werden dürften gemäß § 684 S. 1 BGB “die zur Produktion des persönlichkeitsverletzenden Beitrags selbst“ erforderlichen Aufwendungen, da sie und nur sie zum wirtschaftlichen Erfolg der Persönlichkeitsverletzung beigetragen hätten; um sie sei der Verletzte bereichert.⁵⁰⁰ Die Beweislast trage der Verletzte; das geeignetste Mittel sei die Überprüfung seiner Buchführung durch einen vereidigten Wirtschaftsprüfer.⁵⁰¹

4. Sonstige Vermögensschäden und „Verquickungsverbot“

a) Rechtsverfolgungskosten

Die Kosten des Prozesses trägt gemäß §§ 91ff. ZPO der Verlierer. Unterliegt der Verletzte teilweise, weil er zuviel gefordert hat, ist ihm grundsätzlich eine anteilige Quote aufzuerlegen, das Gericht kann hiervon jedoch absehen, wenn die Forderungshöhe durch ein Sachverständigengutachten oder richterliches Ermessen bestimmt wurde (§ 92 ZPO). Die erstattungsfähigen Prozesskosten umfassen die Gerichtskosten, zweckmäßige Auslagen der Parteien sowie die Kosten ihrer Vertretung im Prozess im Rahmen der gesetzlichen Gebührensätze.

Sonstige Kosten, die dem Verletzten entstanden sind und die nicht von §§ 91ff. ZPO erfasst werden, sind als Teil des positiven Schadens (*damnum emergens*) zu ersetzen, wenn die Verletzung für sie kausal war. Das können etwa Kosten für notwendige Privatgutachten oder Kosten sein, die für die Aufspürung des Verletzers erforderlich waren.

⁴⁹⁹ v. Holleben, S. 126ff.

⁵⁰⁰ v. Holleben, S. 128f.

⁵⁰¹ v. Holleben, S. 128.

b) Kosten einer Ersatzvornahme bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen

Die Verletzung des Persönlichkeitsrechts oder des Urheberpersönlichkeitsrechts kann Vermögensschäden dadurch auslösen, dass der Verletzte selbst Maßnahmen ergreift, um sein Recht wiederherzustellen, etwa indem er eine Gegendarstellung veröffentlicht oder Kosten für die Wiederherstellung seines Kunstwerks aufwendet.⁵⁰² Dies setzt voraus, dass der Verletzte den Verletzer zunächst erfolglos zur Beseitigung oder Wiedergutmachung der Rechtsverletzung aufgefordert hat (§ 250 BGB).

c) Marktverwirrungs- und Diskreditierungsschaden

Gelegentlich wird dem Verletzten neben konkretem entgangenem Gewinn, einer angemessenen Lizenzgebühr oder der Herausgabe des Verletzergewinns Ersatz für „Marktverwirrungsschaden“, „Diskreditierungsschaden“ oder „Marktverwirrungskosten“ zuerkannt.⁵⁰³

aa) Begriff

Eine exakte Definition dieser Begriffe existiert bisher nicht. Es geht um Einbußen an geschäftlichem Ansehen („Diskreditierung“) oder den Verlust einer vorteilhaften Marktstellung („Marktverwirrung“), die sich zum Entscheidungszeitpunkt nicht in einer nachweisbaren Umsatzschmälerung manifestieren. So hat der BGH im Patentrecht einen Klageantrag, der darauf gerichtet war, das Gericht möge feststellen,

„dass die Bekl. verpflichtet ist – über die zu zahlenden Lizenzen und über den Schaden betreffend Nichtbeteiligung am Vertrieb hinaus – dem Kl. jeglichen Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden ist und noch entstehen wird, dass der dem hohen technischen Stand der nach den Schutzrechten des Kl. gebauten

⁵⁰² BGH NJW 1976, 1198, 1200f.

⁵⁰³ GRUR 1954, 457 („Irus/Urus“ – Warenzeichen/Firma); BGH GRUR 1970, 296, 298 („Allzweck-Landmaschine“ – Patentrecht); BGHZ 44, 372, 382 („Messmer Tee II“ – Warenzeichen).

Landmaschine entsprechende Marktanteil bezüglich der Landmaschine und der Zusatzgeräte im In- und Ausland verlorengegangen ist“ (Hervorhebung von mir),

als auf den Ersatz eines Marktverwirrungs- und Diskreditierungsschadens gerichtetes Begehren angesehen.⁵⁰⁴

Ein Diskreditierungs- und Marktverwirrungsschaden kann weiter durch Handlungen des unlauteren Wettbewerbs verursacht werden, auch durch solche, die keine verbotene Leistungsübernahme darstellen, beispielsweise unrichtige Alleinstellungs- und Neuheitsbehauptungen.⁵⁰⁵

bb) Minderung der Kennzeichnungskraft, Verwässerung

Einer Entscheidung zum Markenrecht zufolge kann der Marktverwirrungsschaden sogar allein in der durch die Verletzungshandlung bewirkten Minderung der Kennzeichnungskraft des verletzten Zeichens liegen, wenn es gar nicht genutzt wird:

„[D]as Zeichen wurde [durch die Verletzungshandlung] in seinem Vermögen, allein auf die Kl. hinzuweisen, beeinträchtigt. Die Herkunftsfunktion des Warenzeichens wird unter solchen Umständen in der Regel selbst dann, wenn der Warenzeicheninhaber von dem Warenzeichen zunächst keinen Gebrauch macht, gestört und das Zeichen damit in seinem Wert gemindert.“⁵⁰⁶

cc) Kosten für Gegenwerbung

Als „Marktverwirrungskosten“ können Aufwendungen,

„die erforderlich sind, um einer Fortwirkung des wettbewerbswidrigen Verhaltens, etwa durch verstärkte oder aufklärende Werbung, entgegenzuwirken“⁵⁰⁷,

⁵⁰⁴ BGH GRUR 1970, 296 („Allzweck-Landmaschine“).

⁵⁰⁵ BGH GRUR 1982, 489, 490 („Korrekturflüssigkeit“).

⁵⁰⁶ BGH GRUR 1957, 222, 223 („Sultan“).

⁵⁰⁷ BGH GRUR 1957, 222, 223 („Sultan“).

ersetzt verlangt werden. Es handelt sich dabei um Kosten für Maßnahmen, die dem Effekt einer wettbewerbswidrigen Handlung entgegenwirken sollen, zumeist Kosten für eine Gegenwerbung. Eine Fristsetzung nach § 250 BGB wird dabei nicht geprüft, wahrscheinlich da es als sinnlose Förmerei angesehen wird, zu verlangen, dass zunächst dem Verletzer Gelegenheit gegeben wird, Schadensminderungs- oder -verhütungsmaßnahmen zu ergreifen.

Der BGH war zunächst relativ großzügig bei der Gewährung von Ersatz für derartige Kosten. In der Literatur wurde sogar dafür plädiert, das Problem der Bezifferung des Marktverwirrungsschadens stets über die „angemessenen Marktentwirkungskosten“ zu lösen. So vertraten *Leisse/Traub* 1980 für den Bereich der unlauteren Werbung die Ansicht, dass (1) der Schaden in solchen Fällen stets in dem Gewinn bestehe, der dem Verletzten infolge der unlauteren Werbung entgehe, und dass es (2) dem Verletzten theoretisch immer möglich wäre, den Effekt der unzulässigen Werbung durch geeignete Gegenmaßnahmen – beispielsweise eigene Inserate oder aufklärende Schreiben an die Adressaten der unlauteren Werbung – zu neutralisieren und so zu verhindern, dass durch die unzulässige Werbung bei ihm Gewinneinbußen eintreten.⁵⁰⁸ Es bestehe daher ein enger Zusammenhang zwischen dem entgangenen Gewinn und derartigen „Marktentwirkungskosten“. Allerdings könne der Verletzte derartige Werbemaßnahmen in der Praxis meist nicht mit der erforderlichen Schnelligkeit ergreifen, um Gewinneinbußen zu vermeiden, und ihm sei außerdem das Risiko, dass das Gericht später nur einen Teil der Kosten als angemessen anerkenne, nicht zuzumuten. Darum sollten die Kosten einer angemessenen Richtigstellungswerbung im Nachhinein von einem Sachverständigen geschätzt und als „fiktive Marktentwirkungskosten“ anstelle des entgangenen Gewinns zuerkannt werden.

Der BGH hat diesen Vorschlag jedoch abgelehnt und die Ansicht vertreten, er widerspreche § 287 ZPO, da er darauf hinauslaufe, die Liquidierung „fiktiver Marktentwirkungskosten“ zuzulassen; der Schaden müsse jedoch stets konkret festgestellt werden.⁵⁰⁹ Die von *Leisse* und *Traub* gezogene Parallele zur Gewährung der fiktiven Reparaturkosten im Kfz-Schadensersatzrecht lehnte er ebenso ab wie andere Vorstöße, die darauf abzielten, den Marktentwirkungsschaden statt nach den Gegenwerbungskosten nach den Kosten zu bestimmen, die

⁵⁰⁸ GRUR 1980, 1, 5.

⁵⁰⁹ BGH GRUR 1982, 489, 491 („Korrekturflüssigkeit“); dagegen *Leisse* GRUR 1988, 88.

der Verletzer für die unlautere Werbung aufgewandt hat.⁵¹⁰ Er schränkte stattdessen die Ersatzfähigkeit von Marktverwirrungskosten auf die Kosten für solche Gegenmaßnahmen ein, die tatsächlich vorgenommen wurden und einen erkennbaren Bezug zu der wettbewerbswidrigen Handlung aufweisen.⁵¹¹ Ein Marktverwirrungsschaden sei zunächst nur ein „störender Zustand“, dem durch Gewährung von Abwehransprüchen zu begegnen sei; erst wenn er in einen konkreten Schaden umschlage, sei Schadensersatz zu gewähren.⁵¹²

d) „Verquickungsverbot“

Rechtsverfolgungskosten sind neben dem entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*) als Teil des positiven Schadens (*damnum emergens*) zu ersetzen. Ein Diskreditierungs- und Marktverwirrungsschaden ist zusätzlich zum konkreten entgangenen Gewinn ersatzfähig.⁵¹³

Das Verhältnis der sonstigen Schadenspositionen zu der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ und der „Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn“ ist problematischer. Der BGH hat in der „Prozessrechner“-Entscheidung von 1977 erklärt, Rechtsverfolgungskosten könnten bei Anwendung der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ nicht ersetzt verlangt werden, weil dies gegen das „Verbot der Verquickung mehrerer Schadensberechnungsarten“ verstieße.⁵¹⁴ Der Kläger müsse sich für

- den „konkret berechneten Schaden“, bestehend aus konkretem entgangenem Gewinn (*lucrum cessans*) sowie positivem Schaden (*damnum emergens*), zu dem die Rechtsverfolgungskosten gehören, oder
- die angemessenen Lizenzgebühr oder
- die Herausgabe des Verletzergewinns

entscheiden.

⁵¹⁰ BGH GRUR 1987, 364 („Vier-Streifen-Schuh“). Die Kosten der Werbung könnten allenfalls dann ein Indikator für den Umfang der Wirkung der Werbung auf den Verkehr sein (was aber nicht gleichzusetzen sei mit dem zu leistenden Schadensersatz), wenn Umfang und Verbreitung der Werbung nicht bekannt seien.

⁵¹¹ BGH GRUR 1979, 804 („Falschmeldung“); BGH GRUR 1982, 489 („Korrekturfälligkeit“); BGH GRUR 1986, 330, 332 („Warentest III“); zum Ganzen Baumbach/Hefermehl Einl UWG Rn. 381.

⁵¹² BGH GRUR 1991, 921 („Sahnesiphon“); BGH GRUR 2001, 841, 845 („Entfernung der Herstellungsnummer II“).

⁵¹³ BGH GRUR 1982, 489, 490 („Korrekturfälligkeit“).

⁵¹⁴ BGH GRUR 1977, 539, 543 („Prozessrechner“).

In neueren Entscheidungen spricht der BGH demgegenüber lediglich davon, dass der Schadensersatzkläger „die verschiedenen Liquidationsformen des entgangenen Gewinns, der Herausgabe des Verletzergewinns oder der Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr“ nicht miteinander verquicken dürfe.⁵¹⁵ Danach wären die „Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn“ und die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ jeweils lediglich Alternativen zur Liquidierung des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*), während weiterer „konkreter“ positiver Schaden zusätzlich zur Lizenzgebühr bzw. dem Verletzergewinn ersetzt verlangt werden könnte. Dies könnte dafür sprechen, dass der BGH an der Auffassung, die er in der „Prozessrechner“-Entscheidung vertreten hat, nicht festhält. Ausdrücklich aufgegeben hat er sie jedoch nicht.

Dafür, dass das „Verquickungsverbot“ in der „Prozessrechner“-Entscheidung nur irrtümlich zu weit ausgelegt wurde, spricht auch die Rechtsprechung zur Berücksichtigung des „Marktverwirrungs- oder Diskreditierungsschadens“ neben der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“. In der vor der „Prozessrechner“-Entscheidung ergangenen „Messmer Tee“-Entscheidung erklärte der BGH, die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ decke nur einen „verkehrsüblichen, nicht marktverwirrenden“ Gebrauch des Rechts ab. Der Markeninhaber könne

„über die übliche, auf einen zulässigen Vertragsinhalt abgestellte Lizenzgebühr hinaus nach § 251 Abs. 1 BGB Ersatz des Schadens verlangen, der durch eine nicht verkehrsübliche, marktverwirrende und den Ruf seines Zeichens diskreditierende Zeichenbenutzung entstanden ist. Das ergibt sich insbesondere daraus, dass im Rahmen des üblichen Lizenzvertrages, bei dem neben der Erkennbarmachung der organisatorischen oder rechtlichen Beziehungen zwischen dem Rechtsinhaber und dem Lizenznehmer auch die Einhaltung bestimmter Qualitätsanforderungen – wie sie der Ware des Lizenzgebers entsprechen – ausbedungen worden ist, der gegen diese Verpflichtungen verstoßende Lizenznehmer dem Zeicheninhaber wegen positiver Vertragsverletzung neben der vereinbarten Lizenzgebühr Schadensersatz für den angerichteten Marktverwirrungs- und Diskreditierungsschaden zu leisten hätte“⁵¹⁶.

⁵¹⁵ BGH GRUR 1993, 757, 758 („Kollektion Holiday“).

⁵¹⁶ BGHZ 44, 372, 382 („Messmer Tee II“). Ebenso BGH GRUR 1975, 85 („Clarissa“ – Warenzeichen und Geschmacksmuster).

Der BGH erklärte hier, dass der „Marktverwirrungs- oder Diskreditierungsschaden“ zusätzlich zur angemessenen Lizenzgebühr verlangt werden könne, weil die angemessene Lizenzgebühr nur den üblichen Gebrauch des Zeichens durch einen rechtmäßigen Lizenznehmer abdecke. In dem entschiedenen Fall führte die Benutzung des Zeichens durch den Verletzer zusätzlich zu einer Täuschung des Verkehrs i. S. d. § 3 UWG mit der Folge, dass die Nutzung gar nicht gestattungsfähig gewesen wäre. Der BGH verstand hier unter dem Marktverwirrungs- und Diskreditierungsschaden somit den durch die Täuschung, d. h. die wettbewerbswidrige Handlung, verursachten zusätzlichen Schaden. Für diesen sei ein gesonderter Betrag neben der Lizenzgebühr festzusetzen.

In der späteren Entscheidung „Tchibo-Rolex II“ wurde der Gesichtspunkt, dass eine dem Billigproduzenten gewährte Lizenz den „Prestigewert“ des Markenerzeugnisses hätte mindern können, dagegen durch eine Erhöhung des Lizenzsatzes gegenüber der „üblichen“ Gebühr berücksichtigt.⁵¹⁷

Belege dafür, dass auch neben der „Schadensberechnung nach dem Verletzerge Gewinn“ Marktverwirrungs- oder Diskreditierungsschäden oder Rechtsverfolgungskosten liquidiert werden können, gab es längere Zeit nicht.⁵¹⁸ Die spezialgesetzlichen Regelungen, die die Herausgabe des Verletzergewinns vorsehen, § 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG und § 14 Abs. 1 Satz 2 GeschMG, schienen dagegen zu sprechen, da danach die Herausgabe des Verletzergewinns „anstelle des Schadensersatzes“ (und nicht lediglich „anstelle des entgangenen Gewinns“) verlangt werden kann. In einer neueren Entscheidung zum Urheberrecht hat der BGH jedoch erklärt, dass der Schutzzweck des § 97 UrhG nicht den Schutz vor Schäden durch eine Marktverwirrung umfasse, die dadurch eintritt, dass die Urheberrechtsverletzung zugleich unlauteren Wettbewerb darstellt.⁵¹⁹ Mache der Kläger einen Marktverwirrungsschaden geltend, müssten die Voraussetzungen einer zum Schadensersatz verpflichtenden Norm des UWG ausdrücklich festgestellt werden. Die Herauslösung des Marktverwirrungsschadens aus § 97 UrhG müsste konsequenterweise dazu führen, dass der Verletzte den Verletzerge Gewinn aus § 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG und den Marktverwirrungsschaden aus § 1 UWG nebeneinander verlangen kann.

⁵¹⁷ BGH GRUR 1993, 55, 58.

⁵¹⁸ S. allerdings BGH GRUR 1987, 364 (Vier-Streifen-Schuh“), wonach ein Schaden durch eine „allein behauptete Marktverwirrung“ nicht im Wege der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr oder dem Verletzerge Gewinn“ berechnet werden kann.

⁵¹⁹ BGH GRUR 2000, 226, 227 („Planungsmappe“).

e) **Stellungnahmen der Literatur**

aa) **Verquickungsverbot**

Der Wortlaut der §§ 97 UrhG und 24 GeschmMG, wonach der Verletzererfolg nur „anstelle des Schadens“ verlangt werden kann, deutet darauf hin, dass der Verletzererfolg eine Alternative zum gesamten, „konkret“ berechneten Schaden darstellt. Auch der „Prozessrechner“-Entscheidung des BGH liegt die Ansicht zu Grunde, dass die Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr oder dem Verletzererfolg nur alternativ zum gesamten konkreten Schaden zulässig sei.⁵²⁰ Diese erfuhren in der Literatur Widerspruch. Besonders ausführlich begründet war der Diskussionsbeitrag von *Leisse* und *Traub*⁵²¹. Sie wiesen darauf hin, dass es an Präzedenzfällen fehle, die die Existenz eines derartigen Verquickungsverbots belegten: Bisher habe die Rechtsprechung die „objektiven Schadensberechnungsmethoden“ lediglich als Alternative zur Berechnung eines konkreten entgangenen Gewinns angesehen, nicht hingegen als Alternativen zum gesamten konkret berechenbaren Schaden. Sie hielten dies auch nicht für gerechtfertigt und führten zur Begründung aus, dies könne allenfalls dann richtig sein, wenn die objektiven Schadensberechnungsarten auf andere dogmatische Grundlagen gestützt würden als der Ersatz des konkreten Schadens. Nach einigem Schwanken habe der BGH in der „Wandsteckdose II“-Entscheidung jedoch endgültig erklärt, dass die angemessene Lizenzgebühr und die Herausgabe des Verletzererfolgs gerade nicht auf jeweils selbständigen Anspruchsgrundlagen beruhten. Wenn die Entwicklung der objektiven Schadensberechnungsmethoden auf den Schwierigkeiten des Verletzten beruhten, einen entgangenen Gewinn den Anforderungen des § 252 S. 2 BGB nachzuweisen, sei es auch nur gerechtfertigt, sie an die Stelle des entgangenen Gewinns treten zu lassen.⁵²² Nach Ansicht von Teplitzky, der auf diesem Gedanken aufbaut, betrifft das Verquickungsverbot nicht die Vermischung unterschiedlicher Schadensberechnungsmethoden, sondern stellt ein allgemeineres Verbot dar, ein und denselben Schaden auf unterschiedliche Weise zu berechnen.⁵²³ Als Beispiel führt er die „Tchibo-Rolex II“-Entscheidung an: Nachdem hier – anders als im Fall „Messmer Tee II“ – der Marktverwirrungs-

⁵²⁰ BGH GRUR 1977, 539 („Prozessrechner“).

⁵²¹ GRUR 1980, 1.

⁵²² Ebenso Heil/Rees GRUR 1994, 28.

⁵²³ Teplitzky in FS Traub, 1994, 401, 407; ebenso Möhring/Nicolini-Lütje § 97 UrhG Rn. 160.

schaden bereits bei der Festsetzung der fiktiven Lizenzgebühr berücksichtigt worden war, konnte er nicht nochmals als positiver Schaden berücksichtigt werden.⁵²⁴

bb) Zur Höhe des Marktverwirrungs- und Diskreditierungsschadens

Nach Ansicht von *Teplitzky* ist der Marktverwirrungsschaden nicht identisch mit einer als Folge der Marktverwirrung eingetretenen Gewinneinbuße; er sei vielmehr der Zustand, der dazu führt, ähnlich einer Körperverletzung, für deren Behandlung (noch) nichts aufgewendet wurde.⁵²⁵ Den Schaden, der sich daraus entwickeln kann, unterteilt er in Marktentwirkungskosten und nicht zu beseitigenden Schaden an der Marke, einer Art merkantilem Minderwert.⁵²⁶ Der „merkantile Minderwert“ einer beschädigten Sache kann nach der Rechtsprechung auch dann liquidiert werden, wenn der Geschädigte nicht beabsichtigt, sie zu verkaufen.⁵²⁷

III. Ausgleich für Nichtvermögensschäden

Immaterielle Schäden sind nur bei Urheber- und Persönlichkeitsrechtsverletzungen zu ersetzen.⁵²⁸ Das Gesetz enthält für die Ermittlung ihrer Höhe nur insoweit einen Anhaltspunkt, als die Entschädigung bei Verletzungen des Urheberpersönlichkeitsrechts nach § 97 Abs. 2 UrhG nur zu gewähren ist, „wenn und soweit es der Billigkeit entspricht“. Die nähere Ausformung der Kriterien ist so der Rechtsprechung überlassen. Bei ihrer Darstellung ist zunächst auf die Regeln einzugehen, die für die Festsetzung der Schmerzensgeldhöhe bei Körperverletzungen gelten. Diese unterscheiden sich zwar von den Regeln, die für die Entschädigung bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten gelten. Sie sind aber für deren Verständnis wichtig, da sie einen Bezugspunkt dafür bilden und daher auch für die Abgrenzung zur Entschädigung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen und für die Analyse von deren Besonderheit bedeutsam sind.

⁵²⁴ *Teplitzky* in FS Traub, 1994, 401, 409f.

⁵²⁵ *Teplitzky* Kap. 34.

⁵²⁶ *Teplitzky* Kap. 34 Rn. 8.

⁵²⁷ BGH NJW 1981, 1663.

⁵²⁸ S. o. Abschnitte A; C. I. 1. b).

1. Die Höhe des Schmerzensgeldes

Im Mittelpunkt der immer wieder aufflammenden Diskussion um die Kriterien für die Höhe des Schmerzensgeldes stehen die Fragen nach der Zielsetzung des Anspruchs auf Schmerzensgeld und deren Bedeutung für die Auswahl der maßgeblichen Umstände. So war Anlass der Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahre 1955⁵²⁹ der Streit über die Frage, ob außer der Schwere der Verletzung auch andere, insbesondere täterbezogene Kriterien berücksichtigt werden dürften. Dies wurde seinerzeit von einer auch von Teilen der Rechtsprechung vertretenen Ansicht mit der Begründung verneint, dass es mit dem Charakter des Schmerzensgeldes als Schadensersatzanspruch unvereinbar wäre und dem Anspruch den Charakter einer unzulässigen Privatstrafe verleihen würde.

Der BGH hielt zunächst fest, dass

„nach der Ausgestaltung, die die Ansprüche aus unerlaubter Handlung, auch die wegen immaterieller Schäden, im BGB erfahren haben, von einem unmittelbaren Strafcharakter dieser Ansprüche keine Rede mehr sein kann“.

