

Bereicherungsauskehr als Schadensersatz – ein Grenzfall

Jan Dirk Harke

ZUSAMMENFASSUNG: Die dreifache Art der Schadensberechnung bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten ist ungeachtet ihrer Regelung auf europäischer Ebene immer noch nicht dogmatisch bewältigt. Ein Blick zurück zum Ursprung in einer Entscheidung des Reichsgerichts von 1895 weist aber den Weg: Die sogenannte ‚Lizenzanalogie‘ ist nur ein plausibler Weg zur Rekonstruktion des hypothetischen Kausalverlaufs, der Anspruch auf Herausgabe des vom Rechtsverletzer erzielten Gewinns hingegen das Ergebnis einer Rechtsfortbildung, die eine Ausdehnung auf die gesamte Deliktshaftung erheischt.

SCHLÜSSELWÖRTER: Schadensersatz, Schadensberechnung, Gewinnabschöpfung

RESUMEN: La triple forma de calcular los daños en caso de infracción de los derechos de propiedad intelectual aún no se domina de forma dogmática, a pesar de su regulación a nivel europeo. Sin embargo, una mirada retrospectiva a los orígenes en una decisión del tribunal imperial (‘Reichsgericht’) de 1895 señala el camino: la llamada ‘analogía de la licencia’ es sólo una forma plausible de reconstruir el hipotético curso causal, mientras que la reclamación de la devolución del lucro obtenido por el infractor es el resultado de una analogía, que requiere una extensión a toda la responsabilidad extracontractual.

PALABRAS CLAVE: Resarcimiento de daños, cálculo de daños, exacción de lucros

I. Eine wiederkehrende Formel

Mustert man die deutschen Gesetze zum Schutz geistigen Eigentums, stößt man auf zwei stereotype Sätze, die im Anschluss an die jeweilige Bestimmung über die Schadensersatzpflicht eines Rechtsverletzers zu finden sind. Sie lauten:

„Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden. Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des verletzten Rechts eingeholt hätte.“

So heißt es nicht nur in § 97 Abs. 2 UrhG, sondern auch mit minimaler Anpassung im Wortlaut von §§ 139 Abs. 2 PatG, 24 Abs. 2 GebrMG, 14 Abs. 6 MarkenG und 42 Abs. 2 DesignG. Der Grund für die Gleichförmigkeit der Gesetzessprache liegt darin, dass die einzelnen Vorschriften des nationalen Rechts der Umsetzung einer übergreifenden Regelung in der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (2004/48/EG) dienen. Nach deren Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a sind bei der Festsetzung des Schadensersatzes alle in Frage kommenden Aspekte, und zwar außer den Einbußen und dem entgangenen Gewinn des Rechtsinhabers auch die „zu Unrecht erzielten Gewinne des Verletzers“, zu berücksichtigen; und gemäß Buchst. b der Vorschrift soll der Schadensersatz alternativ als ein „Pauschalbetrag“ bestimmt werden können, der mindestens der „Vergütung oder Gebühr“ entspricht, die der Verletzer bei Einholung einer Nutzungserlaubnis an den Rechtsinhaber hätte entrichten müssen.

Ist die Richtlinie auch für die einheitliche Formulierung des deutschen Gesetzesrechts verantwortlich, gehen die beiden alternativen Methoden zur Bestimmung des Schadensersatzes doch nicht erst auf sie zurück. Vielmehr war schon vor ihrer Umsetzung anerkannt, dass der Inhaber eines Immaterialgüterrechts von dessen Verletzer statt des Ersatzes seiner konkret erlittenen Nachteile auch die übliche Lizenzgebühr oder die Auskehr des erzielten Gewinns verlangen kann. Obwohl es hierfür keine besondere gesetzliche Grundlage gab, konnte sich die deutsche Judikatur in diesem Punkt auf eine mehr als 100 Jahre alte Rechtsprechungstradition berufen. Und sie hat die dreifache Schadensberechnung auch schon im Wettbewerbsrecht zum Zuge kommen lassen, wenn das sanktionierte Verhalten ungeachtet des Fehlens einer ausschließlichen Rechtsposition eine gewisse Ähnlichkeit zur Verletzung eines Immaterialgüterrechts aufweist. Dies gilt

insbesondere für die Nachahmung eines fremden Leistungsergebnisses¹ oder die Ausbeutung fremder Betriebsgeheimnisse^{2,3}

Die Richtlinie zum Schutz des geistigen Eigentums bietet also nur eine zusätzliche und noch nicht einmal erschöpfende Legitimationsgrundlage für das, was ohnehin schon galt.⁴ Hat sie auch keine Rechtsänderung bewirkt, könnte sie aber vielleicht einen Beitrag dazu leisten, die dreifache Art der Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht und verwandten Rechtsgebieten dogmatisch zu bewältigen. Hier stellt sich nämlich die entscheidende Schwierigkeit.

II. Das dogmatische Problem

1. Das Kompensationsprinzip

Dass der Inhaber eines verletzten Rechts im Rahmen des Schadensersatzes eine angemessene Lizenzgebühr oder die Herausgabe des Verletzergewinns fordern können soll, läuft zumindest auf den ersten Blick klar dem Kompensationsgrundsatz zuwider. Er ist in § 249 Abs. 1 BGB für Schadensersatzansprüche jeder Art einheitlich festgelegt und macht sie von der Feststellung abhängig, dass das Vermögen des Geschädigten die nun geforderte Leistung eingeschlossen hätte, wenn es nicht zum haftungsauslösenden Umstand gekommen wäre. Hiernach dürfte eine angemessene Lizenzgebühr nur dann geschuldet sein, wenn es, ein rechtmäßiges Verhalten des Schädigers unterstellt, auch zum Abschluss eines Lizenzvertrags gekommen wäre, auf dessen Grundlage die Gebühr gezahlt worden wäre. Und einen vom Schädiger erzielten Gewinn könnte der Geschädigte nicht als solchen, sondern allenfalls deshalb beanspruchen, weil er ihn, falls die Rechtsverletzung unterblieben wäre, selbst erzielt hätte. Weder das eine noch das andere ist aber Voraussetzung der dreifachen Schadensberech-

1 BGH, Urteil vom 8. Oktober 1971 – I ZR 12/70 („Wandsteckdose II“), GRUR 1972, 189, 190 f.

2 BGH, Urteil vom 18. Februar 1977 – I ZR 112/75 („Prozeßrechner“), GRUR 1977, 539, 541.

3 Gegen eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs dreifachen Schadensberechnung im Lauterkeitsrecht spricht sich *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, Tübingen 2010, S. 273 aus.

4 Dass die Richtlinie im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung gerade keine Gewinnabschöpfung vorsieht, vertritt dezidiert *Raue*, Die dreifache Schadensberechnung, Baden-Baden 2017, S. 107 ff.

nung, und zwar weder nach der herkömmlichen Ansicht der deutschen Rechtsprechung noch gemäß den besonderen Bestimmungen in den Gesetzen zum Schutz des geistigen Eigentums oder der hiermit umgesetzten Richtlinie.

2. *Flucht ins Bereicherungsrecht?*

Um die Diskrepanz zum allgemeinen Schadensersatzrecht zu bewältigen, hat sich die deutsche Judikatur bemerkenswerterweise schon darauf verlegt, den Kompensationsgedanken völlig zu leugnen. So liest man, der Anspruch auf die Lizenzgebühr gelte bloß gewohnheitsrechtlich als eine Berechnungsart für den vom Rechtsinhaber erlittenen Schaden, habe hingegen eine „starke Ähnlichkeit mit dem ... Bereicherungsausgleich“.⁵ Ja, es soll sich sogar „der Sache nach“ um einen Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, also eine Eingriffskondiktion, handeln.⁶ Die praktische Folge ist, dass zu seiner Ermittlung auch nur Umstände mit Relevanz für die Bereicherung des Rechtsverletzers und nicht solche herangezogen werden dürfen, die den Schaden des Rechtsinhabers betreffen.⁷ Der Anspruch auf Auskehr des Verletzergewinns soll den Geschädigten hingegen so stellen, wie er bei einer angemessenen Geschäftsführung stünde⁸ und, wie schon das Reichsgericht befunden hat,⁹ einer „rechtsähnlichen Anwendung“ der einschlägigen Regelung in §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB entspringen¹⁰. Materiell wäre er damit kein Schadensersatzanspruch im eigentlichen Sinne, sondern das Ergebnis einer Analogie zu dem Herausgabeanspruch, der nach dem Gesetz eigentlich nur denjenigen trifft, der vorsätzlich ein fremdes Geschäft im eigenen Interesse führt.

Die Behauptung eines bereicherungsrechtlichen Wesens des Anspruchs auf die Lizenzgebühr legt nahe, ihn entgegen seiner überkommenen Bezeichnung nicht als Berechnungsart für den Schadensersatz, sondern direkt als Eingriffskondiktion zu verstehen. Da diese ebenfalls an die unbe-

5 BGH, Urteil vom 6. März 1980 – X ZR 49/79 („Tolbutamid“), GRUR 1980, 841, 844.

6 BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 – I ZR 263/02 („Catwalk“), GRUR 2006, 143, 145.

7 BGH, GRUR 1980, 841, 844.

8 BGH, Urteil vom 2. November 2000 – I ZR 246/98 („Gemeinkostenanteil“), GRUR 2001, 329, 331.

9 RG, Urteil vom 13. Oktober 1937 – I 262/36, RGZ 156, 65, 67.

10 BGH, Urteil vom 24. Februar 1961 – I ZR 83/59 („Vitalsulfal“), GRUR 1961, 354, 355.

rechtigte Ausbeutung eines fremden Rechts anknüpft, ist sie stets neben dem Schadensersatzanspruch gegeben. Sie reicht bloß weiter, indem sie auch bei schuldlosen Eingriffen zuständig ist. Will man die Kondiktion im Wettbewerbsrecht zum Zuge kommen lassen, muss man den betroffenen Rechtspositionen lediglich einen vergleichbaren Zuweisungsgehalt attestieren. Würde man sich hier wie dort für einen echten Bereicherungsanspruch entscheiden, hätte dies nur zur Folge, dass man die Alternativität zum Anspruch auf Ersatz des konkret erlittenen Schadens statt im Rahmen der Schadensermittlung auf der Ebene der Anspruchskonkurrenz herleiten müsste.