Das Schmerzensgeld habe „rechtlich eine doppelte Funktion“:

„Es soll dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich bieten für diejenigen Schäden, für diejenige Lebenshemmung, die nicht vermögensrechtlicher Art sind. Es soll aber zugleich dem Gedanken Rechnung tragen, dass der Schädiger dem Geschädigten für das, was er ihm angetan hat, Genugtuung schuldet.“

Im Vordergrund stehe die Ausgleichsfunktion, was zur Folge habe, dass sie bei weitem das wichtigste Bemessungskriterium darstelle:

„Dabei steht der Entschädigungs- oder Ausgleichsgedanke im Vordergrund. Der Zweck des Anspruchs ist der Ausgleich für die erlittene Beeinträchtigung. Diese lässt sich jedoch nicht streng rechnerisch ermitteln. Den zugrunde liegenden Gedanken könnte man etwa dahin formulieren, daß der Schädiger, der dem Geschädigten über den Vermögensschaden hinaus das Leben schwer gemacht hat, nun durch seine Leistung dazu helfen soll, es ihm im Rahmen des Möglichen wieder leichter zu machen. Im Hinblick auf diese Zweckbestimmung des

⁵²⁹ BGHZ 18, 149.

Schmerzensgeldes bildet zwar die Rücksicht auf Größe, Heftigkeit und Dauer der Schmerzen, Leiden und Entstellungen die wesentlichste Grundlage bei der Bemessung der billigen Entschädigung. Der für einen Ausgleich erforderliche Geldbetrag hängt daher in erster Linie von dem Umfang dieser Schäden ab. (...):“

Damit habe es aber nicht sein Bewenden:

„Wenn auch den Schmerzensgeldansprüchen aus unerlaubter Handlung, auch denen auf Entschädigung wegen immaterieller Schäden, kein unmittelbarer Strafcharakter mehr innewohnt, so schwingt doch in dem Ausgleichsgedanken auch heute noch etwas vom Charakter der Buße oder, um mit dem treffenden Ausdruck der entsprechenden Schweizer Rechtseinrichtung zu reden, der Genugtuung mit.“

Ein Blick in die Rechtsgeschichte zeige, dass sich das Schmerzensgeld aus dem Strafrecht entwickelt habe und dass auf Grund dieser Herkunft in den Partikularrechten des 19. Jahrhunderts und auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts bei der Bemessung des Nichtvermögensschadens stets ergänzend auch andere Umstände, insbesondere gesellschaftlicher Stand und Vermögensverhältnisse der Beteiligten, berücksichtigt worden seien. Zudem sei das alleinige Abstellen auf den Ausgleichsgedanken unmöglich, weil immaterielle Schäden sich nie und Ausgleichsmöglichkeiten nur beschränkt in Geld ausdrücken ließen. Die Beeinträchtigung könne daher nie wirklich durch das Geld aufgewogen werden, was besonders augenfällig werde, wenn der Geschädigte seelische Störungen erlitten habe oder so reich sei, dass die möglichen Annehmlichkeiten, die ihm das Geld bieten könne, nichts bedeuteten:

„Gerade für diese Gruppen von immateriellen Schäden gewinnt die Genugtuungsfunktion, die aus der Regelung der Entschädigung für immaterielle Schäden nicht wegzudenken ist, ihre besondere Bedeutung. Die Genugtuungsfunktion bringt eine gewisse durch den Schadensfall hervorgerufene persönliche Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem zum Ausdruck, die aus der Natur der Sache heraus bei der Bestimmung der Leistung die Berücksichtigung aller Umstände des Falles gebietet.“

Neben der Schwere der Verletzung dürften daher bei der Bemessung des Schmerzensgeldes insbesondere folgende Umstände berücksichtigt werden:

- der Grad des Verschuldens des Schädigers, da ein stärkerer Verschuldensgrad sich verbitternd auf den Geschädigten auswirken könne und es außerdem „ganz abgesehen von der Reaktion des Verletzten“ der „Billigkeit und dem Genugtuungsgedanken“ entspreche, Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu Ungunsten des Schädigers zu berücksichtigen, wie dies auch in vielen fremden Rechten praktiziert werde;
- der Anlass der Verletzungshandlung, da es eine Rolle spiele, ob es dazu „aus Anlass der Befriedigung eines Vergnügens einerseits oder im Zusammenhang mit Berufsausübung, Nothilfeleistung oder sonstiger notwendiger Betätigung andererseits“ oder gar aus Anlass einer Gefälligkeit gekommen sei, die der Schädiger dem Geschädigten ursprünglich erweisen wollte;
- die Vermögensverhältnisse des Geschädigten: diese könnten insofern einen Einfluss auf den zum Ausgleich der erlittenen Beeinträchtigung erforderlichen Geldbetrag haben, als die Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes zurücktreten könne, wenn der Geschädigte besonders wohlhabend sei; ausnahmsweise könne dies auch einmal zur Heraufsetzung des Betrages führen;
- die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers: im Allgemeinen solle die Verpflichtung ihn nicht in wirtschaftliche Not bringen;
- ob der Schädiger haftpflichtversichert sei.

Instanzgerichte haben darüber hinaus das Schmerzensgeld erhöht, wenn der Haftpflichtversicherer sich „in nicht mehr verständlicher und in hohem Maße tadelnswerter Weise dem berechtigten Entschädigungsverlangen“ entgegengestellt und die Regulierung selbst einer geringen Teilsumme vom Verzicht des Klägers auf weitere berechnete Ansprüche abhängig gemacht hat.⁵³⁰

Demnach kommt der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes, die vom BGH auch mit dessen strafrechtlichen Wurzeln begründet wird, in der großen Mehrzahl der Fälle nur nachrangige Bedeutung zu.

Später hat der BGH ausgeführt, die beiden Funktionen des Schmerzensgeldes seien nicht in der Weise trennbar, dass unterschiedliche Beträge für sie ausgeworfen werden könnten:

⁵³⁰ Z. B. OLG Frankfurt NJW 1999, 2447 (Verdoppelung des an sich angemessenen Betrages).

„Das Schmerzensgeld [stellt] eine in sich einheitliche billige Entschädigung dar und [kann] nicht in einen Betrag zum angemessenen Ausgleich immaterieller Schäden einerseits und einen weiteren Betrag zwecks Genugtuung andererseits aufgespalten werden. Ausgleich und Genugtuung stellen sich vielmehr als bloße Funktionen, d. h. Wirkungsweisen, des einen Schmerzensgeldes dar und können nicht für sich gesondert festgesetzt und dann zusammengezogen werden.“⁵³¹

2. Persönlichkeitsrechtsverletzungen

Auch die Diskussion um die Höhe der Entschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen kreist hauptsächlich um deren Zweck und die daraus zu ziehenden Folgerungen.

a) Rechtsprechung

Anders als beim Schmerzensgeld für Körperverletzungen hob der BGH in den Entscheidungen über Entschädigung für immaterielle Schäden durch Persönlichkeitsrechtsverletzungen von Anfang an die besondere Bedeutung der Genugtuungsfunktion hervor⁵³², die hier gegenüber der Entschädigungsfunktion „durchaus im Vordergrund“⁵³³ stehe. Dies wurde jedoch zunächst lediglich neben der rechtsverfolgenden Funktion als Begründung dafür angeführt, dass überhaupt ein Anspruch auf Geldentschädigung gewährt werde.

Für die Höhe der Entschädigung wird zunächst auf die Schwere der Beeinträchtigung abgestellt, die besonders an ihren Auswirkungen auf das Opfer gemessen wird⁵³⁴. Eine „besonders rücksichtslose Einstellung“ des Verletzers wird

⁵³¹ BGH VersR 1961, 165f.; zweifelnd Deutsch, Haftungsrecht, 2. Auflage, 1996, Kap. XXXVII., Rn. 910, der darauf hinweist, dass es Fälle gibt, in denen nur eine der beiden Funktionen in Betracht kommt. Demgegenüber ist Lorenz der Auffassung, dass es durchaus denkbar sei, dass einmal die objektive Schwere der Beeinträchtigung und einmal der Gefühlsschaden im Vordergrund stehe, FS Wiese, 261, 271f.

⁵³² Selbst in der noch auf die Analogie zu § 847 BGB gestützten Entscheidung BGHZ 26, 349, 358 („Herrenreiter“).

⁵³³ BGHZ 35, 363, 369 („Ginseng“), s. a. das Zitat hieraus oben A. III. 2.

⁵³⁴ BGHZ 35, 363 („Ginseng“); für das Urheberpersönlichkeitsrecht BGH GRUR 1971, 525 („Petite Jacqueline“; Urheberpersönlichkeitsrecht); BGH GRUR 1972, 97 („Liebestropfen“).

ebenfalls berücksichtigt.⁵³⁵ Die zugesprochenen Beträge lagen früher zwischen 10.000,00 DM und 50.000 DM, konnten jedoch auch bei schweren Beeinträchtigungen darunter liegen.⁵³⁶ Die Entschädigung für eine Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts kann in Form einer Erhöhung der Lizenzgebühr, die als Ausgleich für den materiellen Schaden zu zahlen ist, gewährt werden.⁵³⁷

Einen bedeutenden Einschnitt stellte die „*Caroline I*“-Entscheidung dar. Streitgegenstand waren die Publikation eines frei erfundenen „Exklusiv-Interviews“ mit der Klägerin, *Prinzessin Caroline von Monaco*, durch eine Illustrierte sowie zwei Artikel, durch die der Eindruck erweckt wurde, die Klägerin beabsichtige zu heiraten. Der BGH gab dem Instanzgericht auf, eine höhere Entschädigung festzusetzen und dabei insbesondere nachhaltig zu berücksichtigen, dass die Beklagte das Persönlichkeitsrecht der Klägerin vorsätzlich mit dem Ziel der Gewinnerzielung verletzt und es damit „rücksichtslos zwangskommerzialisiert“ habe:

„Die Zubilligung einer Geldentschädigung beruht auf dem Gedanken, dass ohne einen solchen Anspruch Verletzungen der Würde und der Ehre des Menschen häufig ohne Sanktion blieben mit der Folge, dass der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde. Anders als beim Schmerzensgeldanspruch steht bei dem Anspruch auf Geldentschädigung wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Gesichtspunkt der Genugtuung des Opfers im Vordergrund (...); hieran hält der Senat trotz der im Schrifttum geäußerten Vorbehalte fest (vgl. etwa Honsell VersR 1974, 205 Fußnote 16; Mincke JZ 1980, 86ff.; MünchKomm/Schwerdtner 3. A. § 12 Rn. 289). Außerdem soll der Rechtsbehelf der Prävention dienen (...).

Dieser spezifischen Zweckbestimmung des Anspruchs auf eine Geldentschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung werden die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Höhe des Anspruchs im Streitfall nicht gerecht. Nach seiner Auffassung muss die Tatsache, dass die Beklagte die Verletzungen des Persönlichkeitsrechts der Klägerin zum Zwecke der Gewinnerzielung vorgenommen hat, bei der Bemessung der Geldentschädigung ebenso außer Betracht bleiben wie der Gedanke der Prävention. Diese Sicht erweist sich für eine Fallgestaltung, wie sie hier vorliegt, nach Auffassung des Senats als zu eng. Der Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass die Beklagte unter vorsätzlichem Rechtsbruch die Persönlichkeit der Klägerin als Mittel zur Auflagensteigerung und da-

⁵³⁵ BGHZ 35, 363 („Ginseng“).

⁵³⁶ Löffler-Steffen § 6 LPG Rn. 341; Beispiele auch bei Prinz NJW 1996, 953 unter III. 1.

⁵³⁷ OLG Frankfurt GRUR 1989, 203, 205 („Wüstenflug“).

mit zur Verfolgung eigener kommerzieller Ziele eingesetzt hat. Ohne eine für die Beklagte fühlbare Geldentschädigung wäre die Klägerin einer solchen rücksichtslosen Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit weitgehend schutzlos ausgeliefert; Verurteilungen zu Widerruf und Richtigstellung erreichen, weil sie – wie gezeigt – nur unter Wahrung der Rechte der Beklagten aus der Garantie der Pressefreiheit erfolgen dürfen, nur einen unzureichenden Schutz der Klägerin. Eine Verurteilung zur Geldentschädigung ist aber nur dann geeignet, den aus dem Persönlichkeitsrecht heraus gebotenen Präventionszweck zu erreichen, wenn die Entschädigung der Höhe nach ein Gegenstück auch dazu bildet, dass hier die Persönlichkeitsrechte zur Gewinnerzielung verletzt worden sind. Das heißt zwar nicht, dass in solchen Fällen rücksichtsloser Kommerzialisierung der Persönlichkeit eine „Gewinnabschöpfung“ vorzunehmen ist, wohl aber, dass die Erzielung von Gewinnen aus der Rechtsverletzung als Bemessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen ist. Von der Höhe der Geldentschädigung muss deshalb ein echter Hemmungseffekt auch für solche Vermarktung der Persönlichkeit ausgehen. Als weiterer Bemessungsfaktor kann die Intensität der Persönlichkeitsrechtsverletzung berücksichtigt werden. (...) Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass die Geldentschädigung nicht eine Höhe erreichen darf, die die Pressefreiheit unverhältnismäßig einschränkt. Hiervon kann allerdings keine Rede sein, wenn die Presse an einer rücksichtslosen Vermarktung der Persönlichkeit gehindert wird, wie sie hier Gegenstand des Rechtsstreits ist.“⁵³⁸ (Hervorhebungen von mir)

Die „Caroline I“-Entscheidung führt demnach dazu, dass eine deutlich höhere Entschädigung festgesetzt wird, wenn kumulativ Vorsatz und Gewinnsucht vorliegen. Da dann der Gedanke der Prävention in den Vordergrund tritt und die Entschädigung für den Täter eine fühlbare Beeinträchtigung darstellen soll, ist die Höhe des vom Verletzer mutmaßlich gezogenen Gewinns, der jedoch nicht präzise zu ermitteln ist, in die Überlegungen über die Bemessung der Entschädigung mit einzubeziehen.⁵³⁹ Das OLG Hamburg, an das die Sache zurückverwiesen wurde, setzte DM 180.000,00 als Entschädigung fest.⁵⁴⁰ Mittlerweile wird der Gesichtspunkt auch bei Entscheidungen zum Urheberpersönlichkeitsrecht berücksichtigt.⁵⁴¹

⁵³⁸ BGHZ 128, 1, 15f. („Caroline I“).

⁵³⁹ Bestätigt in BGH NJW 1996, 984 (Caroline/Brustkrebs).

⁵⁴⁰ OLG Hamburg NJW 1996, 2870.

⁵⁴¹ OLG München NJW-RR 1998, 556, 557; hier wurde jedoch nur festgehalten, dass die unter Ausgleichsgesichtspunkten zugesprochene Summe auch ausreichend präventiv wirke.

Gegen diese Rechtsprechung wird eingewandt, die Höhe der Entschädigung stehe in einem eklatanten Missverhältnis zu den Schmerzensgeldbeträgen, die auch für schwerste Beeinträchtigungen zuerkannt werden. So wurde das Bundesverfassungsgericht von einem Elternpaar angerufen, das drei Kinder bei einem Unfall verloren hatte, der von einem alkoholisierten Fahrer verursacht worden war. Ihnen waren 40.000 bzw. 70.000 DM zugesprochen worden.⁵⁴² Das Bundesverfassungsgericht sah jedoch in der „Caroline“-Rechtsprechung des BGH keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung im Sinne eines „Prinzessinnenprivilegs“. Die Entschädigung für Persönlichkeitsverletzungen werde im Gegensatz zum Schmerzensgeld auf Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 GG zurückgeführt und diene maßgeblich dem Rechtsgüterschutz. Zudem berücksichtige der BGH bei ihrer Bemessung den Gesichtspunkt der Prävention besonders:

„Ein solcher Gesichtspunkt wird bei den Körperverletzungs- bzw. Schockschadensfällen im Zusammenhang mit der Haftung für Verkehrsunfälle nicht herangezogen. Für die unterschiedliche Behandlung lassen sich Gründe anführen. Weder erfolgt die Rechtsverletzung bei typischen Verkehrsunfällen vorsätzlich, noch ist diese durch die Verfolgung kommerzieller Interessen motiviert. Spielt der Gedanke der Gewinnerzielung hier keine Rolle, ist ein auf Prävention zielender Ansatzpunkt für eine entsprechende Berücksichtigung als Bemessungsfaktor der Schmerzensgeldhöhe nicht gegeben. Auch ist im Regelfall nicht zu erwarten, dass von einer entsprechenden Erhöhung des Schmerzensgeldes ein potenzieller Unfallverursacher veranlasst wird, sich an die Sorgfaltsanforderungen im Straßenverkehr zu halten. Eine solche Wirkung ist auch deshalb kaum zu erwarten, weil die Entschädigung im Ergebnis – so im vorliegenden Fall – nicht von dem Schädiger selbst, sondern von der Haftpflichtversicherung getragen wird.“⁵⁴³

⁵⁴² Dabei ist zu berücksichtigen, dass im deutschen Recht die Tötung eines Menschen nur dann zu Schmerzensgeldansprüchen der ihm nahe stehenden Personen führt, wenn dies bei letzteren zu einer Körperverletzung führt („Schockschaden“). Weitere Beispiele für Körperverletzungsfälle bei Gounalakis AfP 1998, 10, 16f.; er zitiert einen Fall, in dem eine Klägerin durch grobes Verschulden des Beklagten offene Trümmerbrüche beider Beine erlitt; Amputation der Oberschenkel, mehrwöchige Lebensgefahr, lebenslängliche Phantomschmerzen waren die Folge. Sie erhielt 175.000 DM.

⁵⁴³ BVerfG NJW 2000, 2187, 2188.

b) Literatur

Die Literatur stimmt mit der Rechtsprechung insoweit überein, als ein wichtiges Kriterium für die Bemessung der Entschädigung die Schwere der Persönlichkeitsverletzung ist.⁵⁴⁴ Hierfür seien zum einen objektive Umstände zu berücksichtigen: welche Persönlichkeitssphäre betroffen ist, Größe, Aufmachung und Position der Veröffentlichung, ihr Verbreitungsgebiet und ihre Auflage. Außerdem kommt es auf die psychischen und ggf. physischen Auswirkungen auf den Verletzten an.

Umstritten ist, ob die vom BGH postulierte Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes anzuerkennen ist und wie sie ggf. einzuordnen ist. Eine starke Strömung in der Literatur lehnt sie – als eigenständige Funktion neben der Ausgleichsfunktion – ganz ab. Zum Teil wird geltend gemacht, das Verständnis der Ausgleichsfunktion durch den BGH sei falsch, da zu eng: Ausgleich bedeute nicht, dem Geschädigten Annehmlichkeiten zu verschaffen, die ihm – nach dem vorher zugefügten Leid – nunmehr Freude verschaffen⁵⁴⁵, was nahe legen würde, dass nur Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, die sich äußerlich manifestieren, wie etwa ein objektiv erkennbarer Verlust an Lebensqualität. Vielmehr seien auch ausschließlich „innerliche“ Schäden, d. h. Gefühle der Kränkung und Missachtung, zu berücksichtigen („Gefühlsschäden“).⁵⁴⁶ Die Berücksichtigung eines regelrechten Genugtuungsbedürfnisses sei dagegen eine unzulässige Privatstrafe; insbesondere wird die Formulierung des BGH, es werde Genugtuung für das geschuldet, was der Schädiger dem Geschädigten „angetan“ habe, als deutliches Zeichen für einen repressiven und pönalen Charakter der Genugtuungsfunktion angesehen⁵⁴⁷. Zum Teil wird auch die Berücksichtigung von Gefühlsschäden nur begrenzt zugelassen (nämlich soweit ein Verletzerverhalten „objektiv und für jeden einsichtig eine Steigerung der inneren Beeinträchtigung des Betroffenen zur Folge hat“⁵⁴⁸) oder ganz abgelehnt⁵⁴⁹. Auch die Berücksichtigung der Schwere des Verschuldens sei daher unzulässig.⁵⁵⁰

⁵⁴⁴ Prinz NJW 1996, 953, 955.

⁵⁴⁵ So der BGH in BGHZ 18, 149, s. das Zitat oben A. III. 2.

⁵⁴⁶ So Canaris FS Deutsch, 85, 103.

⁵⁴⁷ Funkel, S. 155ff.

⁵⁴⁸ So Funkel, S. 195ff.

⁵⁴⁹ Hirsch FS Engisch 304, 307: Derartige Gefühle seien nicht zu berücksichtigen, da sie vom Eintritt einer Rechtsgutsverletzung unabhängig seien, insbesondere bereits bei einem (nicht zivilrechtlich sanktionierbaren) Versuch auftreten können.

⁵⁵⁰ Funkel, S. 193; er hält jedoch zugleich die „Verbitterung [des Verletzten] über die innere Einstellung des Verletzers“ für einen berücksichtigungsfähigen Gefühlsschaden, sofern diese Reaktion des Verletzten objektiv und für jedermann einsichtig ist, S. 195ff.

Darüber hinaus wird die Berücksichtigung der Solvenz des Täters und die Lebensumstände des Opfers befürwortet.⁵⁵¹ Außerdem wird gefordert, das Täterverhalten nach der Persönlichkeitsverletzung zu berücksichtigen.⁵⁵² Auch diese letzte Forderung dürfte noch nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung stehen, da diese bei Schmerzensgeldansprüchen mitunter sogar das Verhalten des Haftpflichtversicherers des Verletzers berücksichtigt.⁵⁵³

Kontrovers diskutiert wird jedoch die Berücksichtigung des Gedankens der Prävention, der bei der *Caroline*-Rechtsprechung so deutlich im Vordergrund steht. *Prinz*, der bei mehreren *Caroline*-Entscheidungen als Prozessvertreter der Klägerin tätig war, hält dies für geboten und ist der Ansicht, die Höhe der Entschädigung reiche noch nicht aus, da sich persönlichkeitsverletzende Veröffentlichungen weiterhin auch unter Berücksichtigung der Entschädigung „rechneten“. Er will die Entschädigung mittels eines Tagessatzmodells berechnen. Dadurch soll der erzielte Vermögensvorteil einschließlich einer etwaigen Verlustersparnis abgeschöpft werden. Dieser soll nicht mit betriebswirtschaftlichen Methoden errechnet werden, sondern anhand einer durch die Veröffentlichung erzielten Auflagensteigerung, der Werbepreise für die entsprechenden Seiten bzw. Sendezeit oder durch die Orientierung an den für die Informations- oder Bildbeschaffung üblichen Preisen geschätzt werden.⁵⁵⁴ Das letztere Kriterium würde bedeuten, dass sich die Höhe der Entschädigung für immaterielle Schäden an der Höhe der fiktiven Lizenzgebühr zu orientieren hätte.

Demgegenüber lehnen andere Stimmen in der Literatur die Berücksichtigung des Präventionsgedankens im Rahmen des Zivilrechts als systemfremd ab und halten daher den Verletzergewinn nicht für einen berücksichtigungsfähigen Umstand.⁵⁵⁵ Zum Teil wird stattdessen eine Gewinnabschöpfung aus § 687 Abs. 2 BGB oder § 812 BGB befürwortet.⁵⁵⁶

⁵⁵¹ v. Holleben, S. 73; Prinz NJW 1996, 953, 955.

⁵⁵² Prinz NJW 1996, 953, 955; v. Holleben, 1998, S. 73.

⁵⁵³ S. o. III. 1.

⁵⁵⁴ Prinz NJW 1996, 953, 956f.

⁵⁵⁵ Barton AfP 1995, 452, 456; v. Holleben, 1998, S. 397ff.; Gounalakis AcP 1998, 10.

⁵⁵⁶ Dazu bereits oben C. II. 3. f) bb).

D. Bereicherungsansprüche

Verletzungen gewerblicher Schutzrechte, Urheber-, Persönlichkeits- und Wettbewerbsrechtsverletzungen können Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung auslösen. Nachfolgend wird unter I. zunächst kurz erläutert, um was für eine Art Haftung es sich dabei handelt. Früher galten die Spezialgesetze im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht als abschließend, so dass angenommen wurde, dass Verletzungen solcher Rechte keine Bereicherungsansprüche auslösten; diese Ansicht wurde jedoch allmählich aufgegeben (dazu II.). Einschlägig ist nicht § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB (dazu III.), sondern § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative (dazu IV).