Schwerer fällt die Umdeutung des Anspruchs auf Herausgabe des vom Verletzer erzielten Gewinns. Hält man sich an die von der Rechtsprechung bemühte Analogie zur Geschäftsanmaßung, stößt man auf das in § 687 Abs. 2 BGB verankerte Vorsatzerfordernis. In Abs. 1 der Vorschrift ist es sogar noch durch eine komplementäre Bestimmung für den Fall einer unbewussten Fremdgeschäftsführung flankiert. Sie soll gerade nicht die Rechtsfolgen einer Geschäftsführung ohne Auftrag zeitigen. Will man diese trotzdem eintreten lassen, müsste man sich über das einschlägige Gesetzesrecht geradezu hinwegsetzen. Eher empfiehlt sich wiederum der Schritt ins Bereicherungsrecht: Sieht man in der unberechtigten Nutzung eines fremden Immaterialgüterrechts und vergleichbarer Rechtspositionen einen Eingriff in den seinem Inhaber vorbehaltenen Zuweisungsgehalt, gelangt man über § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB ebenfalls zu einem Anspruch auf Herausgabe des rechtsgrundlos gezogenen Gewinns.

Der Wechsel ins Bereicherungsrecht hätte in beiden Fällen freilich eine unerwünschte Konsequenz: Da Kondiktionsansprüche kein Verschulden voraussetzen, sind sie kraft des Einwands der Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB auf die beim Anspruchsgegner aktuell noch vorhandene Bereicherung beschränkt. Zwar kommt diese Begrenzung im praktischen Regelfall nicht zum Tragen, weil sich der abzuschöpfende Vorteil, selbst wenn er als solcher nicht mehr vorhanden sein sollte, im Vermögen des Schuldners doch zumindest in einer andauernden Ersparnis fortsetzt. Dennoch ist nicht hinnehmbar, einen Anspruch, der als Alternative zum Recht auf Ersatz des wirklich entstandenen Schadens gewährt werden soll, einer solchen Beschränkung zu unterwerfen.

Hinzu kommt, dass die Richtlinie zum Schutz des geistigen Eigentums und die ihr nachempfundenen Bestimmungen des nationalen Rechts eindeutig eine Zuordnung zum Schadensersatzrecht vorgeben. Art. 13 der Richtlinie spricht davon, dass der vom Verletzer erzielte Gewinn und die hypothetisch entrichtete Lizenzgebühr Momente sind, die von den Gerichten „bei der Festsetzung des Schadensersatzes“ zu berücksichtigen sind

oder diesen als Pauschalbetrag wiedergeben.¹¹ Und nach den einschlägigen Vorschriften des deutschen Rechts soll der Gewinn, der durch die Rechtsverletzung erlangt worden ist, ein Faktor bei der „Bemessung des Schadensersatzes“, die entgangene Lizenzgebühr ein Umstand sein, auf dessen „Grundlage“ der „Schadensersatzanspruch“ berechnet werden kann. Dies schließt jeweils aus, den Anspruch in Gestalt einer Kondition zu gewähren, die im seltenen, aber immerhin denkbaren Fall dem Einwand der Entreicherung ausgesetzt ist.

3. Erklärung aus der Funktion des Schadensersatzrechts

Unternimmt man den Versuch, die beiden Ansprüche als Ausprägungen des Schadensersatzrechts zu deuten, liegt, wenn man sich nicht mit ihrer Anerkennung als Gewohnheitsrecht begnügen will, der Einsatz einer Vermutung nahe: Im Fall der hypothetischen Lizenzgebühr besteht sie in der Annahme, dass der Schädiger zur Vermeidung der Rechtsverletzung eine Lizenz eingeholt hätte, deren Vergütung der Rechtsinhaber nun fordern kann. Im Fall des vom Verletzer erzielten Gewinns ließe sich vielleicht unterstellen, dass der Geschädigte diesen selbst durch Nutzung seines Rechts erwirtschaftet hätte. In der Tat hat der Bundesgerichtshof diese zweite Hypothese schon als eine von der Lebenserfahrung gedeckte Erwägung bezeichnet. Und er hat hieraus sogar die konkrete Schlussfolgerung gezogen, dass ein Anspruch auf Auskehr des Verletzergewinns nicht in Betracht kommt, wenn auszuschließen ist, dass er in einer Wechselbeziehung zu den Einnahmen des Geschädigten steht, weil dieser im Ergebnis selbst von der Rechtsverletzung profitiert hat.¹²

Auch dieser Weg erweist sich freilich als Sackgasse. Soll die Identität von erzielttem und entgangenem Gewinn Gegenstand einer widerleglichen Vermutung sein, ist sie mit einem vergleichbaren Risiko wie die Gewährung eines Bereicherungsanspruchs verknüpft. Auch wenn der vom Schädiger zu erbringende Gegenbeweis selten gelingen mag, bedeutet er doch eine prinzipielle Beschränkung, der das Recht auf Ersatz des wirklich entstandenen Schadens gerade nicht unterliegt.¹³ Erklärt man die Vermutung

11 Dies betont für den Verletzergewinn auch *Alexander* (Fn. 3), S. 271, der in der Lizenzanalogie aber eine regelrechte Alternative zur Schadensberechnung erkennt.

12 BGH, Urteil vom 2. Februar 1995 – I ZR 16/93 („Objektive Schadensberechnung“, GRUR 1995, 349, 351).

13 *Raue* (Fn. 4), S. 390 ff. hält dies für hinnehmbar.

aber für unwiderleglich, ist ihr fiktiver Charakter offenbar¹⁴ und nicht mehr gewonnen als durch die Erklärung der dreifachen Schadensberechnung zum Gewohnheitsrecht.