I. Der Rahmen: §§ 812ff. BGB, 287 ZPO

Wer auf Kosten eines anderen ohne Rechtsgrund etwas erlangt hat, ist zur Herausgabe des Erlangten an den anderen verpflichtet (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB). Zwischen dem Bereicherungsgläubiger und dem Bereicherten (Bereicherungsschuldner) besteht ein gesetzliches Schuldverhältnis, das in §§ 812ff. BGB geregelt ist. Das Gesetz unterscheidet zwischen

- Fällen, in denen die Bereicherung der einen Partei „durch die Leistung eines anderen“ eingetreten ist, z. B. dadurch, dass der Entreicherte eine Verpflichtung erfüllen wollte, die sich im Nachhinein als unwirksam herausgestellt hat oder rückwirkend weggefallen ist („Leistungskondiktion“),
- und Fällen, bei denen die ungerechtfertigte Bereicherung „in sonstiger Weise auf [...] Kosten“ des Anspruchstellers eingetreten ist („Nichtleistungskondiktion“); eine große Fallgruppe innerhalb der zweiten Kategorie umfasst Fälle, in denen der Anspruchsgegner sich etwas durch einen Eingriff in den Rechtskreis des Entreicherten verschafft hat („Eingriffskondiktion“).

Im Gegensatz zu Schadensersatzansprüchen setzen Bereicherungsansprüche kein Verschulden voraus. Zu Gunsten des Bereicherungsschuldners kann jedoch die Einwendung des Wegfalls der Bereicherung eingreifen (§ 818 Abs. 3 BGB), sofern dieser Wegfall zu einer Zeit eingetreten ist, da er noch nicht wusste, dass er etwas

ohne Rechtsgrund erlangt hat und auch die Klage gegen ihn noch nicht rechts-hängig war.⁵⁵⁷

Die Feststellung der Höhe einer Bereicherungsforderung im Prozess unterliegt § 287 Abs. 2 ZPO, der § 287 Abs. 1⁵⁵⁸ mit Einschränkungen für anwendbar erklärt. In der Praxis scheint häufig kein Unterschied zwischen den Anforderungen des § 287 Abs. 1 und des § 287 Abs. 2 ZPO gemacht zu werden.⁵⁵⁹

II. Grundsätzliche Anwendbarkeit der Nichtleistungskondiktion

Zunächst stellt sich die Frage, ob das allgemeine Bereicherungsrecht grundsätzlich auf Verletzungen „geistigen Eigentums“ anwendbar ist oder ob die Spezialgesetze, soweit vorhanden, abschließende Regelungen treffen.

1. Rechtsprechung

Das Urheberrechtsgesetz, das Geschmacksmustergesetz und das Sortenschutzgesetz sehen ausdrücklich vor, dass die schadensersatzrechtlichen Spezialvorschriften Ansprüche aus anderen gesetzlichen Vorschriften unberührt lassen.⁵⁶⁰ Aus dieser Formulierung schloss bereits das Reichsgericht nach anfänglichem Zögern, der ergänzende Rückgriff auf die bereicherungsrechtlichen Vorschriften des BGB sei zulässig.⁵⁶¹ Der BGH hat daran festgehalten.⁵⁶²

Im Patent-, Gebrauchsmuster- und Halbleiterschutzgesetz fehlen demgegenüber Regelungen, die die Anwendung anderer Vorschriften ausdrücklich erlauben. Bei der Verletzung von Patent- und Gebrauchsmusterrechten wurden Bereicherungsansprüche von der Rechtsprechung daher früher mit der Begründung abgelehnt, die Spezialgesetze enthielten eine abschließende Regelung der Ansprüche des

⁵⁵⁷ §§ 818 Abs. 4, 819 BGB; Staudinger-Lorenz § 818 Rn. 49.

⁵⁵⁸ Dazu oben C. I. 2. b).

⁵⁵⁹ Vgl. aber BGH GRUR 1962, 261, wo auf die (dort fehlende) Voraussetzung hingewiesen wird, dass der streitige Teil der Forderung verhältnismäßig gering sein muss.

⁵⁶⁰ § 97 Abs. 3 UrhG, § 14a Abs. 2 GeschmMG, § 37 Abs. 4 SortenSchG.

⁵⁶¹ RGZ 121, 258 (zum Urheberrecht). Anders noch RGZ 113, 414 [424]: UrhG abschließend.

⁵⁶² BGHZ 56, 317 („Gasparone II“).

Rechtsinhabers bei Verletzungen seines Rechts. Diese Ansicht gab der BGH jedoch 1976 mit der patentrechtlichen Entscheidung „Kunststoffhohlprofil I“⁵⁶³ auf. Er führte hier aus, dass weder der Umstand, dass in Patent- und Gebrauchsmusterverletzungsfällen der Schadensersatzanspruch des Verletzten gesetzlich der Höhe nach auf seine Bereicherung begrenzt ist, wenn ihm lediglich leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt, noch die Existenz der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ dazu führten, dass bereicherungsrechtliche Aspekte bereits durch das Schadensersatzrecht mit abgedeckt seien. Vielmehr gehe es dabei nur um die Berechnung des Schadensersatzanspruchs.⁵⁶⁴ Auch sei nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber sich bewusst gegen die Bereicherungshaftung des schuldlosen Verletzers entschieden habe. Es sei nicht hinzunehmen, dass der Verletzer sich an der Verletzung bereichere. Die bisherige Ablehnung von Bereicherungsansprüchen gegen schuldlos Handelnde habe nur zur Ausweitung der Schadensersatzansprüche durch Entwicklung eines äußerst strengen Sorgfaltsmaßstabes geführt, der die Grenzen zwischen Verschuldenshaftung und der Haftung bei fehlendem Verschulden zu verwischen drohe. Der Gefahr, dass der Verletzte den Verletzer in eine Falle tappen lasse, indem er zunächst nichts unternahme, um die Verletzung zu unterbinden, und erst einschreite, nachdem der andere die Erfindung gewinnbringend umgesetzt habe, werde die Rechtsprechung mithilfe der Regeln über die unzulässige Rechtsausübung im Einzelfall begegnen. Mögliche Versuche des Rechtsinhabers, den mit dem Bereicherungsanspruch verbundenen Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung zur Geschäftsspionage zu missbrauchen, könnten dadurch vereitelt werden, dass die Auskunft einer zur Verschwiegenheit verpflichteten Vertrauensperson erteilt werde.

2. Literatur

In der Literatur wurde zum Teil die Ansicht vertreten, die Bereicherungshaftung sei im Bereich der Immaterialgüterrechte ganz abzulehnen. *Kohler* hielt den schuldlosen Verletzer für schutzwürdig, da die Grenzen dieser Rechte „viel biegsamer“ seien als die Grenzen der Rechte an Sachen, so dass ein „schuldloses Hinübergreifen in das fremde Recht eine natürliche Folge sachlicher Unbestimmtheiten“ sei.⁵⁶⁵ Später schlug *Mestmäcker* vor, dass ein gutgläubiger, schuldloser

⁵⁶³ BGHZ 68, 90.

⁵⁶⁴ BGHZ 68, 90, 94 („Kunststoffhohlprofil I“).

⁵⁶⁵ Zitiert nach RGZ 121, 258, 262, wo diese Ansicht sodann abgelehnt wird.

Verletzer die Vorteile der unrechtmäßigen Rechtsbenutzung jedenfalls bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Berechtigte sein Verbotungsrecht gegen den Verletzer geltend macht, solle behalten dürfen.⁵⁶⁶ Zur Begründung wies er auf die Ähnlichkeit zwischen der Eingriffskondiktion und dem Fruchtrecht des BGB hin. Der Besitzer einer Sache, der zwar nicht zum Besitz berechtigt, aber redlich ist, darf die von ihm gezeigten Früchte behalten (§ 993 Abs. 1 BGB).

Demgegenüber überwiegt heute in der Literatur die Ansicht, dass grundsätzlich Anspruchskonkurrenz zwischen Schadensersatzansprüchen und Ansprüchen aus Nichtleistungskondiktion besteht.

III. Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB

Zunächst fragt sich, welche Anspruchsgrundlage anwendbar ist. Man könnte zunächst an die Anwendung von § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB denken, einen Spezialfall der Eingriffskondiktion. Diese Vorschrift setzt eine unberechtigte, aber dennoch gegenüber dem Berechtigten wirksame Verfügung über einen Gegenstand voraus. Die Wirksamkeit der fraglichen Verfügung kann nach ständiger Rechtsprechung von dem Berechtigten noch nachträglich herbeigeführt werden, indem er die Verfügung genehmigt (§ 185 BGB).⁵⁶⁷

Die Verletzung eines Immaterialgüterrechts oder bestimmter anderer Positionen wird heute, wie noch ausgeführt werden wird, mit der Anmaßung des Gebrauchs dieser Positionen gleichgesetzt. Die Anmaßung des Gebrauchs ist keine Verfügung im Sinne des § 816, da unter einer Verfügung ausschließlich Handlungen verstanden werden, die unmittelbar darauf gerichtet sind, auf ein bestehendes Recht einzuwirken, es zu verändern, zu übertragen oder aufzuheben⁵⁶⁸. Für die Anmaßung des Gebrauchs von Sachen durch unerlaubte Vermietung oder Untervermietung wird in der Literatur allerdings die Ansicht vertreten, die Gebrauchsanmaßung sei einer Verfügung gleichzustellen.⁵⁶⁹ Der BGH hat dies jedoch abgelehnt: dafür bestehe kein Anlass.⁵⁷⁰ Eine entsprechende Anwendung des Ver-

⁵⁶⁶ JZ 1958, 521, 523.

⁵⁶⁷ Nachweise bei Staudinger-Lorenz § 816 Rn. 9ff., der auch auf mögliche Folgeprobleme eingeht.

⁵⁶⁸ BGHZ 1, 294, 304; BGHZ 75, 221, 226; BGHZ 101, 24.

⁵⁶⁹ Ausführliche Darstellung des Streitstandes bei Staudinger-Lorenz § 816 BGB Rn. 6f.

⁵⁷⁰ BGHZ 131, 297.

füfungsbegriffs auf die Nutzung von Rechten oder sonstigen Rechtspositionen dürfte daher erst recht ausgeschlossen sein.⁵⁷¹

Die Verfügung über vom Verletzer hergestellte rechtsverletzende (z. B. patentverletzende) Gegenstände fällt auch nicht etwa deshalb unter § 816 Abs. 1 Satz 1, weil die fraglichen Gegenstände eigentlich nicht existieren dürften. Die Vorschrift bezieht sich nur auf den Fall, dass der Entreicherte durch eine Verfügung ein Recht (in der Regel das Eigentum) an dem Gegenstand, über den verfügt wurde, verloren hat; für diesen Fall soll der Anspruch auf das, was der unberechtigt Verfügende erlangt hat, im Vermögen des Entreicherten an die Stelle des Anspruchs auf Herausgabe des Gegenstandes treten. Die Vorschrift bezieht sich folglich nicht auf Fälle, in denen der Verfügende nur insofern nicht zu der Verfügung berechtigt ist, als der Gegenstand, über den verfügt wird, eigentlich gar nicht existieren dürfte.⁵⁷²

IV. Anspruch aus (§ 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative BGB)

So kommt nur noch die allgemeine Nichtleistungskondition in Frage, die als 2. Alternative („in sonstiger Weise“) in § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB geregelt ist.

1. Wann liegt ein Eingriff vor, der zu einem Bereicherungsanspruch führt?

Es ist – auch außerhalb des hier untersuchten Rechtsgebiets – sehr umstritten, welche Anforderungen an die Qualität und Verfestigung einer verletzten Rechtsposition zu stellen sind, um die Anwendung der allgemeinen Nichtleistungskondition zu rechtfertigen. Angesichts der weiten Fassung des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB fragt sich, wie aus der Vielzahl von Verhaltensweisen, durch die sich jemand einen Vermögensvorteil verschafft und durch die in irgendeiner Weise einem

⁵⁷¹ Ablehnend für Vorlagenmissbrauch (ohne Begr.) BGH GRUR 1960, 554 [557] („Handstrickverfahren“).

⁵⁷² Jakobs, S. 76, meint dagegen, dass die Veräußerung rechtsverletzender Gegenstände eine „Parallele“ zu dem in § 816 geregelten Fall darstelle.

anderen ein Nachteil zugefügt wird, diejenigen herauszufiltern sind, die von der Rechtsordnung nicht akzeptiert werden und daher zur Entstehung eines Bereicherungsanspruchs des Benachteiligten führen.

Sind absolute Rechte betroffen, ist dies im Ergebnis unstrittig. Soweit aber ein nur begrenzt verkehrsfähiges Recht (wie früher das Markenrecht und heute die Persönlichkeitsrechte) oder eine Norm des UWG (dessen Zweck nicht primär der Schutz Einzelner ist), verletzt wurde, bestehen Meinungsstreitigkeiten. So ist bei einem Verstoß gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu entscheiden, ob dabei außer objektiven Normen zugleich eine hinreichend verfestigte Rechtsposition eines einzelnen Wettbewerbers verletzt wurde. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wiederum ist zwar als Ausschließungsrecht anerkannt, aber im Einzelfall ist es schwierig abzugrenzen, wann gerade ein solcher Eingriff vorliegt, der einen vermögensrechtlichen Bereicherungsanspruch auslöst. Bei der Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts oder des Urheberrechts schließlich wird zwar unzweifelhaft in den Rechtskreis des Berechtigten eingegriffen, da es sich um absolute Rechte handelt; es stellt sich aber zumindest die – bei Wettbewerbs- und Persönlichkeitsrechtsverletzungen zusätzlich zu beantwortende – Frage, worin genau die gerade auf Kosten des Anspruchstellers eingetretene Bereicherung besteht, die es abzuschöpfen gilt.

Die über diese Fragen seit Ende des 19. Jahrhunderts geführte, außerordentlich intensive Diskussion kann hier nur cursorisch nachgezeichnet werden.⁵⁷³

a) **Rechtsprechung**

Die Fragen, wann ein mittels des Bereicherungsrechts ausgleichender Eingriff in eine Rechtsposition vorliegt und worin dieser besteht, wurden ursprünglich nach der Vermögensverschiebungslehre beantwortet (dazu aa). Heute werden beide Fragen von der Rechtsprechung wertend unter Zuhilfenahme des Konzepts des „vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalts“ einer Rechtsposition bestimmt (bb)). Es wird insbesondere in dem Probleme aufwerfenden Bereich des Wettbewerbsrechts benutzt (cc)). Einen Sonderfall bilden Eingriffe in Persönlichkeitsrechte (dd)).

⁵⁷³ Eine ausführliche Darstellung ist z. B. in der Studie von Ellger enthalten, s. dort insbesondere Kapitel I.

aa) Frühere Vermögensverschiebungslehre

Eine der Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs ist, dass die Bereicherung des Anspruchsgegners „auf Kosten“ des Anspruchstellers eingetreten sein muss. Daraus wurde ursprünglich das Erfordernis einer unmittelbaren Vermögensverschiebung abgeleitet, d. h. der Bereicherung des Anspruchsgegners musste spiegelbildlich eine Entreicherung des Anspruchstellers gegenüberstehen. Dies beruhte darauf, dass damals die beiden Alternativen des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB als zwei Ausprägungen eines Anspruchs begriffen wurden und eine derartige Vermögensverschiebung für die Bereicherung durch Leistung typisch ist. Im Bürgerlichen Gesetzbuch sollte damit die gemeinrechtliche Versionsklage (*actio de in rem verso*) ausgeschlossen werden.⁵⁷⁴ Diese gewährte ursprünglich jemandem, der im Rahmen eines Vertrages etwas geleistet hatte, einen Anspruch gegen einen Dritten, der nicht Vertragspartner war, dem aber aus dem Vertrag Vorteile erwachsen waren. Im preußischen Allgemeinen Landrecht (I 13 § 262) wurde diese Klage auf alle Fälle erweitert, in denen jemand aus dem Vermögen eines Dritten bereichert worden war.⁵⁷⁵

Der durch eine Verletzung „geistigen Eigentums“ erzielte Gewinn beruhte nicht auf einer Vermögensverschiebung in diesem Sinne, soweit dem Verletzten nicht Gewinn in gleicher Höhe entgangen war.⁵⁷⁶ In anderen Entscheidungen und vor allem in der Endphase der Vorherrschaft der Vermögensverschiebungslehre wurde die Voraussetzung der unmittelbaren Vermögensverschiebung aufgeweicht: Gelegentlich ließ man einen Anspruch auf angemessenes Entgelt zu, indem man den Gedanken der Ersparnisbereicherung anwandte und ein vom Bereicherten erspartes Entgelt als einen dem Kläger entgangenen Gewinn ansah⁵⁷⁷; dem lag ein insofern erweitertes Verständnis der Vermögensverschiebung zu Grunde, als der Vermögensbestandteil, um den der Kläger „entreichert“ ist, sich vor dem Eingriff nicht in seinem Vermögen befunden hat. Bei Verletzungen „geistigen Eigentums“ in Fällen, in denen Verletzter und Verletzer konkurrierende Produkte vertrieben,

⁵⁷⁴ Wieling, § 4 c.

⁵⁷⁵ Vgl. noch RGZ 1, 159.

⁵⁷⁶ Vgl. RGZ 113, 414, 424 („Der Tor und der Tod“): Keine Bereicherung in Form einer Ersparnis des angemessenen Entgelts durch Rundfunkanstalt bei ungenehmigter Verbreitung eines Werkes; s. a. Schulz AcP 105 [1909] 1, 63f.: „Der § 812 verlangt Bereicherung auf Kosten eines andern, dem Gewinn des Verletzers müsste also eine entsprechende Vermögensminderung des Patentberechtigten gegenüberstehen, dieser müsste also mindestens nachweisen, dass ihm in der Höhe des widerrechtlichen Erwerbes ein Gewinn entgangen ist.“

⁵⁷⁷ RGZ 97, 310 („Gleisbaufall“; der Beklagte benutzte eine über das Grundstück des Klägers führende Gleisanlage in stärkerem Maße für seinen Betrieb als vereinbart).

gewährte man dem Verletzten einen Gewinnherausgabeanspruch mit der Begründung, es genüge, dass die Entreicherung und Bereicherung kausal zusammenhängen und der Absatzausfall des Verletzten „in irgendwelchem Umfang“ dem Absatz des Verletzers entspreche, hingegen sei nicht erforderlich, dass sich beides der Höhe nach entspreche.⁵⁷⁸

bb) Voraussetzung des „vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalts“ der verletzten Rechtsposition

Mittlerweile hat die Rechtsprechung sich der Zuweisungslehre angeschlossen.⁵⁷⁹ Danach setzt der Bereicherungsanspruch voraus, dass in eine Rechtsposition eingegriffen wurde, der im Grundsatz ein vermögensrechtlicher Zuweisungsgehalt von der Rechtsordnung zuerkannt wird:

„Rechtlicher Anknüpfungspunkt für die Bereicherungshaftung bei Schutzrechtsverletzungen ist – wie bei allen Eingriffskonditionen – die von der Rechtsordnung missbilligte Verletzung einer solchen Rechtsposition, die nach dem Willen der Rechtsordnung einem Berechtigten zu dessen ausschließlicher Verfügung zugewiesen ist. Der Zuweisungsgehalt der Rechtsposition ersetzt demnach bei der Eingriffskondition das bei der Leistungskondition bestehende Erfordernis, dass das Erlangte aus einer Leistung des Bereicherungsgläubigers stammen müsse. Nach dem Grundsatz der Güterzuweisung soll der Verletzer das herausgeben, was er durch rechtswidrigen Einbruch in eine fremde geschützte Rechtsphäre erzielt hat.“⁵⁸⁰

Die Rechtsprechung entscheidet demnach über das Bestehen einer Nichtleistungskondition, indem sie prüft, ob die Vermögensvorteile, die sich dem Inhaber einer bestimmten Rechtsposition bieten, ihm lediglich (zufällig) zufallen (können) oder ob sie ihm von der Rechtsordnung exklusiv „zugewiesen“ sind.

⁵⁷⁸ RGZ 121, 258, 263 („Frauenberufe“).

⁵⁷⁹ Die wichtigsten in der Literatur vertretenen Ansichten werden nachfolgend unter b) kurz dargestellt.

⁵⁸⁰ BGHZ 82, 299, 306f. („Kunststoffhohlprofil II“).

cc) Vermögensrechtlicher Zuweisungsgehalt marken- und wettbewerbsrechtlich geschützter Positionen?

Das Marken- und Wettbewerbsrecht bietet besonders instructive Beispiele für die Schwierigkeiten, die die Beantwortung der Frage bereitet, wann eine Rechtsposition vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalt besitzt. Die Funktionen der Marke haben sich in den letzten 50 Jahren verändert, was zu einer Erweiterung ihrer Verkehrsfähigkeit geführt hat. Diese Entwicklung spiegelt sich nicht nur in ihrer schadensersatzrechtlichen Behandlung wider⁵⁸¹, sondern auch im Bereicherungsrecht. Die Rechtspositionen der durch eine unlautere Wettbewerbshandlung verletzten Mitbewerber sind durch das UWG unterschiedlich stark ausgestaltet: Soweit ein Verstoß gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs darin gesehen wird, dass eine Leistung eines Wettbewerbers übernommen wurde⁵⁸², nähert sich der Wettbewerbsschutz in seinen Auswirkungen einem gewerblichen Schutzrecht an, wie nicht zuletzt seine schadensersatzrechtliche Behandlung (Anwendbarkeit der objektiven Schadensberechnungsmethoden) zeigt. Bei unlauterer Werbung können alle Wettbewerber beeinträchtigt sein, die Werbung kann sich aber auch speziell gegen einen Wettbewerber gerichtet haben. Viele andere Fälle unlauteren Verhaltens im Wettbewerb beeinträchtigen eine Vielzahl von Wettbewerbern. Wie ist nun zu entscheiden, ob durch einen Verstoß gerade in den „Zuweisungsgehalt“ einer von der Rechtsordnung dem Beeinträchtigten zugewiesenen Rechtsposition eingegriffen wird?

1986 befand der BGH, Warenzeichen hätten einen vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalt:

„Zwar bestehen zwischen dem Warenzeichenrecht als einem Kennzeichnungsrecht und den genannten Immaterialgüterrechten gewisse Unterschiede, auch in dem Umfang des Ausschließlichkeitsrechts. Sie rechtfertigen es jedoch nicht, dem Warenzeichen einen substantiellen, wirtschaftlich verwertbaren Inhalt abzusprechen und die Möglichkeit einer Bereicherung durch Verletzung eines Warenzeichenrechts zu verneinen. Dem steht entgegen, dass der Rechtsinhaber, wenn auch in Grenzen, Dritten entgeltlich jedenfalls eine obligatorische Lizenz gewähren kann, und dass davon im Rechtsverkehr in nicht unerheblichem Maße

⁵⁸¹ Dazu bereits oben C. II. 2. a) dd) und 3. a).

⁵⁸² Zum Begriff s. o. B. I. 1. b).

Gebrauch gemacht wird. In der Rechtsprechung des Senats ist daraus bereits gefolgert worden, dass bei schuldhafter Verletzung von Warenzeichenrechten der Verletzer zur Entrichtung einer angemessenen Lizenzgebühr als Schadensersatz verpflichtet ist, weil er zu Unrecht eine dem Rechtsinhaber ausschließlich vorbehaltenen Befugnis in Anspruch genommen habe (...). Unter dem Gesichtspunkt des Zuweisungsgehalts im Sinne des Bereicherungsrechts kann das in Übereinstimmung mit der in der genannten Literatur vertretenen Meinung nicht anders beurteilt werden.⁵⁸³

Der BGH hielt somit für entscheidend, dass Warenzeichenlizenzverträge möglich waren und davon im Verkehr in nicht unerheblichem Maße Gebrauch gemacht wurde.

Dagegen scheiterte 1989 der Hersteller eines chemischen Produkts, der im Verfahren über die behördliche Zulassung bestimmter Pflanzenbehandlungsmittel umfangreiche Untersuchungen über die Toxizität der darin enthaltenen Stoffe vorgelegt hatte und der von einem späteren Anmelder einen Bereicherungsausgleich dafür verlangte, dass die Behörde bei der Entscheidung über die Zulassung von dessen Produkt die Untersuchungsergebnisse aus dem Erstanmeldungsverfahren berücksichtigt hatte:

„Rechtlicher Anknüpfungspunkt der Bereicherungshaftung ‚in sonstiger Weise‘ ist (...) die Verletzung einer solchen Rechtsposition, die nach dem Willen der Rechtsordnung dem Berechtigten zu dessen ausschließlicher Verfügung und Verwertung zugewiesen ist (...).

Ein Bereicherungsausgleich über die Eingriffskondition findet nur statt, wenn der Schuldner sich eine geschützte Rechtsposition des Gläubigers zu eigen macht, deren Nutzung ihm ohne die Gestattung des Rechtsinhabers in rechtmäßiger Weise nicht zukäme. Im Immaterialgüterrecht wird ein Bereicherungsausgleich gewährt, wenn in den Zuweisungsgehalt eines Rechtsguts eingegriffen wird, dessen wirtschaftliche Verwertung dem Gläubiger vorbehalten ist (...). (...) Der bereicherungsrechtliche Ausgleich über die Eingriffskondition setzt die Beeinträchtigung einer schützenswerten und vermögensrechtlich nutzbaren Rechtsposition voraus. Der Zuweisungsgehalt der geschützten Rechtsposition entspricht einem Verbotsanspruch des Rechtsinhabers, in dessen Macht es steht.

⁵⁸³ BGHZ 99, 244, 247 („Chanel Nr. 5“).

die Nutzung des Rechtsguts einem sonst ausgeschlossenen Dritten zur wirtschaftlichen Verwertung zu überlassen. (...) Die bloße Beeinträchtigung einer Verwertungschance hat die Sanktion der bereicherungsrechtlichen Ausgleichspflicht nicht zur Folge. Die geschützte Rechtsposition muss es dem Gläubiger vielmehr gewährleisten, dass ohne seine Zustimmung ihre Nutzung durch Dritte zu unterbleiben hat. ... Vom Zuweisungsgehalt eines Rechtsguts im bereicherungsrechtlichen Sinn werden bloße Erwerbs- und Gewinnchancen nicht erfasst, mögen sie auch – wie beim Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – mit einem deliktisch geschützten Rechtsgut verbunden sein... Entgegen der Ansicht der Revision reicht es deshalb für die bereicherungsrechtliche Betrachtung nicht aus, dass Erstanmelder vielfach ihre Unterlagen für das Zulassungsverfahren dem Nachanmelder gegen Entgelt überlassen, wenn sie auf Grund ihrer Rechtsposition nicht in der Lage sind, den Vertrieb entsprechender Produkte zu verhindern. Eine Haftung des Beklagten als Konditionsschuldner scheidet danach aus. Der ihm über die behördliche Genehmigung zugeflossene Vermögensvorteil, die Pflanzenbehandlungsmittel ohne vorhergehende kostenintensive Untersuchungen auf ihre Umweltverträglichkeit verbreiten zu dürfen, stellt keine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Verwertungsbefugnis der Klägerin an einem ihr geschützten, mit Untersagungsanspruch ausgestatteten Rechtsgut dar. (...) Die Nutzung einer offenkundigen technischen Erkenntnis, die nicht unter dem Schutz eines gewerblichen Sonderrechts steht, ist jedermann zugänglich. Der erhebliche geistige und kostenintensive Aufwand vermag es allein nicht, einen selbständigen Leistungsschutz zu begründen...⁵⁸⁴ (Hervorhebungen von mir.)

Danach genügt die faktische Möglichkeit, eine Position wirtschaftlich zu verwerten – die vorliegend bestand, da offenbar Forschungsunterlagen Nachanmeldern mitunter entgeltlich überlassen werden – nicht für einen Bereicherungsanspruch. Vielmehr muss dem Anspruchsteller auch ein Verbotungsrecht zustehen.⁵⁸⁵ Diese Voraussetzung lag im zu entscheidenden Fall nicht vor.

⁵⁸⁴ BGHZ 107, 117, 120ff. („Forschungskosten“).

⁵⁸⁵ Auch die Befugnis, Ansichtskarten mit dem Foto eines Gebäudes zu verbreiten, ist dem Eigentümer nur insoweit vorbehalten, als Fotos von seinem Grundstück aus gemacht wurden (BGH GRUR 1975, 500 – „Tegeler Schloss“), wegen § 59 Abs. 1 UrhG aber nicht hinsichtlich solcher Fotos, die vom öffentlichen Straßenraum gemacht werden können (BGH NJW 1989, 2251 („Friesenhaus“)).

dd) Sonderfall: Persönlichkeitsrechte

Bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen werden Bereicherungsansprüche vom BGH in bestimmten Fällen gewährt, dies geschieht bisher jedoch ohne ausdrücklichen Rückgriff auf das Konzept des vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalts. In der „Paul Dahlke“-Entscheidung⁵⁸⁶ (in der gegen einen Beteiligten kein Schadensersatzanspruch bestand, da ihm kein Verschulden nachzuweisen war) leitete der BGH einen Bereicherungsanspruch des Klägers wegen der Verletzung seines Rechts am eigenen Bild daraus ab, dass die Gestattung des fraglichen Eingriffs durch den Kläger gegen Entgelt möglich und verkehrüblich gewesen wäre:

„Wie das Berufungsgericht auf Grund des Sachverständigengutachtens feststellt, hätte der Kläger die Erlaubniserteilung entsprechend der in Künstlerkreisen weitgehend herrschenden Übung von der Zahlung einer Vergütung abhängig machen können. Diese Vergütung hat die Gesellschaft durch ihr unerlaubtes Vorgehen auf Kosten des Klägers erspart“⁵⁸⁷

Der BGH begründete hier die Existenz des Bereicherungsanspruchs damit, dass das verletzte Persönlichkeitsrecht einen Marktwert hatte. Da bei einer Persönlichkeitsrechtsverletzung auch ein Verbotungsrecht besteht, sind der Sache nach dieselben Kriterien erfüllt wie bei Eingriffen in andere Rechtspositionen, bei denen der BGH einen Bereicherungsanspruch gewährt, weil die jeweilige Position einen vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalt besitze.

Anders als bei Eingriffen in andere Rechte besteht ein Bereicherungsanspruch jedoch nicht bei solchen Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht, durch die der Verletzer zwar einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat, durch die der Verletzte jedoch ausschließlich ideell beeinträchtigt ist.⁵⁸⁸ Dies soll dann der Fall sein, wenn der Berechtigte nicht bereit gewesen wäre, den Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht gegen Entgelt zu gestatten, weil dann nicht in ein vermögensrechtliches Interesse des Verletzten eingegriffen werde.⁵⁸⁹ Das Gleiche gilt, wenn der Eingriff aus faktischen Gründen nicht gestattungsfähig ist, wie in dem Fall, dass eine Illus-

⁵⁸⁶ S. o. C. III. 2.) a) bb).

⁵⁸⁷ BGHZ 20, 349, 355 („Paul Dahlke“). Ebenso BGHZ 81, 75 („Carrera“) für den Fall der unberechtigten Namensnennung.

⁵⁸⁸ BGHZ 26, 349 („Herrenreiter“); Steffen NJW 1997, 10, 13.

⁵⁸⁹ BGHZ 26, 349 („Herrenreiter“); BGH NJW 1979, 2205, 2206 („Fußballtorwart“).

trierte ein von ihr veröffentlichtes „Exklusiv-Interview“ mit dem Verletzten frei erfunden hat⁵⁹⁰.

b) Literatur

In der Literatur standen sich lange zwei unterschiedliche Richtungen gegenüber, die Rechtswidrigkeitstheorie und die heute auch von der Rechtsprechung vertretene Zuweisungslehre. Die Zahl der Anhänger der Zuweisungstheorie überwiegt heute; zugleich ist allerdings festzustellen, dass die unterschiedlichen Positionen sich einander angenähert haben.

aa) Rechtswidrigkeitstheorie vs. Zuweisungstheorie

Wie oben ausgeführt⁵⁹¹, begrenzte die ursprünglich vorherrschende Vermögensverschiebungstheorie den Anwendungsbereich der Eingriffskondition stark. *Fritz Schulz* forderte 1909 in einer viel beachteten Abhandlung⁵⁹², ein Recht auf den „Eingriffserwerb“ immer dann zu gewähren, wenn dieser durch widerrechtliches Handeln erworben worden sei. § 812 müsse „analog“ auf Fälle angewendet werden, in denen sich jemand durch rechtswidrigen Eingriff in ein gewerbliches Schutzrecht bereichert habe, ohne dass der Verletzte eine diesem Gewinn entsprechende Einbuße erlitten habe.⁵⁹³ *Schulz*' Lehre wurde „Rechtswidrigkeitstheorie“ genannt, weil danach rechtswidriges Handeln den Anspruch begründet. Spätere Vertreter dieser Theorie lösten sich von der Vorstellung, dass § 812 BGB für die Eingriffskondition eine Vermögensverschiebung voraussetzt, und wandten die Vorschrift daher direkt an.⁵⁹⁴

Dem steht die von der Rechtsprechung bevorzugte, 1934 von *Wilburg* vorgestellte und von *v. Caemmerer* weiterentwickelte Zuweisungstheorie gegenüber. *Wilburg*

⁵⁹⁰ Steffen NJW 1997, 10.

⁵⁹¹ Unter a) aa).

⁵⁹² AcP 105 [1909], 1.

⁵⁹³ AcP 105 [1909], 1, 78ff.; ausführlich dazu und zu den anderen Vertretern der Rechtswidrigkeitstheorie Ellger, Kap. I § 4 und § 5.

⁵⁹⁴ Z. B. Jakobs.

befreite die Eingriffskondiktion auf seine Weise von der Fessel der Vermögensverschiebungstheorie, indem er postulierte, dass die Leistungskondiktion und die Nichtleistungskondiktion nicht auf einer einheitlichen Wurzel beruhen (Trennungstheorie). Die Eingriffskondiktion diene nicht – wie die Leistungskondiktion – der Abwicklung fehlgeschlagener Vertragsbeziehungen, sondern dem Rechtsgüterschutz, indem sie den wirtschaftlichen Zweck eines dem Anspruchsteller zustehenden Rechts unabhängig davon verwirkliche, ob er es durch den Eingriff verloren habe.⁵⁹⁵ „In sonstiger Weise ohne Rechtsgrund auf Kosten eines anderen“ sei eine Bereicherung dann erfolgt, wenn und soweit gerade in den vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalt eines Rechts eingegriffen worden sei.

Die Rechtswidrigkeitstheorie hat sich aus mehreren Gründen nicht durchsetzen können. Zum einen vermag sie nicht bestimmte Konstellationen zu erklären, in denen der Eingreifer nicht rechtswidrig gehandelt hat und dennoch ein Anspruch aus Eingriffskondiktion gewährt wird. Der Hauptgrund für ihre Ablehnung ist jedoch, dass sie der Eingriffskondiktion ein allzu weites Anwendungsfeld einräumt. Denn danach besteht ein Bereicherungsanspruch bereits dann, wenn der Gläubiger das Handeln mit einem Unterlassungsanspruch unterbinden könnte.⁵⁹⁶ Dagegen wird eingewandt, die Existenz eines Verbotungsrechts könne allein nicht begründen, wieso bei einem Verstoß gegen den Rechtssatz gerade ein Bereicherungsanspruch gewährt werden soll: Dies sei vielmehr nur zu rechtfertigen, wenn gerade eine wirtschaftliche Verwendungsmöglichkeit des Vermögens des Kondizenten geschützt werden solle.⁵⁹⁷ Die Rechtswidrigkeitstheorie würde den gutgläubigen Verkehr und die allgemeine Handlungs- und Wettbewerbsfreiheit in nicht hinnehmbarer Weise bedrücken.⁵⁹⁸

Eine weitere Schwäche der ursprünglichen Rechtswidrigkeitstheorie lag darin, dass sie nicht definieren konnte, wann ein rechtswidriges Handeln gerade auf Kosten eines bestimmten Anderen geht. Später wurden daher Modifikationen vorgeschlagen, wonach nur eine solche Vermögensmehrung ungerechtfertigt ist, die unter Verletzung eines den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetzes⁵⁹⁹ bzw. unter Verletzung individualbegünstigender Normen⁶⁰⁰ erzielt wurde. Damit nähert

⁵⁹⁵ Wilburg, S. 28ff.

⁵⁹⁶ Kleinheyer JZ 1970, 471, 475.

⁵⁹⁷ MünchKomm-BGB-Lieb § 812 Rn. 208ff.

⁵⁹⁸ Im Einzelnen dazu z. B. Ellger, Kap. I § 4 III und § 5.

⁵⁹⁹ Jakobs, S. 115.

⁶⁰⁰ Haines, S. 89ff.; Koppensteiner-Kramer § 9 I 4 c, S. 81; auf die Existenz eines Unterlassungsanspruchs stellt Kleinheyer ab, JZ 1970, 471, 475.

sich die Rechtswidrigkeitstheorie der Zuweisungstheorie stark an, verlangt aber im Gegensatz zu dieser weiterhin, dass der Eingriff rechtswidrig gewesen sein muss und setzt nicht voraus, dass die rechtswidrige Handlung gerade einen spezifisch vermögensrechtlichen Aspekt des verletzten Rechts betreffen muss. *Jakobs* hält der Zuweisungslehre, die dies verlangt, entgegen, „vermögensrechtlicher Zuweisungsgehalt“ sei nur eine andere Bezeichnung für die Führung eines fremden Geschäfts: Die Bereicherungshaftung werde dadurch – wie die Haftung wegen unerlaubter Eigengeschäftsführung⁶⁰¹ – davon abhängig gemacht, dass der Verletzte die Handlung des Eingreifers hätte gestatten können.⁶⁰² Dies sei systemwidrig, denn diese Haftung sei bereits in § 687 BGB abschließend geregelt.

Außerdem wird an der Zuweisungstheorie kritisiert, dass sie die Gefahr willkürlicher Entscheidungen in sich birgt, wenn kein absolutes Recht verletzt wurde und keine Einigkeit darüber besteht, ob und inwieweit die aus einer bestimmten Rechtsposition fließenden Vermögensvorteile „von der Rechtsordnung“ dem Anspruchsteller „zugewiesen“ sind oder nicht. Hier setzen nun die Versuche der Theoretiker an, dem Konzept vom „Zuweisungsgehalt“ einen konkreten Inhalt zu geben. Nach *Lieb* ist das allgemein gültige Entscheidungskriterium die Frage, ob der Anspruchsteller die Möglichkeit hat, das Handeln des Verletzers entgeltlich zu gestatten.⁶⁰³ Nach Ansicht von *Ebert* ist Voraussetzung der Eingriffskondition eine Beziehung des Bereicherungsvorgangs zum Vermögen des Kondizenten, die allerdings vielfältiger Art sein könne und sich daher einer einheitlichen Formel entziehe,⁶⁰⁴ eine hinreichende Beziehung zum Vermögen des Kondizenten liege jedenfalls im gegenständlichen Entzug eines Rechtsobjekts, in einem Vermögensschaden im Sinne der §§ 249, 252 BGB sowie in der Verwendung eines Rechtsguts des Kondizenten.⁶⁰⁵

bb) Marken- und Wettbewerbsrecht

Dem Warenzeichen wurde von Vertretern der Zuweisungstheorie ursprünglich nicht der Charakter eines vollwertigen gewerblichen Schutzrechts zuerkannt und

⁶⁰¹ Dazu bereits oben C. II. 3. a) bb).

⁶⁰² *Jakobs*, S. 110ff.

⁶⁰³ *MünchKomm-Lieb* § 812 Rn. 249f.

⁶⁰⁴ *Ebert* ZIP 2002, 2296, 2297.

⁶⁰⁵ *Ebert* ZIP 2002, 2296, 2297.

seine Verletzung nicht als Eingriff in eine geschützte Rechtsposition gerade des Warenzeicheninhabers angesehen. Das Warenzeichen habe als bloßes Ausschlussrecht keinen substanziellen Kern, der einer Verwertung zuführbar und dem Berechtigten zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen sei; dem entsprechend könne auch bei einem Dritten durch den Eingriff in ein solches Recht eine Wertbereicherung nicht eintreten. Bereits daraus, dass der Kennzeichenschutz in das allgemeine Wettbewerbsrecht einzugliedern sei, ergebe sich, dass der durch den Kennzeichenschutz erlangte Besitzstand gerade kein endgültig zum sicheren Haben und Nutzen zugeteiltes Gut darstelle, sondern vom Unternehmer immer neu erworben und verteidigt werden müsse.⁶⁰⁶ Die Rechtsprechung gab diese Auffassung 1986 auf und ließ die Möglichkeit der Einräumung obligatorischer Warenzeichenlizenzen genügen.⁶⁰⁷ In der Literatur wurde dies überwiegend begrüßt; nur vereinzelt wurde dies wegen der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung des Warenzeichens abgelehnt: Da das Warenzeichen im Gegensatz zu den gewerblichen Schutzrechten und dem Urheberrecht keine besondere geistige Leistung schütze, sondern ein Instrument sei, um Kaufentscheidungen irrational und suggestiv zu beeinflussen, sei es nicht gerechtfertigt, seinem Inhaber eine im Wettbewerb errungene Stellung und die Vorteile daraus auch noch dauerhaft zuzuweisen; die „Gleichbehandlung von Werbeinvestitionen und Eigentumspositionen“ sei gerade nicht gerechtfertigt.⁶⁰⁸ Der europäische und dann der deutsche Gesetzgeber haben eben diese Entwicklung jedoch sanktioniert, indem die Marke zu einem vollwertigen Recht gemacht wurde, an dem dingliche Lizenzen erteilt werden können und das selbstständig (ohne einen Geschäftsbetrieb) veräußerbar ist (vgl. § 27 MarkenG 1994).

Bestritten wird in der Literatur die vom BGH vertretene Ansicht, ein Bereicherungsanspruch bestehe auch, wenn ein Lizenzvertrag gegen §§ 134, 138 BGB verstoßen hätte.⁶⁰⁹ Dagegen wird eingewandt, dass dann kein Eingriff in den Zuweisungsgehalt des Rechts vorliege.⁶¹⁰

⁶⁰⁶ Mestmäcker JZ 1958, 521, 525; Raiser JZ 1961, 465, 468 („negatives Herrschaftsrecht“); Bälz Anm. zu BGH JZ 1977, 515, ebd. 519ff.

⁶⁰⁷ S. o. 1. a) bb).

⁶⁰⁸ Joerges, S. 72f.; Joerges kritisiert hier die Entscheidung „Messmer Tee II“ (dazu oben C. II. 2. a) dd), die bereits darauf hindeutete, dass dem Warenzeichen künftig auch Bereicherungsschutz gewährt werden würde.

⁶⁰⁹ BGHZ 44, 272 („Messmer Tee II“), dazu oben C. II. 2. a) dd).

⁶¹⁰ BGHZ 44, 272. Dagegen Haines, S. 104; Kleinheyer JZ 1970, 471, 476; Koppensteiner/Kramer § 9 I 3. e), S. 83f.; Schlechtriem FS Hefermehl 445, 464.

Die Diskussion im Wettbewerbsrecht wird zukünftig um die Frage kreisen, welche Chancen allen offen stehen und an welchen Chancen einzelne Teilnehmer am Wettbewerb ein rechtlich geschütztes Interesse haben. Zum Teil wird verlangt, das Wettbewerbsrecht in den Dienst der Aufgabe zu stellen, die unternehmerische Leistung als solche zu schützen; dafür ist namentlich *Fezer* eingetreten.⁶¹¹ Der BGH hat sich dem in der Entscheidung „Forschungskosten“ verweigert.⁶¹² Demgegenüber meint z. B. *Ellger*, die Rechtsprechung sei auf diesem Weg bereits zu weit gegangen. Seiner Ansicht nach stellt die Entscheidung „Kollektion Holiday“ einen Dammbbruch mit schädlichen Wirkungen auf den Wettbewerb dar.⁶¹³ Der BGH ließ in dieser Entscheidung erstmals die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ und die „Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn“ auch für solche wettbewerbswidrigen Nachahmungen zu, deren Unlauterkeit nicht allein auf einer besonderen „wettbewerblischen Eigenart“ des nachgeahmten Erzeugnisses beruht, sondern allein auf subjektiven Elementen.⁶¹⁴ Damit werde allein die Verletzung von Verhaltensnormen sanktioniert und letztlich die Rechtswidrigkeitstheorie angewandt. Da der Eingriffskondition jedoch allein die Aufgabe zukomme, Güter ökonomisch sinnvoll zu verteilen, könne ihre Anwendbarkeit allein davon abhängen, ob eine Rechtsposition genutzt wurde, die dem Rechtsinhaber allein zugeordnet sei, nicht davon, auf welche Weise der Verletzer die Information erlangt habe. Die Rechtsprechung schaffe mit der „Kollektion Holiday“-Rechtsprechung ein absolutes Recht an der im Wettbewerb errungenen Stellung, das ökonomisch zu missbilligen sei, da es den Ausschließlichkeitsschutz zu einseitig gegenüber der allgemeinen Handlungs- und Gewerbefreiheit betone. Nicht nur der innovatorische, auch der imitatorische Wettbewerb sei von gesellschaftlichem Nutzen. Werde er übermäßig eingeschränkt, führe dies zu überhöhten Preisen und Marktzutrittsbarrieren.⁶¹⁵ Wegen der fundamentalen Bedeutung der Abgrenzung der Ausschließlichkeitsbereiche Einzelner von den Bereichen, in denen die allgemeine Handlungs- und Wettbewerbsfreiheit gelte, und wegen der Vielzahl der zu berücksichtigenden wirtschaftlichen Daten dürfe diese Entscheidung grundsätzlich nur von dem Gesetzgeber getroffen werden.⁶¹⁶ Nur wenn die Voraussetzungen eines spezialgesetzlichen Schutzes vorlägen, es für den Unternehmer

⁶¹¹ Fezer GRUR-FS (1991), Band II, 939.

⁶¹² Dazu oben (mit Zitat) D. IV. 1. a) cc).

⁶¹³ Ellger, Kap. VI § 27 II. 5., S. 811f. Vgl. a. die Gegenposition: Fezer WRP 1993, 565ff. („gelungene Rechtsfortbildung zum Wettbewerbsrechtsschutz subjektivrechtlicher Rechtsbereiche“).

⁶¹⁴ Dazu oben (mit Zitat) C. II. 2. a) dd) am Ende.

⁶¹⁵ Ellger, Kap. VI § 27 II. 5. und III., S. 811ff.

⁶¹⁶ Ellger, Kap. VI § 27 III. 3. b), S. 827ff.

jedoch untunlich sei, diesen zu erwirken, könne ausnahmsweise über § 1 UWG eine vergleichbare Wirkung herbeigeführt werden.⁶¹⁷

cc) Persönlichkeitsrechte

Früher wurde die Möglichkeit eines vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalts der Persönlichkeitsrechte z. T. ganz gelehnt: Es beinhaltet ausschließlich einen Achtungsanspruch und sei seiner Natur nach kein vermögensrechtliches Herrschaftsrecht der Person über sich selbst.⁶¹⁸ Auch soweit anerkannt wurde, dass es auch vermögensrechtliche Interessen schützt, wurde ihm ein Zuweisungsgehalt z. T. abgesprochen, weil es inhaltlich nicht hinreichend bestimmt und außerdem nicht übertragbar sei.⁶¹⁹ Die Gegenansicht spricht dem Persönlichkeitsrecht einen vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalt mit der Begründung zu, die wirtschaftlich verwertbaren Bestandteile der Persönlichkeitsrechte seien hinreichend bestimmt und hätten daher Zuweisungsgehalt, sofern die Rechtsordnung die faktisch gegebene Möglichkeit der Kommerzialisierung anerkenne und für schutzwürdig befände.⁶²⁰ Wer sich dieser Entwicklung verweigere, gebe die Person nur schutzlos der kommerziellen Ausbeutung durch Dritte preis.⁶²¹

Die Rechtsprechung zu Persönlichkeitsrechtsverletzungen, die dem Gläubiger einen Bereicherungsanspruch auf die angemessene Vergütung versagt, wenn das Recht nicht bereits „kommerziell präformiert“ war oder wenn der Berechtigte nicht zur Gestattung des Eingriffs gegen Entgelt bereit gewesen wäre (s. o. I. a) cc)) wird vielfach kritisiert. Es komme nicht darauf an, ob der Gläubiger die Absicht hatte, die Möglichkeit, seine Rechtsposition zu kommerzialisieren, auch wahrzunehmen.⁶²² Götting meint, der Verletzer müsse sich, nachdem er das fremde Persönlichkeitsrecht einmal kommerzialisiert habe, an seiner eigenen Handlungs-

⁶¹⁷ Ellger billigt damit die „Modeneuheiten“-Rechtsprechung des BGH (s. A. I. 2), lehnt aber z. B. die „Tchibo-Rolax“-Entscheidung ab (s. dazu A. I. 2. c) sowie C. II. 2. a) dd)).