Mehr zu versprechen scheint hingegen ein anderer Ansatz, der an die Eigenart der betroffenen Immaterialgüterrechte anknüpft: Der Bundesgerichtshof bescheinigt ihnen ein besonderes Schutzbedürfnis, weil sie im Gegensatz zu körperlichen Gegenständen leichter anfällig seien für eine Rechtsverletzung: Zum einen könne ihr Inhaber keine Vorkehrung gegen die Rechtsverletzung treffen oder diese nur schwer feststellen; zum anderen sei der hypothetische Geschehensablauf, zu dem es ohne die Rechtsverletzung gekommen wäre, meist kaum zu rekonstruieren.¹⁵ Will man hieraus auf die Zuständigkeit eines Anspruchs schließen, der nach herkömmlichen Methoden der Schadensermittlung nicht gegeben wäre, setzt man aber voraus, dass es einen solchen Anspruch unbedingt geben muss. Und der Grund hierfür kann wiederum nur jenseits des Kompensationsgedankens liegen, der so ja gerade vernachlässigt werden soll. Er muss, wie der Bundesgerichtshof auch schon ausdrücklich zugestanden hat, in dem Ziel einer „Sanktionierung des schädigenden Verhaltens“ zur „Prävention gegen eine Verletzung“ gesehen werden.¹⁶ Konkret geht es darum, einem Schädiger den Anreiz zu nehmen, auf die Schwierigkeiten beim Nachweis des angerichteten Schadens zu setzen und darauf zu vertrauen, den unter Ausbeutung des fremden Rechts erzielten Gewinn behalten zu dürfen.¹⁷

Obwohl der Bundesgerichtshof ungeachtet des Abschreckungsziels noch den „Ausgleichsgedanken“ am Werke sehen will,¹⁸ lässt man diesen mit der These vom generalpräventiven Zweck der Schadensberechnung doch in Wahrheit weit hinter sich. Natürlich lässt sich allen Normen des Schuldrechts die Wirkung zuschreiben, ein Leitbild für ordnungsgemäßes Verhalten der Rechtsunterworfenen zu geben und den eintretenden Rechtsfolgen insoweit eine präventive Wirkung entnehmen. Dies ist aber im Regelfall lediglich ein Reflex der eigentlichen Funktion, für einen gerechten Ausgleich der materiellen Interessen der Beteiligten zu sorgen.¹⁹ Eine Ausnahme bilden bloß die Fälle, in denen ein in Geld nicht messba-

14 Von einer Fiktion spricht der BGH denn auch eigens in seinem Urteil von 19. Januar 1973 – I ZR 39/71 („Modeneuheit“), NJW 1973, 800, 802.

15 BGH, GRUR 1972, 189, 192.

16 BGH, GRUR 2001, 329, 331.

17 *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Tübingen 2007, S. 280 f.

18 BGH, GRUR 1972, 189, 192. Ebenso *Helms* (Fn. 11), S. 279.

19 *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Berlin/Heidelberg 2010, Rn. 6.

rer Nachteil durch eine Verpflichtung zur Geldleistung sanktioniert wird. Hier erfolgt kein Ausgleich, sondern der Schädiger wird einer Buße unterzogen, die gleichermaßen präventiv wie repressiv wirkt: Die auferlegte Zahlung dient allein dazu, den Schädiger und andere potentielle Täter von einem vergleichbaren Verhalten abzuhalten; und das Opfer soll durch sie Genugtuung erfahren.

Angeordnet wird eine solche Leistung schon seit 1900 in Gestalt des Schmerzensgeldes. Zunächst auf die Deliktshaftung beschränkt, ist es seit der Reform des Schadensrechts von 2001 gemäß § 253 Abs. 2 BGB bei jeder Art von Haftung für die Verletzung von Körper, Gesundheit, Freiheit oder sexueller Selbstbestimmung zu zahlen. Der Bundesgerichtshof erkennt die Genugtuungsfunktion dieser Entschädigung sogar ausdrücklich an; und er macht ihre Höhe folgerichtig von den für eine Strafzumessung typischen Kriterien abhängig, indem er sich an dem Verschuldensgrad und der wirtschaftlichen Situation von Schädiger und Geschädigtem orientiert.²⁰ Er verschließt sich aber der unabweisbaren Konsequenz, dass es sich um eine Privatstrafe handelt,²¹ und spricht von einem „nicht notwendig pönalen, verfeinerten Sühnegedanken“.²²

Selbst wenn man sich mit diesem begrifflichen Scheinkompromiss begnügen will, kommt man nicht um eine Ausdehnung des zugrundeliegenden Rechtsgedankens auf die Fälle einer Persönlichkeitsverletzung umhin: Auch ohne den später üblichen Rekurs auf das Grundgesetz²³ konnte der Bundesgerichtshof die Haftung hier von Anfang an überzeugend aus der gesetzlichen Regelung des Schmerzensgeldes herleiten.²⁴ Denn es kann für die Sanktion eines zugefügten immateriellen Nachteils keine Rolle spielen, ob das Opfer körperlich oder psychisch betroffen ist.²⁵ Und ebenso wie beim eigentlichen Schmerzensgeld lässt sich die Rechtsprechung bei der Bemessung der Entschädigung richtigerweise sowohl von dem Zweck, für Genugtuung zu sorgen, als auch von der präventiven Wirkung der Sank-

20 BGH, Beschluss vom 6. Juli 1955 – GSZ 1/55, BGHZ 18, 149, 155 ff.

21 Harke (Fn. 19), Rn. 329. Offen für die Annahme einer Straffunktion ist auch Alexander (Fn. 3), S. 151, der allerdings den Begriff der Strafe auf die Prävention verengen möchte.