⁶¹⁸ Raiser JZ 1961, 465, 471.

⁶¹⁹ Mestmäcker JZ 1958, 521, 525. Die Rechtsprechung macht inzwischen Anstalten, die kommerzialisierbaren Bestandteile des Persönlichkeitsrechts übertragbar auszugestalten, s. dazu A. III. 1.

⁶²⁰ Schlechtriem FS Hefermehl 445; Götting, S. 282; Canaris FS Deutsch, 85, 87ff.; Funkel, Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz immaterieller Schäden in Geld, S. 175f.; Ellger, Bereicherung durch Eingriff, Kap. IV § 25; Beuter, D. II., S. 166f.

⁶²¹ Schlechtriem FS Hefermehl 445, 457; Beuter, D. II., S. 166f.

⁶²² Schlechtriem FS Hefermehl 445, 460ff. (Verwertung potenziell vermarktbarer Persönlichkeitsdetails stets dem Rechtsinhaber zugewiesen); Götting, S. 282; Funkel, S. 181; Beuter, D. IV., S. 177f.

weise festhalten lassen und das angemessene Entgelt bezahlen.⁶²³ *Lieb* begründet dieses Ergebnis damit, dass ein Erwerb auf Kosten des Gläubigers dann vorliege, wenn dieser auf Grund der materiellen Ausgestaltung seiner Rechtsgüter die Möglichkeit gehabt hätte, dem Verletzer den Eingriff entgeltlich zu gestatten, und der Verletzer sich durch seinen Eingriff eine vermögenswerte Chance ohne Zahlung eines Entgelts, das für die Zustimmung in aller Regel hätte entrichtet werden müssen, zunutze gemacht habe.⁶²⁴ Dies sei kein schadensersatzrechtlicher Aspekt, da es auf die Frage, ob der Gläubiger die entsprechende Nutzungsmöglichkeit selbst hätte realisieren wollen und können, nicht ankomme.

Andere treten demgegenüber dafür ein, auch bei Eingriffen, die so auch vom Verletzten nicht gestattet werden könnten, einen Bereicherungsanspruch zu gewähren. Während *Beuter* auf den in der „Messmer Tee II“-Entscheidung des BGH zum Markenrecht enthaltenen Gedanken rekurriert, dass bei fehlender Gestattungsfähigkeit „erst recht“ ein Anspruch gewährt werden müsse⁶²⁵, hält *Canaris* einen Anspruch aus Eingriffskondiktion bei der Veröffentlichung eines erfundene(n) Interviews für gegeben, weil die rechtliche Kompetenz, ein Interview zu geben und dieses ggf. zu vermarkten, „zweifellos der betreffenden Person vorbehalten“ sei.⁶²⁶ Bemerkenswert ist, dass *Canaris* es zugleich für selbstverständlich hält, dass ein Anspruch aus §§ 687 Abs. 2, 667 BGB ausscheidet, „weil in der Publikation eines erfundenen Interviews nicht die Führung eines Geschäfts des angeblich (!) Interviewten liegt“⁶²⁷. Paradox erscheint auch die Stellungnahme *Funkels* zu dieser Frage: Einerseits sollen „Verletzungen in Gestalt der Herabwürdigung, des Eindringens in die Privatsphäre und der Beeinträchtigung der Entfaltungsfreiheit von der Einordnung als kondiktionsauslösende Beeinträchtigungen der Persönlichkeit ausgenommen“ sein, da es bei diesen Eingriffen nicht um eine Nutzung der Persönlichkeit gehe und auch kein Bedürfnis für eine Gewinnabschöpfung bestehe, sondern lediglich ein Bedürfnis für den Ausgleich des erlittenen immateriellen Schadens. Andererseits soll aber auch „die kommerzielle Verbreitung unwahrer oder einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse unterliegender Tatsachen durch die Medien“ eine Eingriffskondiktion rechtfertigen, weil die Person insgesamt vor „wirtschaftlicher Nutzung“ geschützt sei.⁶²⁸

⁶²³ Götting, S. 282.

⁶²⁴ MünchKomm-BGB-Lieb, § 812 Rn. 250.

⁶²⁵ Beuter, D. V., S. 178. Zur „Messmer Tee II“-Entscheidung s. o. C. II. 2. a) dd).

⁶²⁶ Canaris FS für Deutsch 85, 88.

⁶²⁷ Canaris FS Deutsch, 85, 86; zur möglichen Anwendbarkeit der §§ 687 Abs. 2, 667 BGB s. oben C. II. 3. f).

⁶²⁸ Funkel, S. 181 und 190f., der jedoch im Gegensatz zu Canaris die Anwendungsbereiche von § 812 und § 687 Abs. 2 BGB für deckungsgleich hält.

2. Umfang der Herausgabepflicht

Liegt ein Eingriff in eine Rechtsposition mit Zuweisungsgehalt vor, so dass ein Bereicherungsanspruch aus Nichtleistungskondiktion grundsätzlich gegeben ist, fragt sich, worin die herauszugebende Bereicherung besteht. Hierzu enthalten §§ 818f. BGB Regelungen, die allerdings viele Fragen offenlassen.

Falls der Bereicherungsschuldner von vornherein wusste, dass er etwas ohne Rechtsgrund erlangt, haftet er verschärft. Erfährt er es später oder wird er verklagt, tritt die verschärfte Haftung ab diesem Zeitpunkt ein. „Verschärfte Haftung“ bedeutet eine Haftung „nach den allgemeinen Vorschriften“ haftet (§ 818 Abs. 4 BGB); dies bedeutet nach der Rechtsprechung des BGH unter anderem, dass der Bereicherungsschuldner sich nicht mehr, wie sonst möglich, auf den Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) berufen kann.⁶²⁹

Der Umfang des Bereicherungsanspruchs gegen den Verletzer eines gewerblichen Schutzrechts, des Urheberrechts, eines Persönlichkeitsrechts oder einer wettbewerbsrechtlich geschützten Rechtsposition mit Zuweisungsgehalt ist umstritten.

a) Rechtsprechung

Umstritten ist bereits die Definition des primär herauszugebenden „erlangten Etwas“ (§ 812 Abs. 1 BGB).

aa) Ersparte Aufwendungen oder Gebrauch des verletzten Rechts als „erlangtes Etwas“

Es wurde ursprünglich in den konkret fassbaren wirtschaftlichen Auswirkungen des Eingriffs in das fremde Recht auf das Vermögen des Eingreifers gesehen.⁶³⁰ Das setzte auch den gutgläubigen Eingreifer einem Gewinnherausgabeanspruch

⁶²⁹ BGHZ 55, 128 unter II 4.

⁶³⁰ RGZ 121, 258, 263.

aus. Der Bereicherungsanspruch gegen ihn konnte sich jedoch auch auf Null reduzieren, wenn die Bereicherung weggefallen war (§ 818 Abs. 3 BGB).

Später wurde die Bereicherung stattdessen in den Aufwendungen gesehen, die der Verletzer dadurch erspart habe, dass er mit dem Verletzten keine Vereinbarung über die Nutzung des Rechts gegen Zahlung eines angemessenen Honorars getroffen habe.⁶³¹ Im Bereich der Persönlichkeitsrechtsverletzungen wendet der BGH das Konzept der Ersparnisbereicherung auch heute noch an.⁶³²

Für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes nahm der BGH später vom Konzept der Ersparnisbereicherung Abstand und betrachtete den Bereicherungsvorgang nun (wie bei körperlichen Gegenständen) zweistufig, indem er zwischen dem ursprünglich „Erlangten“ und der herauszugebenden Bereicherung unterschied. Das durch den Eingriff in Immaterialgüterrechte zunächst Erlangte sei der „Gebrauch des Rechts“:

„Bei den gewerblichen Schutzrechten ist Gegenstand der Güterzuweisung die ausschließliche Benutzungsbefugnis. Der Verletzer eines Schutzrechts maßt sich eine Befugnis an, die nach der Rechtsordnung grundsätzlich dem Schutzrechtsinhaber vorbehalten ist. Erlangen kann der Verletzer freilich die Benutzungsbefugnis“ durch seine Handlung nicht; sein Handeln bleibt unbefugt. Nicht erlangt ist auch die bloße tatsächliche Möglichkeit der Benutzung; diese Möglichkeit steht allen offen, die den Inhalt des Schutzrechtes kennen; daher bedarf es zu ihrem Erwerb nicht der Eingriffshandlung. Aus der gleichen Erwägung kann auch die Lizenzersparnis nicht als das primär Erlangte angesehen werden; Lizenz wird auch von denen erspart, die den Verbotsbereich des Schutzrechtes respektieren und folglich keine Verletzungshandlung vornehmen.

Der Ansicht, das Erlangte sei in der Konsumierung der aus der Schutzrechtsstellung fließenden, dem Schutzrechtsinhaber vorbehaltenen Marktchance zu erblicken (...), vermag der Senat aus zwei Gründen nicht zu folgen: Zum einen berücksichtigt sie nicht, daß der gesetzliche Zuweisungsbereich der gewerblichen Schutzrechte schon Benutzungshandlungen umfaßt, denen noch keine Marktwirkung zukommt, daß also eine abgeschlossene Eingriffshandlung auch

⁶³¹ Vgl. z. B. RGZ 121, 258 („Frauenberufe“); BGHZ 20, 249, 255 („Paul Dahlke“ – Recht am eigenen Bild); BGH NJW 1979, 2205, 2206 („Fußballtorwart“ – Recht am eigenen Bild)

BGHZ 81, 75 („Carrera“ – Namensrecht)

⁶³² BGH NJW 1979, 2205 („Fußballtorwart“); BGH GRUR 1987, 128 („NENA“); BGH GRUR 1992, 557 („Talkmaster-Foto“).

ohne jede Auswirkung auf die Marktchancen des Schutzrechtsinhabers begangen werden kann. Zum anderen beachtet diese Ansicht nicht hinreichend, daß die „Marktchance“ ein komplexer wirtschaftlicher Begriff ist, dessen Inhalt und Umfang sich nicht allein von der Schutzrechtsstellung, sondern von weiteren wirtschaftlichen Faktoren ableitet, die keinen rechtlichen Zuweisungscharakter besitzen, sondern sich als Ausfluß der jedermann freien gewerblichen Betätigung darstellen. Damit wird durch den Begriff der Marktchance der Bereicherungsgegenstand aus dem durch den Inhalt der Güterzuweisung bestimmten Gebiet herausgerückt.

Will man dagegen unter Besinnung auf die rechtliche Grundlage der Eingriffskondition eine an rechtlichen Gesichtspunkten ausgerichtete Beschreibung dessen vornehmen, was der Schutzrechtsverletzer aus der geschützten Sphäre entnommen hat, so wird man den Gebrauch des immateriellen Schutzgegenstandes als das Erlangte ansehen müssen. Weitere Vorteile können sich als wirtschaftlicher Ausfluß dieses Gebrauchs beim Verletzer einstellen, müssen dies aber nicht. Ob diese wirtschaftlichen Vorteile vom Herausgabeverlangen umfaßt werden können, darüber ist nicht bei der an rechtlichen Gesichtspunkten ausgerichteten Bestimmung des Bereicherungsgegenstandes, sondern bei der vornehmlich an wirtschaftlichen Kriterien orientierten Wertbemessung zu befinden.“⁶³³ (Hervorhebung von mir.)

Dass das Erlangte nicht in den ersparten Aufwendungen gesehen wird, sondern bereits in dem Gebrauch selbst, entspricht der Rechtsprechung zum unbefugten Ge- oder Verbrauch fremder Sachen oder Rechte im Allgemeinen.⁶³⁴

bb) Angemessene Lizenzgebühr als Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB

Legt man diese Ansicht zu Grunde, führt dies bei der Bestimmung der herauszugebenden Bereicherung zu dem Ergebnis, dass der erlangte Gebrauch der geschützten Rechtsposition als solches nicht herausgegeben werden kann, so dass gemäß § 818 Abs. 2 BGB dessen Wert zu ersetzen ist. Der BGH sieht diesen Wert in dem objektiven Verkehrswert des Gebrauchs. Dieser wiederum bestehe in der angemessenen Lizenzgebühr:

⁶³³ BGHZ 82, 299, 306f. („Kunststoffhohlprofil II“).

⁶³⁴ BGHZ 55, 128.

„Sie stellt die Werteeschätzung dar, welche die verkehrsbeteiligten Kreise einem solchen Gebrauch entgegenbringen. Allein in der angemessenen Lizenz, nicht dagegen in einer Gewinnherausgabe kann sich daher der Wertersatz nach § 818 Abs. 2 verkörpern.“⁶³⁵

Auf der Grundlage der zweistufigen Betrachtung des BGH könnte man auch zu einer Gewinnhaftung gelangen, wenn man im Rahmen von § 818 Abs. 2 BGB von einem subjektiven Wertbegriff ausginge. Der BGH lehnt dies jedoch, wie aus dem vorhergehenden Zitat ersichtlich, ab.

Die Höhe der angemessenen Lizenzgebühr ist im Bereicherungsrecht ebenso zu berechnen wie im Schadensersatzrecht.⁶³⁶ Dies gilt auch für die vorprozessuale Verzinsung:

„Auch soweit die Beklagte nur auf Herausgabe der Bereicherung haftet, hält der Senat die Berücksichtigung aufgelaufener Zinsen bei der als Wertersatz geschuldeten Lizenz für berechtigt. Die Rechtsähnlichkeit der Schadensliquidation nach Lizenzgrundsätzen zu der Einforderung von Wertersatz, der sich gleichfalls nach der angemessenen Lizenzhöhe bestimmt, rechtfertigt keine Unterschiede in der Lizenzbemessung. Gegen den bereicherungsrechtlichen Grundsatz, daß für die Bestimmung des Wertersatzes der Zeitpunkt des Bereicherungseintritts maßgebend ist (BGH NJW 1963, 1299), verstößt die Berücksichtigung aufgelaufener Zinsen nicht. Dieser Grundsatz will verhindern, daß nachträgliche Wertveränderungen die als Wertersatz geschuldete Summe beeinflussen; Zinsen stellen ihrer Natur nach keine Substanzwertveränderung dar.“⁶³⁷

Grundsätzlich gelten auch für die Berechnung einer Bereicherungslizenz im Rahmen einer Leistungskondition (z. B. bei der Rückabwicklung eines nichtigen Lizenzvertrages) dieselben Grundsätze.⁶³⁸

⁶³⁵ BGHZ 82, 299, 308 („Kunststoffhohlprofil II“).

⁶³⁶ BGHZ 82, 299, 309f. („Kunststoffhohlprofil II“).

⁶³⁷ BGHZ 82, 310 („Fersenabstützvorrichtung“). Zur Verzinsung vgl. bereits oben C. III. 2. c) bb).

⁶³⁸ BGH WRP 2000, 766.

cc) Gewinn keine Nutzung i. S. d. § 818 Abs. 1 BGB

Umstritten ist, ob in einem etwa vom Verletzer erzielten Gewinn eine herauszugebende Nutzung im Sinne des § 818 Abs. 1 BGB zu sehen ist.

Die Anwendung der §§ 818 Abs. 1, 100, 99 BGB auf den Gewinn aus Immaterialgüterrechtsverletzungen und Gewerbebetrieben ist außerordentlich umstritten. Dies beruht auf rechtspolitischen Erwägungen. Nach der Konzeption der §§ 99f. BGB ist bei Bestehen einer Herausgabepflicht grundsätzlich der gesamte Ertrag herauszugeben und der Herausgabepflichtige auf einen je nach Verschuldensgrad mehr oder weniger umfangreichen Aufwendungsersatzanspruch verwiesen; eine Aufteilung des Gewinns anhand der jeweiligen Beiträge zum Ertrag ist dagegen nicht vorgesehen. Die Frage, ob dies den gutgläubigen Schuldner, der den Gewinn auch durch eigene Tüchtigkeit und unter Einsatz eigener Investitionen erarbeitet hat, zu hart trifft und wie er gegebenenfalls geschützt werden könnte, ist Gegenstand einer seit Jahrzehnten ausgetragenen und immer noch andauernden Kontroverse.

Der BGH lehnt es ab, den Gewinn bei Immaterialgüterrechtsverletzungen als herauszugebende Nutzung anzusehen:

„Mit der angemessenen Lizenz wird erschöpfender Ersatz für den Wert des Erlangten geleistet. Die Herausgabe der aus dem Schutzrechtsgebrauch gezogenen Nutzungen nach § 818 Abs. 1 BGB kommt daneben nicht in Betracht. Auch auf diese Vorschrift läßt sich demnach ein Gewinnherausgabeanspruch nicht stützen.“⁶³⁹

Daraus ist zu schließen, dass der BGH den Gewinn zwar grundsätzlich für eine Nutzung hält, § 818 Abs. 1 BGB jedoch nicht anwendet, weil der Ersatz des objektiven Wertes des Gebrauchs „erschöpfend“ sei. Diese etwas kryptische Aussage wird verständlicher durch die ergänzende Heranziehung einer Entscheidung des BGH, die die Rückabwicklung eines nichtigen Unternehmenskaufvertrages betraf. Bei den beteiligten Unternehmen handelte es sich um zwei Regionalzeitungen. Der Verkäufer machte geltend, dass der Käufer unter anderem auch die Marktstellung der verkauften Zeitung erlangt habe, die infolge der Fusion als selbstständiges

⁶³⁹ BGHZ 82, 299, 308 („Kunststoffhohlprofil II“).

Blatt untergegangen war. Diese Marktstellung sei insbesondere in der Chance verkörpert, fortlaufend neue Abonnenten zu gewinnen, die bei Unterbleiben der Fusion die nun untergegangene Zeitung abonniert hätten. Der BGH akzeptierte diese Einschätzung grundsätzlich.⁶⁴⁰ Das Berufungsgericht hatte daraus den Schluss gezogen, dass der Käufer unter diesen Umständen primär die „Herausgabe der Marktstellung“ in Natur schulde, was durch bestimmte Maßnahmen bewerkstelligt werden sollte, die zu dem Wechsel einer entsprechenden Zahl von Abonnenten zurück zu der (wieder neu gegründeten) Zeitung des Verkäufers führen sollten; solange der Käufer diese Maßnahmen nicht ergreife, sei er zur Herausgabe der Nutzungen (= des Gewinns) aus der erlangten Marktstellung verpflichtet. Der BGH hielt dagegen die Herausgabe der erlangten Marktstellung bei Unternehmenskaufverträgen regelmäßig für unmöglich, da auf das Verhalten der Kunden kein Einfluss genommen werden könne.⁶⁴¹ Daher schulde der Käufer hierfür Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB. Auf die Frage, warum der Käufer dann nicht nach § 818 Abs. 1 BGB die Herausgabe der Erträge aus der erlangten Marktstellung schuldet, ging der BGH nur mit einem Satz ein:

„Da der objektive Verkehrswert des Erlangten im Wirtschaftsleben regelmäßig durch den Nutzen bestimmt wird, der mit ihm erwirtschaftet werden kann, kommt neben Wertersatz eine Herausgabe von Nutzungen, die gezogen werden, nachdem die Herausgabe unmöglich geworden ist, nicht in Betracht.“⁶⁴²

Demnach sieht der BGH eine Überschneidung der Ansprüche auf objektiven Wertersatz aus § 818 Abs. 2 BGB und auf Ersatz der Nutzungen aus § 818 Abs. 1 BGB und hält in dieser Situation den Anspruch aus § 818 Abs. 2 BGB für vorrangig.

Anders liegt es in Fällen, in denen dem Bereicherungsschuldner keine Vorteile verbleiben, deren Herausgabe unmöglich ist und für die er deshalb nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz schuldet. In der Entscheidung BGHZ 126, 105 ging es um die Rückabwicklung des Kaufs eines Geschäftsbetriebs durch einen Geschäftsunfähigen.

„Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht schließlich auch einen Anspruch der Beklagten auf Herausgabe des Gewinns von 10.000 DM verneint, den der

⁶⁴⁰ BGH GRUR 1991, 396 unter II. 1. a).

⁶⁴¹ BGH GRUR 1991, 396 unter II. 4.

⁶⁴² BGH GRUR 1991, 396 unter II. 2.

Kläger nach der Behauptung der Beklagten in 14 Monaten aus dem Betrieb des Sonnenstudios gezogen hat. Der sich hieraus errechnende monatliche Überschuss von rund 700 DM geht, wie auch die Revision nicht bezweifelt, nicht über ein – bescheidenes – Entgelt für die eigene Tätigkeit des Klägers hinaus und ist deshalb nicht auf die Leistung der Beklagten zurückzuführen (vgl. BGHZ 7, 208 (217f. ...)) Die gegenteilige Annahme der Revision findet keine Stütze in der Tatsache, daß der Kläger eher einen geringeren als den gewöhnlichen oder den von den Beklagten zuvor erzielten Gewinn erwirtschaftet hat.⁶⁴³

Demnach war der Gewinn grundsätzlich herauszugeben und es bestand lediglich im konkreten Fall kein Anspruch, weil der Käufer nicht mehr als die Kosten – unter Einschluss einer geringen Vergütung für ihn selbst – erwirtschaftet hatte.

Wieder anders liegt es, wenn fraglich ist, ob eine Wertsteigerung eines Grundstücks oder Gewinn aus einem darauf eingerichteten Gewerbebetrieb Nutzungen des Grundstücks darstellen. Hier lehnt der BGH es von vornherein ab, diese Vorteile als Nutzungen des Grundstücks anzusehen, soweit sie auf Investitionen des Bereicherungsschuldners beruhen.⁶⁴⁴

dd) Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB)

Die Rechtsprechung zu der Frage, ob die Bereicherung des Verletzers wegfallen kann (§ 818 Abs. 3), ist noch nicht gefestigt. Fest steht lediglich, dass dem verschärft haftenden (§§ 818 Abs. 4, 819 BGB) Verletzer die Berufung auf diese Vorschrift versagt ist.⁶⁴⁵ Auch der gutgläubige Verletzer soll sich jedoch in der Regel nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen können. Insbesondere kann sich der Verletzer nicht darauf berufen, dass er keinesfalls die entgeltliche Genehmigung des Berechtigten eingeholt, sondern auf die Verwertung des Rechts ganz verzichtet hätte: Er muss sich an seinem Verhalten „festhalten lassen“. Entscheidend sei allein, ob der Verletzer geldwerte Vorteile aus dem fremden Recht

⁶⁴³ BGHZ 126, 105 (Kl. = unerkant geschäftsunfähiger Käufer eines Sonnenstudios).

⁶⁴⁴ BGHZ 109, 179, 191 (Gewinn aus Betrieb eines vom Schuldner errichteten Heizwerks keine Grundstücksnutzung); BGH NJW 1992, 892 (Gebrauchsvorteile, die auf werterhöhenden Investitionen des Schuldners beruhen – hier: Fertigstellung eines Gebäudes – keine herauszugebende Grundstücksnutzung).

⁶⁴⁵ BGHZ 55, 128 (betraf Erschleichung einer Flugreise nach New York; der blinde Passagier wurde von den Einwanderungsbehörden zurückgewiesen und nach Deutschland zurückgebracht).

gezogen habe und dies nach der Verkehrsübung nicht hätte geschehen können, ohne den Verletzten in Form eines Entgelts daran zu beteiligen.⁶⁴⁶

Wenn sich der Verletzer gegenüber dem Anspruch auf Ersatz des objektiven Wertes des Gebrauchs bei Immaterialgüterrechtsverletzung überhaupt nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen könnte, stünde das allerdings im Widerspruch zu den sonst geltenden Grundsätzen, auch in Bezug auf erlangte, nicht gegenständliche Gebrauchsvorteile: Grundsätzlich gilt auch dafür der oberste Grundsatz des Bereicherungsrechts, wonach die Herausgabepflicht des gutgläubigen Bereicherten keinesfalls zu einer Verminderung seines Vermögens über den Betrag der wirklichen Bereicherung hinaus führen darf. Daher haftet jedenfalls der gutgläubige Empfänger, der durch das von ihm Empfangene von vornherein nicht bereichert wird, überhaupt nicht nach §§ 812ff. BGB.⁶⁴⁷ Auch Vermögensdispositionen, die ein gutgläubiger Bereicherungsschuldner im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs getroffen hat, werden in sonstigen Fällen berücksichtigt, und er kann grundsätzlich auch geltend machen, dass er durch den unentgeltlichen Gebrauch sein Betriebsergebnis nicht verbessern konnte, sofern er dies redlicherweise erwarten durfte.⁶⁴⁸

Differenzierend hat sich der BGH in einer neueren Entscheidung zum Patentrecht geäußert:

„Das Berufungsgericht weist [...] zutreffend darauf hin, dass [§ 818 Abs. 3] bei Patentverletzungen kaum jemals eingreifen wird, weil das Erlangte im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB in dem Gebrauch des Schutzgegenstandes besteht, der als solcher nicht wieder herausgegeben werden kann, so dass der Verletzer Wertersatz in Form einer angemessenen Lizenzgebühr zu leisten hat. Diese Lizenzgebühr hat der Verletzer erspart; ein Wegfall dieser durch die Ersparnis erzielten Bereicherung wird allenfalls unter ganz besonderen Umständen in Betracht kommen können (Benkard aaO, § 139 Rn. 86).“⁶⁴⁹

⁶⁴⁶ Vgl. bereits RGZ 97, 310, 312 (Gleisbaufall). Für das Persönlichkeitsrecht BGHZ 20, 349, 355 („Paul Dahlke“); BGH NJW 1979, 2205, 2206 („Fußballtorwart“); BGH GRUR 1987, 128; BGH GRUR 1992, 557 („Talkmaster-Foto“).

⁶⁴⁷ BGHZ 55, 128 (Flugreise).

⁶⁴⁸ BGHZ 132, 198 unter III. (Konzessionsabgabe).

⁶⁴⁹ BGHZ 146, 217 unter II. 1. b) am Ende.

Danach bleibt rätselhaft, welches nun konkret derartige „ganz besondere Umstände“ sein könnten, die die Bereicherung wegfallen lassen können. Die Möglichkeit des Wegfalls der Bereicherung wird aber auch nicht kategorisch ausgeschlossen.⁶⁵⁰

ee) Verwirkung

Der Bereicherungsanspruch kann durch längere Untätigkeit des Verletzten trotz Kenntnis von der Verletzung verwirkt werden, und zwar gerade auch gegenüber gutgläubigen Verletzern.⁶⁵¹

b) Literatur

Im Ergebnis unterscheiden sich die Ansichten in der Literatur danach, ob für einen Anspruch auf objektiven Wertersatz oder für eine Gewinnhaftung eingetreten wird.

aa) Wertersatz

Überwiegend wird die Ansicht der Rechtsprechung geteilt, wonach das erlangte Etwas der Gebrauch des Rechts ist und, da dieser nicht herausgegeben werden kann, nach § 818 Abs. 2 BGB Ersatz des objektiven Wertes des Gebrauchs zu leisten ist.⁶⁵²

⁶⁵⁰ Damit besteht ein deutlicher Unterschied zu der etwa von dem Berufungsgericht in der Flugreise-Entscheidung vertretenen Ansicht, wonach der Wegfall der Bereicherung bei der Erlangung nicht gegenständlicher Gebrauchsvorteile stets „begrifflich ausgeschlossen“ sei, weil die tatsächliche Nutzung nicht rückgängig gemacht werden könne, vgl. BGHZ 55, 128 unter II. 2. und auch BGHZ 20, 345, 355 (von der letzteren Entscheidung distanziert sich der oben vom BGH zitierte Benkard-Rogge § 139 Rn. 86).

⁶⁵¹ BGHZ 146, 217.

⁶⁵² Z. B. Rogge FS Nirk 929, 933; Sack in FS Hubmann 373, 380f.; Staudinger-Lorenz § 818 Rn. 29; Brandner GRUR 1980, 359, 360; Ullmann GRUR 1978, 615, 620; Dreier, Kap. 10 III; Ellger, Kap. II § 13 III. 2. b), S. 328ff.; Larenz/Canaris Schuldrecht BT II/2 § 72 III 3 c), S. 278f. (der irrig annimmt, eine von der Rspr. abweichende Ansicht zu vertreten); Reuter/Martinek, § 15 II 2 und 3, S. 536ff. (aus Gründen des Rechtsgüterschutzes entweder der objektive Wert oder ersparte Aufwendungen herauszugeben, je nachdem, welches der höhere Betrag ist); Beuthien/Schmölz, S. 45ff.; Beuter, D. VI., S. 180ff.

bb) **Gewinnhaftung**

Nachfolgend wird zunächst auf die unterschiedlichen dogmatischen Begründungen einer bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung eingegangen und danach auf Stellungnahmen zum konkreten Umfang eines Gewinnherausgabeanspruchs.

(1) **Dogmatische Begründungsansätze**

Zum Teil wird eine Gewinnhaftung damit begründet, dass der Gewinn das „Erlangte“ i. S. d. § 812 BGB sei.⁶⁵³ Die grundlegende Wertung der §§ 812, 818 BGB sei, dass aller Eingriffserwerb herauszugeben sei, weil der Kondizient nach § 818 Abs. 3 BGB auch das Risiko trage, dass der Eingriff keinen Gewinn einbringe.⁶⁵⁴

Andere gelangen zu einer Gewinnhaftung, indem sie wie die Rechtsprechung den Gebrauch des Rechts als primär „erlangt“ ansehen, dann aber dessen herauszugebenden Wert (§ 818 Abs. 2 BGB) nicht objektiv, sondern subjektiv, aus Sicht des Bereicherten, bestimmen.⁶⁵⁵ Von denjenigen, die für eine objektive Bemessung des Wertersatzes eintreten, sind wiederum einige der Ansicht, durch den erlangten Gebrauch erzielte Erträge, die über den Betrag dieses objektiven Wertersatzes hinausgehen, seien gemäß § 818 Abs. 1 BGB als Nutzung herauszugeben.⁶⁵⁶

Gegen alle Auffassungen, die zu einer Gewinnhaftung gelangen, wird eingewandt, dass aus § 687 BGB der Umkehrschluss gezogen werden müsse, dass eine Haftung auf den Eingriffserwerb ausschließlich bei wissentlichem Handeln des Eingreifers eingreifen soll.⁶⁵⁷ Dieses gesetzssystematische Argument wird wiederum bekämpft durch andere, die darauf hinweisen, dass das Verhältnis von § 687 und 812ff. BGB von den Gesetzesverfassern gar nicht vollständig durchdacht und ver-

⁶⁵³ So vor allem Vertreter der Rechtswidrigkeitstheorie, die meinen, die mittels rechtswidriger Handlung erlangten Vermögensvorteile gebührten dem Kondizienten; dem Verletzer sei abzunehmen, was er ohne die Rechtsverletzung nicht hätte; Schulz AcP 105 [1909] 1, 64ff.; Jakobs S. 72f. (er zieht eine Parallele zu § 816 BGB); Koppensteiner/Kramer § 16 II 1; Haines, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb, S. 109ff. Für eine Gewinnhaftung aber auch Wilburg, S. 122ff.

⁶⁵⁴ Haines, S. 118f.

⁶⁵⁵ Z. B. Erman/Westermann/Buck 818 Rn. 17.

⁶⁵⁶ MünchKomm-BGB-Lieb § 818 Rn. 18ff.; Brandner GRUR 1980, 360ff.

⁶⁵⁷ v. Caemmerer FS Rabel 333, 359 (der ausnahmsweise bei Immaterialgüterrechtsverletzungen fahrlässiges Verhalten genügen lassen will); Beuthien/Schmölz, S. 45ff.

standen wurde.⁶⁵⁸ Ein praxisbezogener Einwand, der gegen die Gewinnhaftung vorgebracht wird, ist, dass der Verletzergewinn nicht „auf Kosten“ des Verletzten erlangt sei, wenn dieser gar nicht in der Lage gewesen wäre, die Kosten der Markteinführung aufzubringen.⁶⁵⁹ Dabei wird aber übersehen, dass der Gewinnherausgabeanspruch nach der Rechtsprechung gerade nicht davon abhängt, dass der Verletzte den vom Verletzer erzielten Gewinn selbst hätte erzielen können. Weiter wird gegen die Begründung der Gewinnhaftung über § 818 Abs. 1 BGB vorgebracht, Nutzungen könnten nach dem Wortlaut des Gesetzes nur aus „erlangten“ Sachen oder Rechten gezogen werden, der Immaterialgüterrechtsverletzer „erlange“ das verletzte Recht aber nicht, sondern gebrauche es nur.⁶⁶⁰

Canaris schließlich befürwortet bei bestimmten vorsätzlichen Persönlichkeitsrechtsverletzungen eine Gewinnhaftung.⁶⁶¹ Zu den allgemeinen Vorschriften im Sinne der §§ 818 Abs. 4, 819 BGB gehöre auch § 281 BGB a. F. (nach der Schuldrechtsreform von 2002 § 285 BGB).⁶⁶² Die Herausgabe des Geschuldeten – der Nutzung des Persönlichkeitsdetails der Verletzten – entfalle gemäß § 275 BGB, weil sie unmöglich sei. § 281 a. F. erfasse auch das rechtsgeschäftlich erlangte Surrogat, das *commodum ex negotiatione*.⁶⁶³ Allerdings muss zwischen dem Gegenstand, der nicht mehr geleistet werden kann, und dem Surrogat Identität bestehen.⁶⁶⁴ Nach Ansicht von *Canaris* stellt der vom Verletzer erlangte Gewinn in Persönlichkeitsrechtsverletzungsfällen das Surrogat der Persönlichkeitsrechtsnutzung dar, sofern der Gewinn nur auf Grund der Nutzung des Persönlichkeitsrechts gemacht wurde. Dies wiederum hält *Canaris* für gegeben, wenn die Regenbogenpresse die Privatsphäre eines Prominenten verletzt, nicht jedoch, wenn Persönlichkeitsdetails für Reklamezwecke verwendet werden.⁶⁶⁵

⁶⁵⁸ Reichard AcP 193 [1993] 568.

⁶⁵⁹ von der Osten GRUR 1998, 284.

⁶⁶⁰ Ebert ZIP 2002, 2296, 2298.

⁶⁶¹ Seine Überlegungen würde im Fall ihrer Richtigkeit m. E. auch bei Verletzungen „geistigen Eigentums“ gelten.

⁶⁶² BGHZ 75, 203, 205ff.

⁶⁶³ *Canaris* FS Deutsch S. 92; vgl. BGHZ 75, 203 (Verkauf fremder Sache). – *Canaris* plädierte für die Anwendung des § 281 a. F., obwohl die Anwendung dieser Vorschrift auf die anfängliche objektive Unmöglichkeit umstritten war; es wurde eingewandt, dass § 306 BGB a. F. Vorrang habe. § 306 a. F. wurde im Zuge der Schuldrechtsreform 2002 gestrichen.

⁶⁶⁴ Palandt-Heinrichs § 285 Rn. 7.

⁶⁶⁵ *Canaris* FS Deutsch S. 96.

(2) Zum Umfang des Anspruchs

Strittig ist außerdem, inwieweit und ggf. wie zu berücksichtigen sein soll, dass neben der Verwendung des fremden Rechts weitere Faktoren zur Gewinnerzielung beigetragen haben. Manche, wie *Fritz Schulz*, wollen nur berücksichtigen, ob der Verletzer auch eigene oder weitere fremde Rechte gebraucht hat; andere, z. B. *Wilburg*, wollen auch den Einsatz besonderer Fähigkeiten des Verletzers berücksichtigen. Letzterer wollte den Gewinn ggf. mittels der Ertragsfaktorenrechnung aufteilen. Danach ist zu ermitteln, inwieweit die Verwendung des geschützten Rechtsguts und sonstige Faktoren jeweils zum Gewinn beigetragen haben, und der Gewinn ist dann im Verhältnis der Beitragswerte aufzuteilen.⁶⁶⁶ Demgegenüber halten es *Schulz*, *Jakobs*, *Haines* und *Reuter/Martinek* nicht für möglich, einen Gewinn verhältnismäßig auf einzelne Ertragsfaktoren zurückzuführen.⁶⁶⁷ Wenn mehrere Ursachen *condicio sine qua non* für einen Erfolg seien, könne nicht bestimmt werden, in welchem Verhältnis sie zu ihm beigetragen hätten, wie schon *John Stuart Mill* festgestellt habe.⁶⁶⁸ Die volkswirtschaftliche Zurechnungslehre habe dies zwar versucht, diese sei jedoch von dem unzutreffenden Ansatz ausgegangen, dass die Produktionskosten die Preise der Endprodukte bestimmten und sich daher auch umgekehrt der Gewinn wieder auf einzelne Produktionsfaktoren zurückführen lasse. Die neueren ökonomischen Theorien, die sich allein darauf konzentrierten, die kostengünstigste Zusammensetzung von Produktionsfaktoren zu ermitteln, seien für die Errechnung des nach § 812 herauszugebenden Gewinns ungeeignet, da sie nicht bezweckten festzustellen, was dem einzelnen Produktionsfaktor gebühre.⁶⁶⁹ *Schulz* und *Jakobs* wollen hilfsweise §§ 946ff. BGB analog anwenden. Es sei festzustellen, ob die Verwendung des fremden Rechts bei der Produktion des rechtsverletzenden Produkts „die Hauptsache“ darstelle. Wenn das der Fall sei, stehe der Ertrag dem Verletzten zu, und der Verletzer könne nur seinen Aufwand in Abzug bringen; für etwa benutzte eigene Patente stehe ihm eine Lizenzgebühr zu. Sei das verletzte Patent dagegen nur die Nebensache, sei der Verletzte mit einer „durchschnittlichen Lizenzgebühr“ abzufinden.⁶⁷⁰ *Haines* will da-

⁶⁶⁶ Wilburg, S. 128ff.; MünchKomm-BGB-Lieb 818 Rn. 21ff.; Erman/Westermann/Buck 818 Rn. 20, 29.

⁶⁶⁷ Schulz AcP 105 [1909] 1, 109f.; Jakobs, S. 124f.; Haines, S. 125ff.

⁶⁶⁸ Principles of Political Economy, Book I, Chapter 1, Abschnitt 3: „When two conditions are equally necessary for producing the effect at all, it is unmeaning to say that so much of it is produced by one and so much by the other; it is like attempting to decide which half of a pair of scissors has most to do in the act of cutting; or which of the factors, five and six, contributes most to the production of thirty.“ Mill kritisiert hier andere Autoren, die eine Aussage darüber machen wollten, wie groß jeweils der Anteil der Natur an unterschiedlichen Produktionszweigen (Landwirtschaft gegenüber Industrie) sei. Dieser sei inkommensurabel.

⁶⁶⁹ Jakobs, S. 125, Haines, S. 125ff.

⁶⁷⁰ Schulz AcP 105 [1993] 1, 118f.; zust. Jakobs, S. 126ff.

gegen die Vermögenslage des Verletzers mit derjenigen vergleichen, die sich ohne die Verletzung für ihn ergeben hätte, und die Differenz als den Gewinn betrachten; danach sind eine etwaige Kostenersparnis sowie der Umstand zu berücksichtigen, dass sich die Nachfrage infolge der Verletzung (z. B. durch die Benutzung eines berühmten Warenzeichens) erhöht hat.⁶⁷¹ Folgerichtig gelangt er für den Fall, dass für das vom Eingreifer verwendete Gut ein Marktpreis besteht, zu einem Anspruch auf das übliche Entgelt.⁶⁷²

Demgegenüber widerspricht z. B. *Lieb* der Annahme, der Gewinn lasse sich nicht verhältnismäßig auf einzelne Ertragsfaktoren zurückführen. Anders als etwa *Jakobs* hält er die Ermittlung des Wertes der einzelnen Produktionsfaktoren (und damit auch deren Verhältnis zueinander), die sich „ganz selbstverständlich“ aus den Überlegungen zur Kostendeckung ergibt, „zwanglos“ für geeignet, auch die Basis für die Festsetzung des darauf entfallenden Gewinnanteils zu bilden.⁶⁷³ Dagegen konzedierte *Wilburg*, der grundsätzlich die Gewinnaufteilung nach Beitragswerten „nach den Grundsätzen des praktischen Lebens“ für möglich hielt⁶⁷⁴, dass es Fälle geben könne, in denen dies unmöglich oder zu aufwändig sei. In diesen Fällen plädierte auch er dafür, den Anspruch anhand der ortsüblichen Vergütung zu bestimmen, die der freie Rechtsverkehr für bestimmte Vermögensverschiebungen herausgebildet habe.⁶⁷⁵ Seine Begründung hierfür verdient besondere Aufmerksamkeit, da sie auf den Zusammenhang zwischen objektivem Wert und Gewinn verweist:

„Die angemessene Vergütung bedeutet eine Beteiligung am Verwendungserfolg; sie ist ja bestimmt, den Vorteil einer Vermögensverschiebung beiden Teilen zukommen zu lassen. Die Preisbildung erfolgt denn auch typisch so, dass Käufer und Verkäufer aus dem Geschäft gewinnen sollen. Andererseits liegt im verhältnismäßigen Gewinnanteil wieder eine Erkenntnisform des angemessenen Entgelts. Je nach Lage des einzelnen Falles erscheint bald der eine, bald der andere Gesichtspunkt als besser verwendbar.“⁶⁷⁶

⁶⁷¹ Haines, S. 128ff. Einen Unternehmerlohn könne der Verletzer jedoch nicht als Kosten ansetzen, S. 134.

⁶⁷² Haines, S. 136ff.

⁶⁷³ MünchKomm-BGB-Lieb, § 818 Rn. 21.

⁶⁷⁴ Wilburg, S. 131.

⁶⁷⁵ Wilburg, S. 133ff.

⁶⁷⁶ Wilburg, S. 136.

Das deutsche Fallmaterial ist zu spärlich, um die hier theoretisch diskutierten Schwierigkeiten zu illustrieren. Darum sei bereits hier auf die Versuche der englischen Rechtsprechung verwiesen, den Gewinn nach den „Grundsätzen des praktischen Lebens“ aufzuteilen.⁶⁷⁷

cc) Wegfall der Bereicherung

Z. T. wird angenommen, dass der Wegfall der Bereicherung ausgeschlossen sei, weil die Nutzung des fremden Rechts nachträglich nicht ungeschehen gemacht werden kann.⁶⁷⁸ Andere wollen dem gutgläubigen Verletzer den Einwand des Wegfalls der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) gestatten.⁶⁷⁹ *Mestmäcker* tritt für eine Abwägung der widerstreitenden Belange der Parteien im Einzelfall ein.⁶⁸⁰

Die Anhänger der Gewinnhaftung erörtern die Frage der Ausweichmöglichkeiten des Verletzers z. T. erst im Zusammenhang mit dem Wegfall der Bereicherung. So folgert *Jakobs* aus § 818 Abs. 3 BGB, dass dem gutgläubigen Bereicherungsschuldner dieser Einwand in weitem Umfang zu gestatten sei. Er könne zum einen geltend machen, dass ihm eine rechtmäßige Alternative zur Erzielung desselben Ergebnisses zur Verfügung stand; ggf. bestehe sein Gewinn dann in den Kosten, die er hätte aufwenden müssen, um sich eine entgeltliche Lizenz für ein Alternativverfahren zu verschaffen.⁶⁸¹ Das dürfte in vielen Fällen zu der Begrenzung des Anspruchs auf eine angemessene Lizenzgebühr – für die Nutzung des verletzten Rechts, falls anzunehmen ist, dass der Verletzte einen Lizenzvertrag abgeschlossen hätte, oder für eine etwaige Alternative – führen. *Jakobs* gestattet dem gutgläubigen Bereicherungsschuldner darüber hinaus auch den Einwand, dass er seine Betriebsmittel für eine andere Produktion hätte einsetzen und so Gewinn in gleicher Höhe hätte erzielen können.⁶⁸²

⁶⁷⁷ Teil 4 D. III.

⁶⁷⁸ Z. B. Ellger, Kap. III § 16 IX. 5. a), S. 477.

⁶⁷⁹ MünchKomm-BGB-Lieb, § 812 Rn. 313 (in Bezug auf Einbaufälle); § 818 Rn. 12–17, 50f., 147; Sack in FS Hubmann 373, 381ff. (bei unwissentlicher Verletzung Haftung auf den erzielten Gewinn beschränkt, wenn dieser unter der angemessenen Lizenzgebühr liegt); Delahaye GRUR 1985, 859.

⁶⁸⁰ JZ 1958, 521, 524.

⁶⁸¹ Insoweit ebenso MünchKomm-BGB-Lieb, § 818 Rn. 24

⁶⁸² *Jakobs*, S. 129ff., besonders 143, ebenso *Haines*, S. 149; *Koppensteiner/Kramer* § 14 II 2 a, S. 135. – A. A. *Schulz AcP* 105 [1909], 1, 114ff.: Die Frage, ob und ggf. welchen Gewinn der Verletzer durch einen anderweitigen Einsatz seines Betriebs hätte erzielen können, sei in der Praxis nicht beantwortbar und das Argument sei außerdem nach der Konzeption des BGB nicht beachtlich.

E. Zinsen

Die Vorschriften über Verzugs- und Prozesszinsen wurden 2000 und 2002 geändert, zuletzt im Zuge der Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie 2000/35/EG vom 29.06.2000. Nachfolgend wird die Rechtslage unter Berücksichtigung dieser Änderungen dargestellt. Soweit sich Forderungen aus Sachverhalten aus der Zeit vor Inkrafttreten dieser Änderungen ergeben, können andere Zinssätze anwendbar sein.⁶⁸³

I. Prozesszinsen

Ab Rechtshängigkeit (oder, falls die Fälligkeit erst nach der Rechtshängigkeit eintritt, ab Fälligkeit) einer Forderung ist sie mit mindestens fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen (§§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2).

Einen höheren Regelzinssatz von 8 % über dem Basiszinssatz sieht § 288 Abs. 2 BGB für Entgeltforderungen aus Rechtsgeschäften vor, an denen kein Verbraucher beteiligt ist. Es ist denkbar, dass diese Vorschrift analog auf die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ anzuwenden ist (s. dazu im Einzelnen unten 2.).

Der Gläubiger kann höhere Zinsen als den Regelzinssatz nach § 288 Abs. 1 oder 2 verlangen, wenn er einen höheren Schaden nachweist (§ 288 Abs. 3 BGB). Ein höherer Schaden kann ihm z. B. dadurch entstanden sein, dass er Kredit zu höherem Zinssatz aufnehmen musste, weil ihm das geschuldete Geld nicht zur Verfügung stand.

Zinseszinsen können unter keinen Umständen verlangt werden (§§ 291, 289 BGB).

⁶⁸³ Zum Übergangsrecht Palandt-Sprau § 288 BGB Rn. 1.

II. Sonstige Zinsen auf Schadensersatzforderungen

1. Grundsatz

Ab dem Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger den Schuldner (meist durch Mahnung) in Verzug gesetzt hat, haftet dieser auf die gleichen Zinssätze, die auch für die Zeit nach Rechtshängigkeit gelten (s. o. I.)). Zinseszinsen sind in keinem Fall geschuldet (§ 289 BGB).

§ 849 BGB sieht vor, dass eine Summe, die als Ersatz für die Entziehung einer Sache zu zahlen ist, ab dem Zeitpunkt, der der Bestimmung des Wertes der Sache zu Grunde gelegt wird, mit dem gesetzlichen Zinssatz von 4% (§ 246 BGB) zu verzinsen ist. Diese Vorschrift ist jedoch ausschließlich auf Fälle anzuwenden, in denen der Gläubiger endgültig die Substanz und Nutzbarkeit der Sache einbüßt, nicht dagegen auf andere Beträge, die wegen der Entziehung oder Beschädigung einer Sache geschuldet werden⁶⁸⁴, nicht allgemein auf Schadensersatzansprüche⁶⁸⁵ und auch nicht auf Verletzungen gewerblicher Schutzrechte⁶⁸⁶.