22 BGH, Urteil vom 16. Dezember 1975 – VI ZR 175/74, NJW 1976, 1147, 1148.

23 Zu finden seit BGH, Urteil vom 19. September 1961 – VI ZR 259/60 („Wunderwurzel“), GRUR 1962, 105, 106 f.

24 BGH, Urteil vom 25. Mai 1954 – I ZR 211/53, NJW 1954, 1404, 1405, Urteil vom 14. Februar 1958 – I ZR 151/56 („Herrenreiter“), NJW 1958, 827, 829 f.

25 Harke (Fn. 19), Rn. 332.

tion leiten.²⁶ Der hier wirksame Gedanke einer Gleichbehandlung von Vermögensschäden und immateriellen Nachteilen lässt sich noch weiter fruchtbar machen, indem man ihn etwa auf eine Entschädigung für die Beeinträchtigung in der Nutzung einer Sache gewährt.²⁷ Hier soll nämlich die Sparsamkeit des Geschädigten, die einen eigentlich in Geld messbaren Schaden zu einem immateriellen Nachteil macht, nicht zum Vorteil des Schädigers ausfallen.²⁸

Keinen Vergleich zur Entschädigung für nicht vermögensrelevante Beeinträchtigungen hält hingegen die Verletzung eines Immaterialgüterrechts aus. Hier ist nicht nur die Rechtsfolge, sondern auch schon das so befriedigte Interesse rein materieller Natur. Der Rechtsgedanke von § 253 Abs. 2, wonach immaterielle Nachteile unter bestimmten Umständen den Vermögensschäden gleichgestellt werden können, verfährt daher keinesfalls. Die rechtswidrige Nutzung eines Immaterialgüterrechts unterscheidet sich in dieser Hinsicht nicht von der Ausbeute einer fremden Sache, bei der auch niemand erwägt, ob aus Gründen der Generalprävention eine Entschädigung gewährt werden soll.

Lässt sich dem BGB kein Auftrag zur Sanktion einer Rechtsverletzung ohne Schaden entnehmen, ergibt er sich auch nicht aus den Spezialgesetzen, die eine Ermittlung des Schadens auf dreifache Art vorschreiben. Dies gilt sowohl für deren Wortlaut, der sich auf die Anordnung einer Schadensersatzpflicht und die Modalitäten ihrer Bestimmung beschränkt, als auch für die Absicht des Gesetzgebers. Zwar sollen die in der Richtlinie 2004/48/EG vorgesehenen Rechtsbehelfe einschließlich des Schadensersatzanspruchs nach ihrem Art. 3 Abs. 2 „abschreckend“ sein. Hierbei handelt es sich jedoch um kein Spezifikum des geistigen Eigentums. Als Teil der regelmäßig vorkommenden Trias „wirksam, abschreckend und verhältnismäßig“ beschreibt die präventive Funktion hier lediglich einen Aspekt der Effektivität richtliniengerechter Maßnahmen, wie sie beispielsweise auch die Richtlinie über Verbraucherrechte (2011/83/EU) in ihrem Art. 24 Abs. 1 fordert. Dementsprechend stellt auch die 26. Begründungserwägung der Richtlinie zum Schutz des geistigen Eigentums klar, dass keineswegs die „Verpflichtung zu einem als Strafe angelegten Schadensersatz, sondern eine Ausgleichsentschädigung“ angestrebt ist. Die generalpräventive Wirkung der Haftung soll danach nicht über diejenige hinausgehen,

26 BGH, GRUR 1962, 105, 106 f., Urteil vom 15. November 1994 – VI ZR 56/94 („Caroline von Monaco“), NJW 1995, 861, 865.

27 Grundlegend BGH, Beschluss vom 09. Juli 1986 – GSZ 1/86, NJW 1987, 50 ff.

28 Harke (Fn. 19), Rn. 334.

die auch mit jeder gewöhnlichen schuldrechtlichen Regelung verbunden ist. Sie rechtfertigt keine besondere Behandlung der Schadensersatzpflicht wegen des Eingriffs in ein Immaterialgüterrecht.

III. Die vier Begründungsansätze der *Ariston-Entscheidung*

Ist die Suche nach einer tragfähigen Begründung für die dreifache Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht bislang erfolglos verlaufen, hilft vielleicht ein Blick auf ihre Ursprünge. Die bisherige Rechtsprechung und indirekt auch die geltende Gesetzgebung sind immer noch geprägt von einer Grundsatzentscheidung, die das Reichsgericht im Jahre 1895 getroffen hat.²⁹ Sie gilt dem unerlaubten Nachdruck von Musikstücken für eine Drehorgel, deren Name ‚Ariston‘ auch zur Bezeichnung des Urteils geworden ist. Beurteilungsgrundlage ist das Urheberrechtsgesetz des Norddeutschen Bundes von 1870³⁰. Auf seiner Basis entwickelt das Reichsgericht nicht nur die dreifache Art der Schadensberechnung,³¹ sondern auch einen Gutteil der Argumentation, mit der sie bis heute gerechtfertigt wird. Es sind insgesamt vier Begründungsansätze, die in der späteren Judikatur zum Teil bloß wiederholt, zum Teil auch fortgeführt werden. Interessanterweise sind die einzigen Erwägungen, die im konkreten Fall wirklich tragfähig waren, später nicht mehr aufgegriffen worden.