Demnach sind für die Zeit vor Eintritt des Verzugs grundsätzlich keine Zinsen zu zahlen. Der BGH hat auch die Ersatzfähigkeit von Kreditzinsen verneint, die der Verletzte in Folge des Gewinnentgangs vor Eintritt des Verzuges aufgewendet hat.⁶⁸⁷

2. Besondere Grundsätze bei der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“

Wie bereits oben C. III. 2. b) erwähnt, gelten für die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ insofern besondere Grundsätze, als auf den nach der Lizenzgebühr berechneten Schadensersatzbetrag ein Zinszuschlag erhoben wird: Um zu verhindern, dass der Verletzer günstiger steht als ein rechtmäßiger Lizenznehmer, der üblicherweise in regelmäßigen Abständen während der Vertragslaufzeit Lizenzgebühren abführt, werden über den Verletzungszeitraum fiktive Abrech-

⁶⁸⁴ BGH LM Nr. 2 zu § 849 BGB.

⁶⁸⁵ BGH v. 28.09.1993 – III ZR 91/92 – BGHR BGB § 849 Entziehung 1.

⁶⁸⁶ BGHZ 82, 310, 319ff. („Fersenabstützvorrichtung“); für eine analoge Anwendung des § 849 BGB dagegen Dreier, *Kompensation und Prävention*, Kap. 8 I. 3., S. 247f.

⁶⁸⁷ BGH GRUR 1980, 841, 843 („Tolbutamid“, in BGHZ insoweit nicht abgedruckt).

nungszeitpunkte festgesetzt und die auf den entsprechenden Zeitraum entfallenden „Lizenzbeträge“ jeweils ab diesem Zeitpunkt verzinst. Diese Regelung ist neben den sonstigen Zinsansprüchen anwendbar, jedoch nicht kumulativ zu diesen.⁶⁸⁸

Der angewendete Zinssatz lag zunächst bei 5%, nach einer Änderung der (freilich nicht direkt anwendbaren) Verzugszinssätze bei 3,5–4% über dem Referenzzinssatz. Nach Ansicht von *Keukenschrijver* richtet sich die Höhe des anzuwendenden Zinssatzes heute nach § 288 Abs. 3 BGB n. F.⁶⁸⁹ Da es sich dabei jedoch nicht um eine Entgeltforderung handelt, sondern um eine Schadensersatzforderung, kann § 288 Abs. 3 BGB allenfalls analog anwendbar sein. Die dafür erforderliche Vergleichbarkeit der Interessenlage könnte sich aus Sicht des BGH daraus ergeben, dass der Schuldner in Bezug auf die genaue Höhe der Lizenzgebühr einem vertraglichen Lizenznehmer möglichst gleich zu stellen ist⁶⁹⁰. Allerdings hat der BGH in letzter Zeit mehrfach darauf hingewiesen, dass die Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr nicht mit einem faktischen Vertrag zwischen den Parteien gleichzusetzen sei.⁶⁹¹ Eine Entscheidung der Frage bleibt daher abzuwarten.

III. Sonstige Zinsen auf Bereicherungsforderungen

Bei Bereicherungsforderungen ist zwischen dem gutgläubigen Bereicherungsschuldner und dem wissentlich handelnden bzw. verklagten Bereicherungsschuldner zu unterscheiden.

1. Der gutgläubige Bereicherungsschuldner

a) Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB (Rechtsprechung)

Der Bereicherungsanspruch richtet sich nach ständiger Rechtsprechung auf Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB für den Gebrauch des verletzten Rechts bzw. der Rechtsposition.

⁶⁸⁸ Vgl. BGHZ 82, 310, 319ff. („Fersenabstützvorrichtung“).

⁶⁸⁹ Busse/Keukenschrijver, § 139 PatG Rn. 156.

⁶⁹⁰ S. o. C. III. 2. c).

⁶⁹¹ S. u. G. II. 1.

Grundsätzlich sind Summen, die nach § 818 Abs. 2 BGB als Wertersatz für eine Gebrauchsmöglichkeit zu zahlen sind, nicht zu verzinsen; auch Wertsteigerungen braucht der gutgläubige Bereicherungsschuldner nicht herauszugeben.⁶⁹² Bei der Berechnung der Bereicherungslizenz weicht die Rechtsprechung von diesem Grundsatz ab, indem sie die Beträge auf gleiche Weise und mit derselben Begründung wie die Schadensersatzlizenz verzinst.⁶⁹³

Der in Verzug gesetzte Bereicherungsschuldner haftet daneben, aber nicht kumulativ nach § 288 BGB (s. o. I.), es sei denn, er befindet sich weiterhin in einem entschuldbaren Rechtsirrtum über die Begründetheit der Forderung (§ 286 Abs. 4 BGB).

b) Bei Gewinnherausgabeanspruch (M. M.)

In der Literatur wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass der Bereicherungsanspruch den vom Verletzer erzielten Gewinn umfasst. Ist die Herausgabe einer Geldsumme geschuldet, sind die Vorteile aus dem Gebrauch der Summe gemäß §§ 818 Abs. 1, 100 BGB als Nutzungen herauszugeben, d. h. entweder die seit Entstehung des Bereicherungsanspruchs tatsächlich vom Schuldner erzielten Zinsen⁶⁹⁴ oder Kreditzinsen, die der Schuldner dadurch erspart hat, dass er mit dem Geld einen Kredit getilgt hat⁶⁹⁵. Der Anspruch geht dem Anspruch auf Prozesszinsen vor.⁶⁹⁶

2. Der wissentlich handelnde oder verklagte Bereicherungsschuldner

Der wissentlich handelnde oder verklagte Bereicherungsschuldner haftet nicht nur auf Herausgabe der tatsächlich gezogenen Nutzungen, sondern auch auf Herausgabe der schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen (§§ 292 Abs. 2, 987 BGB). Dies kommt jedoch nicht zum Tragen, wenn man mit der Rechtsprechung annimmt, dass der Verletzer ausschließlich auf Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 haftet.

⁶⁹² Dagegen Koppensteiner NJW 1971, 588; dagegen wiederum Palandt-Sprau § 818 Rn. 26.

⁶⁹³ S. o. D. IV. 2. a) bb) sowie E. I. 2. b).

⁶⁹⁴ BGH WM 1991, 1983 unter II. 2.; BGH NJW 1998, 2529.

⁶⁹⁵ BGHZ 138, 160.

⁶⁹⁶ BGH NJW 1998, 2529.

Die Bereicherungsforderung ist ab ihrer Entstehung mit dem in § 291 BGB (dazu oben I.) vorgesehenen Zinssatz zu verzinsen. Falls aus anderen Gründen bereits Zinsen zuzusprechen sind, werden die Prozesszinsen gemäß § 291 BGB nicht zusätzlich gewährt.

IV. Zinsen gemäß §§ 687 Abs. 2, 681, 668 BGB

Bei direkter Anwendung des § 687 Abs. 2 BGB hat der Herausgabepflichtige Geld, das er für sich verwendet hat, statt es dem Geschäftsherrn abzuliefern, von dem Zeitpunkt der Verwendung an zu verzinsen (§§ 687 Abs. 2, 681, 668 BGB). Eine Eigenverwendung in diesem Sinne liegt vor, wenn der Geschäftsführer das Geld zu eigenen Zwecken oder für Zwecke eines Dritten verwendet hat.⁶⁹⁷ Darauf, ob der Geschäftsführer dadurch einen Vorteil erzielt hat, kommt es ebenso wenig an wie auf die Frage, ob dem Geschäftsherrn durch die Vorenthaltung des Geldes ein Schaden entstanden ist: Anzuwenden ist der allgemeine gesetzliche Zinssatz von 4% (§ 246 BGB), unter Kaufleuten möglicherweise 5% (§ 352 Abs. 1 Satz 1 BGB, der allerdings direkt nur für Handelsgeschäfte gilt).⁶⁹⁸

Nach der Erhöhung der Verzugs- und Prozesszinsen aus §§ 288, 291 BGB durch die Gesetze zur Beschleunigung fälliger Zahlungen ist der sich im Rahmen des § 668 BGB ergebende Zinsanspruch freilich vergleichsweise gering. Der Anspruch könnte jedoch für die Verzinsung von Gewinnen wissentlich handelnder Verletzer vor Eintritt des Verzuges weiterhin eine Rolle spielen. Das Reichsgericht hat § 668 BGB (analog) angewandt.⁶⁹⁹ Zinseszinsen hat es jedoch auch nicht gewährt:

„Dagegen stehen die Gewinne, welche die [Verletzerin] in weiterer Tätigkeit aus dem nicht ausgeschütteten Gewinne gezogen hat, nicht mehr in ursächlichem Zusammenhang mit der Verletzung und daher nicht mehr in Beziehung zu dem Schaden, der dem Beklagten erwachsen ist.“⁷⁰⁰

⁶⁹⁷ Staudinger-Wittmann, 13. Bearbeitung 1995, § 668 Rn. 2.

⁶⁹⁸ Staudinger-Wittmann, 13. Bearbeitung 1995, § 668 Rn. 3.

⁶⁹⁹ RGZ 130, 108, 114.

⁷⁰⁰ RGZ 130, 108, 114.

F. Konkurrenzen

Die nachfolgenden Abschnitte befassen sich nur mit dem Verhältnis zwischen Ansprüchen, die aus unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen hergeleitet werden. Zum Verbot der „Verquickung“ unterschiedlicher Schadensberechnungsmethoden siehe Abschnitt C.

I. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

Deliktische Ansprüche und bereicherungsrechtliche Ansprüche stehen normalerweise nebeneinander; insbesondere ist der Bereicherungsanspruch nicht gegenüber dem deliktischen Anspruch subsidiär.⁷⁰¹

In der „Tolbutamid“-Entscheidung erklärte der BGH, die Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr und der Bereicherungsausgleich seien deckungsgleich, und

„die Geltendmachung eines darüber hinausgehenden Schadens, zum Beispiel eines die angemessene Lizenz überschreitenden entgangenen Gewinns[, ist] nicht ausgeschlossen [...], aber andererseits [dürfen] zur Begründung der Lizenzhöhe Umstände, die nicht den Umfang der Bereicherung, sondern nur die Schadenshöhe betreffen, nicht herangezogen werden [...]“.⁷⁰²

Diese Vorgehensweise hat sich jedoch nicht durchgesetzt, obwohl der BGH sich nie ausdrücklich von der Entscheidung distanziert hat. Heute gilt faktisch, dass der Verletzte weder neben „konkretem entgangenen Gewinn“ noch der „Schadensberechnung nach dem Verletzererfolg“ eine angemessene Lizenzgebühr verlangen darf, gleich ob aus Schadensersatz- oder Bereicherungsrecht.

⁷⁰¹ Vgl. statt aller Palandt-Thomas Rn. 10 vor § 812. Vgl. auch § 852 BGB.

⁷⁰² BGHZ 77, 16, 25 („Tolbutamid“). Ausführlicheres Zitat oben B. IV. 2. d).

II. Persönlichkeitsrechte

Hinsichtlich eines materiellen Schadens gilt das Gleiche wie im gewerblichen Rechtsschutz. Ansprüche auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens bestehen ggf. nebeneinander:

„[D]er Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens besteht gegebenenfalls selbständig neben demjenigen auf Ersatz des Vermögensschadens und muß auch selbständig und ausdrücklich neben den Ansprüchen auf Ersatz des Vermögensschadens geltend gemacht werden, wobei allerdings eine Klage auf Feststellung der gesamten Schadensersatzpflicht ihn umfassen würde (...).“⁷⁰³

Nach einer Entscheidung des OLG München kann ein Bereicherungsanspruch auf eine angemessene Lizenzgebühr neben dem Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens geltend gemacht werden, und zwar auch dann, wenn es sich bei der Verletzung um eine Nutzung eines fremden Persönlichkeitsrechts handelt, die der Verletzte nicht gestattet hätte.⁷⁰⁴

⁷⁰³ BGHZ 30, 7, 18 („Caterina Valente“); Beispiel für Nebeneinander materiellen und immateriellen Schadens durch Persönlichkeitsverletzung: BGH GRUR 1997, 233 („Gynäkologe“; Ersatz des Nichtvermögensschadens sowie eines konkreten entgangenen Gewinns).

⁷⁰⁴ OLG München WRP 1995, 744 („Telefonsex-Foto“); ebenso Canaris FS für Deutsch S. 98f; Götting S. 282f.

G. Mehrheiten von Verletzern oder Verletzten: Ausgewählte Probleme

I. Mehrheiten von Verletzten: Situation bei Vergabe von Lizenzen

In Bezug auf Gläubigermehrheiten soll lediglich auf Konstellationen eingegangen werden, die beim Vorhandensein von Lizenznehmern entstehen; auch insoweit kann auf prozessuale Einzelheiten nicht eingegangen werden.

Ausschließlichen Lizenznehmern, d. h. solchen, die die Befugnis besitzen, das Recht „innerhalb eines sicher umgrenzten Bereichs, auf einem bestimmten Marktgebiet unter Ausschluss anderer Wettbewerb allein auszubeuten“⁷⁰⁵, stehen stets eigene Schadensersatzansprüche zu, die sie auch selbst geltend machen können. Mit der Entscheidung „NENA“ erkannte der BGH diese Möglichkeit auch dem ausschließlichen Lizenznehmer eines Künstlernamens zu.⁷⁰⁶ Einem einfachen Lizenznehmer dagegen verweigert die Rechtsprechung einen Schadensersatzanspruch grundsätzlich mit der Begründung, seine Rechtsstellung sei von vornherein ungesichert, da auch der Inhaber des Rechts den Umsatz des einfachen Lizenznehmers jederzeit durch Vergabe weiterer Lizenzen schmälern könne.⁷⁰⁷ Außerdem könnten durch eine Verletzungshandlung regelmäßig alle Nutzungsberechtigten geschädigt sein, so dass der Umfang des dem einzelnen Lizenznehmer erwachsenen Schadens niemals sicher abgegrenzt werden könne.⁷⁰⁸ Schließlich solle auch nicht jeder einfache Lizenznehmer einen angeblichen Verletzer mit einer Unterlassungsklage überziehen können.

Immerhin hat die Rechtsprechung in Sonderfällen eine Drittschadensliquidation zugelassen, d. h. die Liquidierung eines ausnahmsweise doch konkretisierbaren Schadens eines einfachen Lizenznehmers durch den Lizenzgeber, der ihn an den Lizenznehmer weiterleitet. In der Entscheidung „Abstandshalterstopfen“ hatte der Rechtsinhaber eine ausschließliche Lizenz erteilt; dabei wurde eine von ihm zuvor bereits einem Dritten erteilte Lizenz ausdrücklich aufrechterhalten und dem aus-

⁷⁰⁵ RGZ 83, 95f.

⁷⁰⁶ BGH GRUR 1987, 128 („NENA“); zur Bedeutung der Entscheidung für die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts zum Vermögensrecht Götting, S. 60ff.

⁷⁰⁷ RGZ 83, 93, 95f.

⁷⁰⁸ Dagegen wandte Löwisch ein, der Rechtsinhaber sei durch den Markt daran gehindert, beliebig viele Lizenzen zu erteilen, weil die Bereitschaft zum Erwerb einer Lizenz in dem Maße absinke, wie die Zahl der Lizenznehmer ansteige; außerdem habe der Verletzer gegenüber dem Lizenznehmer Vorteile dadurch, dass er nicht an beschränkende Auflagen des Berechtigten im Hinblick auf Mindestpreise, Qualitätsanforderungen etc. gebunden sei. Er trat daher für den Deliktsschutz auch der einfachen Lizenz ein. Löwisch, S. 163.

schließlichen Lizenznehmer auch die vertragliche Pflicht auferlegt, bestimmte Kunden des einfachen Lizenznehmers nicht zu beliefern. Der ausschließliche Lizenznehmer verletzte diese Vereinbarung; der Rechtsinhaber konnte den Schaden des Dritten gegenüber dem ausschließlichen Lizenznehmer liquidieren.⁷⁰⁹ Im Anschluss an diese Entscheidung hat *Ernst Fischer* dafür plädiert, die Drittschadensliquidation auch dann zuzulassen, wenn ausschließlich das Recht verletzt wurde und nicht zugleich ein Vertrag mit dem Rechtsinhaber.⁷¹⁰

Mittlerweile ist die Rechtsstellung von Lizenznehmern z. T. spezialgesetzlich geregelt, z. B. in § 30 MarkenG, der auch für den einfachen Lizenznehmer die Möglichkeit der Geltendmachung eines eigenen Schadens vorsieht.⁷¹¹

Die Regeln über die Aufteilung des Schadensersatzes zwischen Rechtsinhaber, ausschließlichen Lizenznehmern oder einfachen Lizenznehmern sind bisher nur fragmentarisch.

Wenn der Patentinhaber eine exklusive Lizenz vergeben hat, wird Schaden durch entgangenen Absatz meist nur dem Lizenznehmer entstehen. Der Inhaber des Schutzrechts kann jedoch einen eigenen Schaden geltend machen, wenn ihm durch die Verletzung ein eigener Schaden entstanden ist, z. B. dadurch, dass sich seine Lizenzgebühren auf Grund der Verletzung verringern.⁷¹² Unklar ist, ob der Rechtsinhaber eine Lizenzgebühr vom Verletzer verlangen kann. Dem scheint entgegenzustehen, dass er dem Verletzer keine Lizenz hätte erteilen können; demgegenüber meint *Ullmann*, der Verletzer schulde die Lizenz jedenfalls nach Bereicherungsrecht unabhängig davon, ob der Rechtsinhaber ihm eine Lizenz hätte erteilen können, da der Verletzer in seine Rechtsstellung eingegriffen habe⁷¹³.

Eine gefestigte Rechtsprechung, die Regeln für die Berechnung des Schadens eines einfachen Lizenznehmers aufstellt, soweit dieser einen solchen geltend machen kann, gibt es ebenfalls noch nicht.

⁷⁰⁹ BGH GRUR 1974, 335 („Abstandshalterstopfen“). Das BAG hat offengelassen, ob auch eine Drittschadensliquidation des Lizenznehmers zu Gunsten des Lizenzgebers möglich ist, BAG DB 1986, 2289 (Thrombozytenreagenz II).

⁷¹⁰ Fischer GRUR 1980, 374; zust. Busse-Keukenschrijver, § 139 Rn. 24; a. A. Benkard-Rogge, § 139 PatG Rn. 17.

⁷¹¹ Auf prozessuale Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden; s. dazu Plaß GRUR 2002, 1024. Auch nach Art. 33 des Vorschlags für eine Verordnung des Rates über das Gemeinschaftspatent (KOM/2000/0412 endg., ABl. C 337 E v. 28.11.2000) können „vertragliche Lizenznehmer“ ihren Schaden gegen Verletzer geltend machen.

⁷¹² RGZ 136, 320 (Patentrecht); Benkard-Rogge, § 139 PatG Rn. 17 und 58; BGH GRUR Int. 1993, 257 (ALF – Urheberrecht)

⁷¹³ Ullmann GRUR 1978, 620.

Einen Eindruck von den praktischen Schwierigkeiten, die auf Nutzer geistiger Eigentumsrechte und Gerichte in solchen Fällen zukommen, vermitteln die Vorschläge *Löwischs*, der schon in einer Schrift von 1970 für den deliktischen Schutz der Rechtsstellung des einfachen Lizenznehmers eintrat und folgendes vorschlug:⁷¹⁴

- Der einfache Lizenznehmer kann keine angemessene Lizenzgebühr verlangen, weil er dem Verletzer keine Lizenz hätte erteilen können.
- Das Problem der Feststellung, wem ein Gewinn entgangen ist (wem der Verletzer einen bestimmten Auftrag an sich gezogen hat), ist zu lösen, indem von den Geschädigten verlangt wird, vor Geltendmachung der Forderung die Ansprüche in einer Hand zu vereinigen.
- Dem Lizenznehmer ist sein konkreter entgangener Gewinn auch dann zu ersetzen, wenn der Verletzer dem Rechtsinhaber eine Schadensersatzlizenz zahlt.
- Der Gewinnherausgabeanspruch ist zwischen dem Rechtsinhaber und den Lizenznehmern aufzuteilen, und zwar entsprechend dem vom Gericht zu ermittelnden Wertverhältnis zwischen Lizenzen und Recht; dies ist, so meint *Löwisch*, auch nicht schwieriger als die Festlegung des anteiligen Verletzergewinns, wenn ein Verletzer mehrere Patente verletzt hat.

II. Schuldnermehrheiten bei der Schadens- und Bereicherungshaftung

Es kommt vor, dass mehrere Personen in unterschiedlicher Funktion an einer Rechtsverletzung beteiligt sind oder dass sie auf unterschiedlichen Marktstufen tätige Glieder einer „Verletzerkette“ sind. Nachfolgend wird untersucht, wie die Verletzer im Außenverhältnis zum Verletzten stehen.

In den Spezialgesetzen wird nicht geregelt, wie mit Mehrheiten von Verletzern zu verfahren ist. Die allgemeinen Regeln sind für die Schadenshaftung und die Bereicherungshaftung unterschiedlich. Mehrere auf Schadensersatz haftende Täter haften gegenüber dem Verletzten grundsätzlich in vollem Umfang gesamtschuldnerisch (§§ 830, 840, 421ff. BGB). Dies gilt auch, wenn sie aus unter-

⁷¹⁴ Löwisch, S. 170f.

schiedlichen Rechtsgründen für denselben Schaden haften. Im Außenverhältnis haftet jeder gemäß §§ 830, 840, 421ff. BGB jeweils auf Ersatz des gesamten Schadens. Der Umfang des Tatbeitrags und des Verschuldensgrades des einzelnen Täters spielen nur für die Bestimmung der Quote, die er im Verhältnis der Schädiger untereinander zu tragen hat, eine Rolle (§§ 840 Abs. 2, 3; 422; 426 BGB). Die gesamtschuldnerische Haftung ist auf den höchsten gemeinsamen Betrag begrenzt, wenn mehrere jeweils fahrlässig zu dem Schaden beigetragen haben und den Geschädigten ein Mitverschulden trifft⁷¹⁵.

Eine ungerechtfertigte Bereicherung wird dagegen ausschließlich bei demjenigen abgeschöpft, bei dem sie eingetreten ist.⁷¹⁶

1. Rechtsprechung

Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf Verletzungen „geistigen Eigentums“ macht in Bezug auf die Geltendmachung des konkreten Schadens kaum Schwierigkeiten. Es besteht lediglich das sonst auch vorhandene Problem, festzulegen, wann mehrere Verletzer für „denselben Schaden“ haften. Das ist nicht der Fall, wenn zwei Verleger eine unfreie Bearbeitung eines urheberrechtlich geschützten Werks jeweils in unterschiedlichen Zeiträumen publiziert haben⁷¹⁷ oder wenn zwei Presseorgane dasselbe Foto ohne die erforderliche Zustimmung des Abgebildeten publizieren, auch wenn dies in engem zeitlichen Zusammenhang geschieht⁷¹⁸.

Außerdem gilt auch bei Verletzungen „geistigen Eigentums“ der Grundsatz, dass gesamtschuldnerisch nur für Schadensersatzansprüche gehaftet wird, nicht jedoch für Bereicherungsansprüche. So haftet ein schuldloser Verletzer, gegen den ausschließlich ein Bereicherungsanspruch besteht, lediglich auf das von ihm selbst Erlangte; eine gesamtschuldnerische Haftung gibt es nicht, auch nicht in Höhe eines kleinsten gemeinsamen Betrages.⁷¹⁹

⁷¹⁵ BGHZ 30, 203 (Verkehrsunfall).

⁷¹⁶ BGH GRUR 1979, 2205, 2206 („Fußballtorwart“).

⁷¹⁷ BGH GRUR 1959, 379, 382 („Gasparone“).

⁷¹⁸ BGH GRUR 1985, 398, 400 („Nacktfoto“).

⁷¹⁹ BGH NJW 1979, 2205 („Fußballtorwart“).

Bestehen jedoch gegen mehrere Verletzer Schadensersatzansprüche wegen derselben Verletzungshandlung, haften sie nach Ansicht des BGH gesamtschuldnerisch auch auf Schadensbeträge, die sich aus der Berechnung des Schadens nach der Lizenzgebühr oder dem Verletzerertrag ergeben. So haften Autor und Verleger einer unfreien Bearbeitung gesamtschuldnerisch auf die Herausgabe des gesamten Verletzerertrags:

„Sie können sich dabei nicht darauf berufen, daß sie diesen Gewinn nur anteilig erhalten haben, da es regelmäßig nicht darauf ankommen kann, wem der aus ihrer Rechtsverletzung gezogene Gewinn auf Grund interner Absprachen letzten Endes zugeflossen ist.“⁷²⁰

Die Vorinstanz hatte demgegenüber entschieden, dass die gesamtschuldnerische Haftung jedenfalls für den Anspruch auf Herausgabe des Verletzerertrags nicht gerechtfertigt sei, da es sich dabei nicht um einen „echten“ Schadensersatzanspruch handele, sondern der Sache nach um einen Anspruch aus Geschäftsannahme analog §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB, der sich stets nur gegen denjenigen Täter richte, der den Gewinn auch erzielt habe. Der BGH erklärte demgegenüber, dass es sich bei der Herausgabe des Verletzerertrags nicht um eine unmittelbare Anwendung der §§ 687, 681, 667 BGB handele, sondern nur um eine besondere Art der Berechnung des Schadensersatzes.

Ausnahmsweise haften mehrere Verletzer nur bis zum höchsten gemeinsamen Betrag gesamtschuldnerisch, wenn

- das Gericht die Haftung eines Verletzers nach § 139 Abs. 2 Satz 2 PatG oder § 24 Abs. 2 S. 2 GebrMG ermäßigt hat⁷²¹, oder
- die Haftung sich auf den Ersatz eines immateriellen Schadens richtet, wobei die Beträge, für die die einzelnen Schuldner jeweils haften, entsprechend ihrem jeweiligen Tatbeitrag und Verschulden zu bestimmen sind.⁷²²

Umstritten sind Fälle, in denen mehrere Verletzer jeweils auf unterschiedlichen Produktionsstufen gehandelt haben. Das OLG Hamburg hat angenommen, dass mit der Annahme einer „vollen Ersatzleistung“ durch einen Verletzer eine die

⁷²⁰ BGH GRUR 1959, 379, 383 („Gasparone“).

⁷²¹ Tilmann GRUR 1986, 691, 692.

⁷²² BGH NJW 1971, 33, 35 (betr. Körperverletzung).

„Erschöpfung“ auslösende nachträgliche Genehmigung einhergehen könne,⁷²³ d. h. dass die Erfüllung der Schadensersatzverpflichtung durch einen Schädiger Ansprüche gegen die Übrigen mit entfallen lässt. Das OLG Düsseldorf meint, der Schadensersatzanspruch erlösche durch Erfüllung (§§ 422 Abs. 1 S. 1, 362 Abs. 1 BGB), wenn der Hersteller eines patentverletzenden Gegenstandes eine angemessene Lizenzgebühr an den Rechtsinhaber gezahlt habe:

„Aus dem Wesen der Gesamtschuld und dem sog. „Zusammenhang der Benutzungsarten“, der sich auch in der Lehre von der sog. „Erschöpfung des Patentrechts“ äußert (so Rogge in Benkard, Patent und Gebrauchsmustergesetz, 9. Aufl., Rdn. 20 zu § 139 PatG), folgt, daß der Verletzte bei stufenförmig aufeinanderfolgenden Benutzungshandlungen an ein und derselben Sache (Herstellen – Anbieten – Inverkehrbringen – Weitervertreiben – Benutzen) im Ergebnis nicht besser gestellt sein kann als bei nur einer Benutzungshandlung. Hat er von dem unbefugten Hersteller eines patentverletzenden Gegenstandes Schadensersatz in Form einer Lizenzgebühr verlangt und erhalten, so kann er nicht auch von dem Abnehmer des patentverletzenden Gegenstandes die Zahlung einer Lizenzgebühr als Schadensersatz verlangen, es sei denn, daß die vom Hersteller verlangte und gezahlte Lizenzgebühr nur für das Herstellen verlangt und gezahlt worden wäre, was jedoch nur eine theoretische Möglichkeit darstellt, weil kein Hersteller, der nicht für den eigenen Bedarf produziert, es sich leisten könnte, „auf Halde“ zu fertigen.“⁷²⁴

Zu dem gleichen Ergebnis kommt das LG München in einer rechtskräftigen Entscheidung zum Patentrecht.⁷²⁵ Zur Begründung verweist es auf das „Wesen der Lizenzanalogie“, das darin bestehe, den nach dieser Methode Schadensersatz leistenden Verletzer nicht besser, aber auch nicht schlechter zu stellen als einen vertraglichen Lizenznehmer. Da ein vertraglicher Lizenznehmer nicht befürchten müsse, dass seine Abnehmer von dem Verletzten auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden und dann bei ihm Regress nehmen könnten, müsse für einen Verletzer, der Schadensersatz in Form einer angemessenen Lizenzgebühr geleistet habe, das gleiche gelten. Im übrigen – so das LG München – werde mit der Leistung einer angemessenen Lizenzgebühr der Belohnungsfunktion des Patentrechts

⁷²³ OLG Hamburg GRUR 1994, 80 („Eherechtsstreit“).

⁷²⁴ OLG Düsseldorf Mitt, 1998, 358, 362 („Durastep“).

⁷²⁵ Mitt. 1998, 262.

Genüge getan, da der Schadensersatz nach der Lizenzanalogie den gesamten Schaden, der dem Verletzten durch das Inverkehrbringen erfindungsgemäßer Gegenstände entstanden sei, vollständig erfasse. Mit der Leistung der angemessenen Lizenzgebühr sei daher der Zuweisungsgehalt des Patentrechts vollständig ausgeschöpft. Die Handlungen der Abnehmer dessen, der die Lizenzgebühr gezahlt habe, könnten daher weitere Verletzungshandlungen darstellen, aber keinen weiteren Schaden des Rechtsinhabers verursachen. Darum widerspräche es der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechts, dem Patentinhaber über die Lizenzgebühr hinausgehende Schadensersatzansprüche einzuräumen, denn dies führe dazu, dass der Patentinhaber bei einer Verletzung seines Rechts mehr verlangen könne als ihm das Schutzrecht selbst einräume.⁷²⁶ Aus dem gleichen Grund sei daher auch ein Bereicherungsanspruch zu versagen.

Das LG München stellt der Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr die Leistung von Schadensersatz in Form des konkreten, dem Verletzten entgangenen Gewinns gleich. Auch dieses führe dazu, dass dem Rechtsinhaber Ansprüche gegen Abnehmer desjenigen, der Schadensersatz geleistet habe, zu versagen seien. Anders stehe es lediglich, wenn der Verletzte den Gewinn, den ein Verletzer gemacht habe, herausverlange. Dann könne er von den anderen Mitgliedern der Verletzerkette jedoch auch ausschließlich deren Verletzergehalt verlangen; ein Vorgehen nach der Lizenzanalogie oder konkreter Schadensersatz würde ihn im Ergebnis zu gut stellen.⁷²⁷

Der BGH hat sich zu der Frage, soweit ersichtlich, noch nicht geäußert. Er hat aber in einer urheberrechtlichen Entscheidung der Ansicht der Vorinstanz, des OLG Hamburg, mit der Entrichtung einer Schadensersatzlizenzgebühr durch den Hersteller entfallende Unterlassungsanspruch gegen dessen Abnehmer, mit folgender Begründung widersprochen:

„Bei der Lizenzanalogie handelt es sich um eine Form des Schadensersatzes, die nicht etwa zum Abschluss eines Lizenzvertrages und daher auch nicht zur Einräumung eines Nutzungsrechtes führt.“⁷²⁸

⁷²⁶ LG München Mitt 1998, 262, 263.

⁷²⁷ Götz GRUR 2001, 295, 301 berichtet demgegenüber von einer unveröffentlichten Entscheidung des LG München I v. 19.03.1999 – 21 O 8669/98, wonach die Herausgabe des Verletzergewinns durch einen Verletzer der Inanspruchnahme weiterer Verletzer auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr nicht grundsätzlich entgegensteht, entsprechende Zahlungen sind aber anzurechnen.

⁷²⁸ BGHZ GRUR 2002, 248 („SPIEGEL-CD-ROM“).

Nimmt man diesen Standpunkt ein, kann man dem Abnehmer auch nicht die Möglichkeit zubilligen, sich darauf zu berufen, dass sich die Verletzung erledigt habe, nachdem sein Lieferant Schadensersatz in Form des entgangenen Gewinns oder einer Lizenzgebühr gezahlt habe. Diese Schwierigkeit will das LG München in der vorerwähnten Entscheidung allerdings umschiffen, indem es erklärt, weitere Verletzungshandlungen stellten zwar Verletzungen dar, verursachten aber keinen weiteren Schaden.

2. Literatur

Auch die Literatur geht grundsätzlich von der gesamtschuldnerischen Haftung mehrerer Verletzer aus.⁷²⁹ Überwiegend wird die gesamtschuldnerische Haftung auch des mittelbaren Verletzers bejaht.⁷³⁰ Gegen die gesamtschuldnerische Haftung für Beträge, die nach der Lizenzgebühr oder dem Verletzerge Gewinn berechnet werden, hat sich *Däubler* ausgesprochen.⁷³¹ Sie führe zu unbilligen Ergebnissen; auf die Rechtsfolgen der Haftung solle besser Geschäftsführungsrecht (hinsichtlich des Verletzergewinns) und Bereicherungsrecht (für den Anspruch auf die Lizenzgebühr) angewandt werden.

Die Frage, ob die Leistung von Schadensersatz nach der Lizenzanalogie durch einen Hersteller oder Vorlieferanten dazu führt, dass der Verletzte von dessen Abnehmern keinen Schadensersatz mehr verlangen kann, wird in der älteren Literatur in gedanklichen Zusammenhang mit der seinerzeit ebenfalls höchst umstrittenen Frage gebracht, ob und unter welchen Voraussetzungen der Eigentümer einer Sache einen anderen, der ohne Berechtigung über die Sache verfügt hat, auf Herausgabe des erzielten Erlöses in Anspruch nehmen kann. Hier kann die Frage auftreten, ob der Fall mit der Herausgabe des Erlöses endgültig erledigt ist. *v. Caemmerer*⁷³² führt als Beispiel den Fall an, dass die Sache zunächst verschwunden war und der Eigentümer sie nach ihrem Wiederauftauchen doch noch – ggf. gegen Rückgabe des zwischenzeitlich erhaltenen Erlöses – vindizieren möchte, sowie den Fall, dass die Sache durch mehrere Hände gegangen ist und der

⁷²⁹ Nirk/Kurtze § 14a GeschmMG, Rn. 12; Schrickler-Wild § 97 Rn. 40, 74a; Benkard-Rogge § 139 PatG Rn. 20 m. Hinweis auf BGHZ 30, 203; Tilmann GRUR 1986, 691, 692.

⁷³⁰ Busse/Keukenschrijver, § 139 PatG Rn. 89, 124; a. A. Holzapfel GRUR 2002, 193.

⁷³¹ Däubler JuS 1969, 53. Zweifelnd auch Ebert ZIP 2002, 2207, 2304.

⁷³² v. Caemmerer FS Rabel 333, 390ff.

Eigentümer später feststellt, dass ein anderer Verfügender einen höheren Erlös erzielt hat als derjenige, den er zunächst in Anspruch genommen hatte. Die Rechtsprechung hat sich dafür entschieden, den Anspruch auf den Erlös aus einer unberechtigten Verfügung gemäß § 816 BGB nur unter der Voraussetzung zu gewähren, dass der Eigentümer die Verfügung genehmigt (§ 185 BGB).⁷³³ v. Caemmerer hielt die Situation bei der Geltendmachung des Anspruchs auf die angemessene Lizenzgebühr und die Herausgabe des Verletzergewinns im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht für vergleichbar. Er hielt die Ansprüche auf die angemessene Lizenzgebühr und auf Herausgabe des Verletzergewinns beide für (in der Sache) nicht deliktische Ansprüche. Vielmehr sei der Anspruch auf die angemessene Lizenzgebühr eigentlich ein bereicherungsrechtlicher Anspruch⁷³⁴, während der Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns auf der Analogie zu § 687 Abs. 2 BGB beruhe⁷³⁵. Die Befriedigung der Ansprüche nach beiden „objektiven Schadensberechnungsmethoden“ müsse den Verletzer ähnlich wie den ohne Berechtigung über eine fremde Sache Verfügenden vor einer Inanspruchnahme seiner eigenen Abnehmer schützen.⁷³⁶

In Bezug auf den Anspruch auf den Erlös aus dem Verkauf einer Sache durch einen Nichtberechtigten meint auch *Wittmann* (der ihn ausschließlich auf § 687 Abs. 2 BGB stützen will), solange der Eingreifer dem Dritten gegenüber der Rechtsmängelhaftung ausgesetzt sei, habe er den Erlös letztlich noch nicht im Sinne des § 667 BGB aus der Geschäftsbesorgung erlangt.⁷³⁷

Auch heute wird in der Literatur zum gewerblichen Rechtsschutz z. T. die Ansicht vertreten, die Leistung von Schadensersatz durch den Hersteller oder Vorlieferanten führe zum „Verbrauch“ des Unterlassungs- und Schadensersatzanspruchs mit der Folge, dass Verletzer, die dem Schadensersatz Leistenden in der Verletzerkette nachgelagert sind, nicht mehr auf Unterlassung oder Schadensersatz in Anspruch genommen werden können.⁷³⁸ Dabei besteht allerdings Uneinigkeit

⁷³³ RGZ 106, 44, 45; BGHZ 29, 157.

⁷³⁴ Dazu ausführlich oben C. II. 2; D. IV. 2.

⁷³⁵ Dazu ausführlich oben C. II. 3.

⁷³⁶ v. Caemmerer FS Rabel 333, 392: „Wer den Erlös herausgegeben hat, muss gegen Rückgriffsansprüche seiner Abnehmer gesichert sein.“

⁷³⁷ Staudinger-Wittmann § 687 Abs. 2 Rn. 15; auch Soergel-Beuthien § 687 Rn. 8 meint, dass der Geschäftsherr die Handlungen des Geschäftsführers im Außenverhältnis gem. §§ 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 1, 182 Abs. 1 genehmigt, indem er den Erlös herausverlangt.

⁷³⁸ Schrickler-Wild § 97 Rn. 40, 74a; Kraßer Lehrbuch § 33 V b („Der Zustimmung steht es gleich, wenn sich der Patentinhaber den durch das unrechtmäßige Inverkehrbringen verursachten Schaden ersetzen lässt“); Schulte PatG § 9 Rn. 11; Holzapfel GRUR 2002, 193, 197 (mittelbarer und unmittelbarer Patentverletzer können nicht beide auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden).

darüber, für welche Schadensberechnungsarten, z. T. auch darüber, für welche Rechte dies gelten soll. Manche wollen die Annahme des Verbrauchs auf die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ beschränken.⁷³⁹ Körner will Produktionsrechte und Bezeichnungsrechte unterschiedlich behandeln: Bei der Verletzung von Produktionsrechten trügen die objektiven Schadensberechnungsarten der Belohnungsfunktion dieser Rechte Rechnung, und daher sei nach Zahlung von Schadensersatz nach jeder dieser Methoden alles abgegolten: Der Verletzte stehe dann, wie er stünde, wenn der Verletzer die Handlung nicht begangen hätte.⁷⁴⁰ Bei den Bezeichnungsrechten sei dies nicht der Fall; darum könne hier keine Erschöpfung angenommen werden.

Keukenschrijver meint dagegen, es könne zwar weder über unterschiedliche Berechnungsmethoden noch über Bereicherungsrecht mehrfach Ersatz desselben Schadens verlangt werden; die Annahme eines Verbrauchs sei in diesem Zusammenhang aber bedenklich. Werde der Verletzergewinn verlangt, könne der Gewinn sämtlicher Verletzer herausverlangt werden.⁷⁴¹

⁷³⁹ Benkard/Rogge, § 139 Rn. 20 (nur Lizenzgebühr); undeutlich Schrickler-Wild § 97 Rn. 40, 74a („insbesondere nach der Lizenzanalogie“).

⁷⁴⁰ Körner GRUR 1980, 204.

⁷⁴¹ Busse/Keukenschrijver PatG § 139 Rn. 123.

H. Zusammenfassung des Länderberichts Deutschland⁷⁴²

Der Schutz „geistigen Eigentums“ wird durch spezialgesetzlich geschützte Rechte sowie den „ergänzenden Leistungsschutz“ durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb gewährleistet. Letzteres verbietet außerdem sonstige unlautere Wettbewerbshandlungen. Verstöße gegen diese Vorschriften können Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche wegen der Verletzung der materiellen Interessen des Klägers auslösen. Persönlichkeitsrechte beruhen zum Teil auf gesetzlichen Vorschriften und zum Teil auf Richterrecht. Ihre Verletzung kann Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche wegen der Beeinträchtigung materieller Interessen sowie Ansprüche auf Entschädigung wegen immaterieller Schäden auslösen.

Bei Verletzungen gewerblicher Schutzrechte, unlauterer Leistungsübernahme sowie der Verletzung der vermögensrechtlichen Bestandteile der Persönlichkeitsrechte kann der Verletzte als Schadensersatz alternativ zu dem nach den allgemeinen Regeln berechneten konkreten Schaden einschließlich eines entgangenen Gewinns die Anwendung zweier richterrechtlich entwickelter, so genannter „objektiver Schadensrechnungsarten“ verlangen: der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ oder der „Schadensberechnung nach dem Verletzerge Gewinn“. Ob die objektiven Schadensrechnungsarten ausschließlich an die Stelle des entgangenen Gewinns treten oder an die Stelle des gesamten konkreten Schadens, ist ebenso ungeklärt wie ihre dogmatische Grundlage. Die Analyse der Entwicklung des Fallrechts zeigt, dass schadensrechtliche, bereicherungsrechtliche und (im Fall der „Schadensberechnung nach dem Verletzerge Gewinn“) geschäftsführungsrechtliche Elemente kombiniert wurden und werden. Dabei verändert sich trotz scheinbarer Kontinuität im Laufe der Zeit die Begründung immer wieder, was in einer Reihe von Einzelfragen zu Unklarheiten und Widersprüchen führt.

Bei der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ ist Ausgangspunkt für die Bemessung der Höhe der Lizenzgebühr die Frage, was „vernünftige Parteien“ als Entgelt vereinbart hätten; dabei werden auch objektive Gesichtspunkte berücksichtigt. Die Rechtsprechung gewährt zugleich einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf eine angemessene Lizenzgebühr aus Bereicherungsrecht. Die Höhe der Bereicherungslizenz entspricht derjenigen der Schadensersatzlizenz; der Einwand des Wegfalls der Bereicherung wird in der Regel nicht zugelassen. Einen be-

⁷⁴² S. a. die Tabelle „Deutsches Recht“ unter Teil I D.

reicherungsrechtlichen Anspruch auf den Verletzergewinn lehnt die Rechtsprechung ab, da der vermögensrechtliche „Zuweisungsgehalt“ der geistigen Eigentumsrechte durch Gewähr der Bereicherungslizenzgebühr erschöpfend abgegolten sei und den Verletzergewinn nicht umfasse.

Die Wahl zwischen den verschiedenen Ansprüchen bzw. Berechnungsmethoden muss für alle streitgegenständlichen Verletzungshandlungen einheitlich getroffen werden.

Nicht anwendbar sind die „objektiven Schadensberechnungsmethoden“ auf Verstöße gegen das Recht des unlauteren Wettbewerbs außerhalb des Bereichs des ergänzenden Leistungsschutzes sowie auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen, die der Verletzte auch gegen Entgelt nicht gestattet hätte.

Bei allgemeinen Wettbewerbsverletzungen entsteht betroffenen Wettbewerbern meist ein „Marktverwirrungsschaden“, über dessen Wesen und Bemessung Meinungsverschiedenheiten bestehen. Bei Verletzungen, für die die „objektiven Schadensberechnungsmethoden“ zulässig sind, kann er zusätzlich entstehen; bei der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ wird hierfür manchmal ein gesonderter Betrag zusätzlich zugesprochen, manchmal wird der Gesichtspunkt bei der Bemessung der angemessenen Lizenzgebühr lizenz erhöhend berücksichtigt.

Bei der Festsetzung der Anspruchshöhe haben die Tatgerichte grundsätzlich mehr Freiraum als sonst. Der BGH übt jedoch eine strenge Kontrolle aus. Die Richtigkeit einer Schätzung muss „mindestens überwiegend wahrscheinlich“ sein, und die Außerachtlassung relevanter Umstände sowie jeder „Denkfehler“ gelten als Rechtsfehler. In einigen Entscheidungen hat er die Tatgerichte ermuntert, schon beim Vorhandensein weniger tatsächlicher Anhaltspunkte einen Mindest- oder sogar mittleren Schaden zu schätzen, in anderen Entscheidungen wird jedoch betont, dass bei Fehlen tatsächlicher Anhaltspunkte für die Schadenshöhe auch in der Sache berechnete Ansprüche scheitern können. Ursprünglich kam dem Verletzten bei der Ermittlung des konkreten Schadens zumindest im Patentrecht eine Vermutung zu Gute, dass er den Verletzergewinn bei Unterbleiben der Verletzung selbst hätte erzielen können; nach der Verselbstständigung des Anspruchs auf den Verletzergewinn trägt dagegen der Anspruchsteller die Beweislast, wenn er konkreten Schaden geltend machen will. Auch deshalb werden die „objektiven Schadensberechnungsmethoden“ bevorzugt, da der Verletzer dabei nicht nachweisen muss, dass ihm in Folge der Verletzung ein Gewinn in Höhe der Lizenz-

gebühr bzw. des Verletzergewinns entgangen ist. Bei der Ermittlung des Verletzergewinns ergab sich allerdings bisher meist auch kein befriedigendes Ergebnis für den Verletzten, da dem Verletzer auch der Abzug anteiliger Gemeinkosten gestattet wurde und da seine Angaben über seinen Gewinn kaum überprüft werden können, weil er lediglich Auskünfte erteilen, nicht aber Zugang zu den relevanten Unterlagen gewähren muss. Daher hat in der Praxis die Schadensersatz- bzw. Bereicherungslizenz die größte Bedeutung. Neuerdings versucht der BGH, die praktische Bedeutung der „Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn“ zu steigern, indem er dem Verletzten Beweiserleichterungen gewährt und dem Verletzer nur noch den Abzug der variablen Kosten der Verletzung gestattet.

Den Ansprüchen strafende Funktion zuzuweisen, hat der BGH bisher abgelehnt. Lediglich bei dem aus Verfassungsrecht hergeleiteten Anspruch auf Entschädigung wegen immaterieller Schäden durch Persönlichkeitsrechtsverletzungen verfolgt er erklärtermaßen primär die Zwecke der Bestrafung und der Abschreckung. In einer neueren Entscheidung zur „Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn“ erklärte er allerdings, auch dieser komme u. a. eine Sanktionsfunktion zu.

Außer dem Rechtsinhaber selbst wird nur dem ausschließlichen Lizenznehmer die Geltendmachung von Ansprüchen gestattet. Sind Mehrheiten von Anspruchstellern vorhanden, hängt die Höhe der ihnen jeweils zustehenden Ansprüche im Wesentlichen davon ab, wem welche Auswertungsbefugnis zusteht.

Mehrheiten von Verletzten haften nach der Rechtsprechung auch für Beträge, die sich auf Grund der „objektiven Schadensberechnungsmethoden“ ergeben, gesamtschuldnerisch. Ob die Leistung von Schadensersatz, insbesondere nach der Lizenzgebühr, eine die betreffende Verletzungshandlung legalisiert oder zumindest die Leistung von Schadensersatz durch Abnehmer dieses Verletzers ausschließt, ist noch ungeklärt.