1. Die Wahlfeststellung des schädigenden Ereignisses

a) Die Theorie des Reichsgerichts

Den größten Raum nimmt in der Beweisführung des Reichsgerichts die Bestimmung des Haftungsgrundes ein, aus dem sich die von § 18 des einschlägigen Urheberrechtsgesetzes angeordnete ‚Entschädigung‘ des Urhe-

29 RG, Urteil vom 8. Juni 1895 – I 13/95, RGZ 35, 63.

30 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken vom 11. Juni 1870, BGBl. 1870, Nr. 19, S. 339.

31 Zu Vorläufern im preußischen Recht *Ernicke*, Die dreifache Schadensberechnung. Entstehung – Etablierung – Expansion, Tübingen 2020, S. 121 ff. – Dass *Josef Kohler*, Autorrechtliche Studien, AcP 85 (1896), 339, 455 ff. zu Unrecht die Urheber-schaft für die neue Art und Weise der Schadensberechnung reklamiert, zeigt *Ernicke* a. a. O., S. 314 ff.

bers ergeben soll. Als maßgeblichen Schaden definiert das Gericht jeglichen Vermögensnachteil einschließlich des entgangenen Gewinns und stellt fest, dass seine Bestimmung im Einzelfall davon abhängt, worin die Schadensursache liege. Hier gesteht es dem Urheber, der durch einen unerlaubten Nachdruck geschädigt ist, eine Auswahl zu. Es komme darauf an, „was er ... als das schädigende Ereignis ansieht.“³² Deshalb soll er entscheiden können, ob er das Vorgehen des Rechtsverletzers gänzlich ablehnt oder sich dagegen wendet, dass er ohne seine Genehmigung gehandelt hat, oder bloß nicht hinnehmen will, dass die Ausbeute seines Urheberrechts nicht zum eigenen Vorteil ausgefallen ist:

Nur in dem Fall, dass der Urheber den Eingriff in sein Recht völlig missbilligt, soll der Schaden in der Differenz zwischen der tatsächlichen Lage seines Vermögens und dem Zustand liegen, in dem es sich befände, wenn der Schädiger das verletzte Recht unberührt gelassen hätte. Anders verhalte es sich, wenn der Urheber die Ausbeute seines Rechts zwar hinnehme, aber bemängelt, dass sie ohne seine Genehmigung oder nicht zum eigenen Nutzen stattgefunden habe. In der zuerst genannten Konstellation ergebe sich sein Schaden aus dem Vergleich mit der Situation, zu der es gekommen wäre, wenn der Rechtsverletzer mit Zustimmung des Urhebers gehandelt hätte. Dann hätte dieser eine Lizenzgebühr erhalten, die ihm durch das eigenmächtige Vorgehen des Schädigers entgangen ist.³³ Das Reichsgericht erkennt zwar, dass dieser geltend machen könnte, er hätte sich überhaupt nicht um die Erteilung einer Lizenz bemüht, und dass diese Einstellung in gewisser Weise sogar durch die Rechtsverletzung selbst dokumentiert wird. Dies als ein Argument gegen den Geschädigten zu wenden, hält das Gericht jedoch einen ‚Trugschluss‘: Wer rechtswidrig gehandelt hat, könne sich nicht gegen die Unterstellung auflehnen, er hätte im hypothetischen Fall rechtmäßig gehandelt; und dann hätte er eben eine angemessene Gebühr an den Rechtsinhaber zahlen müssen.³⁴

Um den vom Rechtsverletzer erzielten Gewinn abzuschöpfen, könne sich der Geschädigte auch noch „auf einen dritten Standpunkt stellen“. Hierbei akzeptiere er sowohl den Eingriff in sein Recht als auch, dass dieser ohne Genehmigung und damit rechtswidrig erfolgt ist. Sogar unter diesen Umständen brauche er aber „nicht gelten zu lassen“, dass der Schädiger zu seinem eigenen und nicht zum Vorteil des Urhebers gehandelt habe. Das haftungsauslösende Ereignis bestehe dann darin, dass sich der

32 RGZ 35, 63, 67.

33 RGZ 35, 63, 67 f.

34 RGZ 35, 63, 68.

Rechtsverletzer die Früchte des geistigen Eigentums angeeignet habe und „behalten“ wolle, obwohl er mittlerweile erkannt habe, dass er „sich ohne Recht aus fremdem Gut bereichert“ hat.³⁵ Die Konsequenz ist aus Sicht des Reichsgerichts ein Anspruch auf Herausgabe des vom Schädiger mit der Rechtsverletzung erzielten Gewinnes.

b) *Der gedankliche Fehler*

Die Schwäche dieser aufwändigen Argumentation ist nicht leicht auszumachen. Sie betrifft lediglich eine der beiden alternativen Berechnungsmethoden und liegt in der Grundannahme, die Bestimmung von Haftungsgrund und Schaden hänge von einer nachträglich zu treffenden Entscheidung des Geschädigten ab. Hält man sich an die Differenzbetrachtung, von der auch das Reichsgericht ausgeht, kann es nicht darauf ankommen, was der Inhaber des verletzten Rechts im Nachhinein „gelten lassen“ will. Maßgeblich ist vielmehr allein, wie sich der Fall entwickelt hätte, wenn die Rechtsverletzung unterblieben wäre.

Bei dieser hypothetischen Betrachtung ist allerdings durchaus Raum für Annahmen, die sich aus der späteren Einstellung der Parteien ergeben können. Denn das haftungsbegründende Verhalten kann auf zweierlei Weise hinweggedacht werden: Zum einen kann man davon ausgehen, der Schädiger hätte von jeglicher Nutzung des verletzten Rechts abgesehen. Zum anderen kann man unterstellen, er hätte bloß von der Rechtsverletzung abgesehen, indem er eine Lizenz des Rechtsinhabers eingeholt und diese in Form einer angemessenen Lizenzgebühr vergütet hätte.³⁶ Zwar bestehen diese beiden Möglichkeiten eigentlich nicht nebeneinander, sondern der Fall hätte sich unabhängig von der späteren Einstellung des Urhebers in einer dieser beiden Varianten entwickelt. Die Rekonstruktion des hypothetischen Geschehensablaufs ist jedoch gewöhnlich mit zu großen Unsicherheiten behaftet, als dass man sich in dem Punkt klar festlegen könnte. Folglich kommt der späteren Erklärung des Rechtsinhabers über

35 RGZ 35, 63, 70.

36 Dies übersieht *Ernicke* (Fn. 31), S. 297 ff., die glaubt, das Reichsgericht kehre hier die Differenzhypothese um, indem es, statt das haftungsauslösende Verhalten hinwegzudenken, einen Umstand hinzunehme. Das rechtswidrige Verhalten des Schädigers lässt sich sowohl in einem Handeln als auch in einem Unterlassen erkennen. Folglich kann man auch das rechtmäßige Alternativverhalten in einem Unterlassen (des Nachdrucks) oder positivem Handeln (Einholung einer Lizenz) sehen.

seine Einstellung zum möglichen Abschluss eines Lizenzvertrags sehr wohl maßgebliche Bedeutung zu. Er darf zwar nicht jetzt entscheiden, was er „gelten lassen“ will. Durch seine Angaben zu seinem hypothetischen Verhalten steuert er aber doch die gerichtliche Beurteilung: Behauptet er, es wäre von seiner Seite durchaus zur Vergabe einer Lizenz gekommen, und dokumentiert er dies durch die Forderung der Lizenzgebühr, kann sich der Schädiger hiergegen nur mit dem äußerst frivolen Argument verteidigen, er habe keinesfalls rechtmäßig handeln und die Rechtsverletzung unter allen Umständen begehen wollen. Wie das Reichsgericht ganz recht feststellt, kann er damit im Prozess schwerlich Gehör finden. Der Anspruch auf eine angemessene Lizenzgebühr ist damit völlig von dem Beurteilungsspielraum gedeckt, der einem Gericht bei der Differenzbetrachtung eröffnet ist.³⁷

Ist der Einfluss des Rechtsinhabers auf die Rekonstruktion des hypothetischen Kausalverlaufs der richtige Kern der Theorie des Reichsgerichts, hat es diesen aber dadurch überreizt, dass es von einer regelrechten Wahlbefugnis des Geschädigten ausgeht. Erst dieser ‚Trugschluss‘ ebnet den Weg zu der dritten Art der Schadensberechnung. Sie knüpft an die Annahme an, der Schädiger hätte in Vermeidung des Haftungsgrundes zwar ohne Zustimmung des Rechtsinhabers, aber für dessen Rechnung gehandelt. Eine solche Unterstellung überschreitet in fast jedem Fall die Grenzen, die der Beurteilung der hypothetischen Entwicklung gesetzt sind. Denn sie setzt voraus, dass der Schädiger, um keine Rechtsverletzung zu begehen, sich gerade nicht für die naheliegende Handlungsalternativen entschieden hätte, von einem Eingriff gänzlich abzusehen oder eine Lizenz zu erbitten. Stattdessen müsste er den Plan gefasst haben, die Rechtsverletzung heimlich und ohne Konsultation des Rechtsinhabers dadurch wettzumachen, dass er diesem den gesamten hierdurch erzielten Gewinn zugutekommen lassen wollte. Im Gegensatz zur Unterstellung eines hypothetisch abgeschlossenen Lizenzvertrags widerstreitet eine solche Annahme jeglicher Lebenserfahrung und ist allenfalls in ganz besonderen Situationen gerechtfertigt, in denen der Rechtsverletzer sich von vornherein darauf einstellt, seinen Gewinn herausgeben zu müssen.³⁸

Der Anspruch auf Gewinnauskehr erweist sich damit als der eigentliche Denkfehler, zu dem sich das Reichsgericht infolge einer Überstei-

37 Anders *Ernicke* (Fn. 31), S. 299, die in dieser Berechnungsweise einen verdeckten Bereicherungsanspruch ausmacht.

38 Entgegen *Ernicke* (Fn. 31), S. 301 erkennt das Reichsgericht aber keinesfalls „ausdrücklich“ an, dass es einen schadensunabhängigen Gewinnherausgabeanspruch schafft.

gerung der Steuerungsmöglichkeiten des Rechtsinhabers bei der Sachverhaltsrekonstruktion hat verleiten lassen. Während der Anspruch auf die entgangene Lizenzgebühr seine Grundlage in der im Regelfall durchaus berechtigten Unterstellung eines hypothetisch abgeschlossenen Lizenzvertrags findet, bietet die Differenzbeurteilung kaum je Anhalt für die Unterstellung, der Rechtsverletzer wäre uneigennützig für den Rechtsinhaber tätig geworden. Indem das Reichsgericht ihn in dieser Rolle sogar als ‚Geschäftsführer‘ bezeichnet,³⁹ nimmt es künftige Entscheidungen vorweg, die den Anspruch auf Gewinnherausgabe in die Nähe der Geschäftsbesorgung ohne Auftrag rücken. Angelegt ist dieser Schritt schon in der Annahme einer nachträglichen Wahlbefugnis des Rechtsinhabers. Denn sie kennzeichnet auch und gerade die Position eines Geschäftsherrn, der sich entscheiden kann, ob und in welchem Maße er die auftragslose Geschäftsführung genehmigen will.

c) *Umschwenken zur Geschäftsführung ohne Auftrag*

Es verwundert daher nicht, dass in der nachfolgenden Judikatur des Reichsgerichts die Lehre von den ‚drei Standpunkten‘, die der Geschädigte einnehmen kann, bald verblasst. Das Gericht verweist auf sie noch mit Nachdruck in einem Urteil von 1898 zu einer Haftung wegen Patentverletzung.⁴⁰ Und in einer weiteren patentrechtlichen Entscheidung von 1900 erklärt es, der vom Verletzer gezogene Gewinn falle unter den Begriff des Schadens.⁴¹ Schon in einem Urteil von 1909, das wiederum dem Patentschutz gilt, zitiert es die im *Ariston*-Urteil verteidigte Gewinnhaftung aber schon wie später der Bundesgerichtshof als das Produkt einer ‚Analogie der Geschäftsführung‘;⁴² und es nutzt diese nun dergestalt aus, dass es den Anspruch auf Auskehr des erzielten Gewinns um ein Auskunftsrecht ergänzt, mit dem sich der Rechtsinhaber einen Überblick über den Umfang seines Anspruchs verschaffen kann.⁴³ Dass das zwischenzeitlich in Kraft ge-

39 RGZ 35, 63, 71.

40 RG, Urteil vom 31. Dezember 1898 – I 360/98 („Vergärung von Maische“), RGZ 43, 56, 58 f. – Entgegen *Ernicke* (Fn. 31), S. 309 kann man auch für diese Entscheidung nicht behaupten, das Reichsgericht erkläre den Anspruch auf den Verletzerge Gewinn regelrecht zu einem solchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag.

41 RG, Urteil vom 7. März 1900 – I 459/99, RGZ 46, 14, 17 f.

42 RG, Urteil vom 3. Februar 1909 – I 99/08, RGZ 70, 249, 250.

43 Vgl. auch das Urteil vom 4. Mai 1923 – II 310/22, RGZ 108, 1, 5 ff. Das Reichsgericht führt hier in einem *obiter dictum* den Auskunftsanspruch im Urheber- und

trete BGB einen solchen Anspruch gemäß seinen §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 666 nur noch in dem Fall gewährt, dass jemand vorsätzlich ein fremdes Geschäft im eigenen Interesse geführt hat, erkennt das Gericht dabei durchaus als Problem an. Es versucht ihm mit dem Argument zu begegnen, dass die Vorschriften des BGB über die Geschäftsanmaßung eben nicht direkt, sondern nur in „Ausbildung des patentrechtlichen Begriffs der Entschädigung“ zur Anwendung kommen.⁴⁴ So sind die Rechtsfolgen der Geschäftsanmaßung von ihrer Wurzel im BGB gekappt und in das Patentrecht verpflanzt, wo sie dessen Gesetzmäßigkeiten unterworfen sind. Die Beschränkung auf ein vorsätzliches Verhalten des Geschäftsbesorgers kann hier aus Sicht des Reichsgerichts deshalb keine Rolle mehr spielen, weil der maßgebliche Haftungstatbestand in § 35 des Patentgesetzes vom 7. April 1891 eine Haftung nicht nur bei Vorsatz, sondern auch bei grob fahrlässigem Verhalten des Patentverletzers statuiert.⁴⁵

2. *Der Vergleich zum Eigentum*

Ein zweiter Argumentationsstrang im *Ariston-Urteil* ist eng mit der Theorie von der Wahlfeststellung des Haftungsgrundes verwoben: Indem das Reichsgericht zur Begründung des Anspruchs auf Auskehr des durch die Rechtsverletzung erzielten Gewinns davon spricht, dass sich der Schädiger die Früchte des geistigen Rechts angeeignet habe und diese nun behalten wolle, insinuiert es, der herauszugebende Gewinn gebühre schon dem Rechtsinhaber. Denn nur in diesem Fall kann das schädigende Ereignis gerade darin bestehen, dass er von dem Rechtsverletzer nicht herausgegeben wird, und der gehörige Schadensersatz muss in seiner Auskehr bestehen.

Das Reichsgericht greift diesen Gedanken im weiteren Verlauf seiner Erörterung wieder auf, indem es die Verwertung des Urheberrechts der Veräußerung einer marktgängigen Sache gegenüberstellt: So wie hier ein Gewinn aus der Sache selbst gezogen werde, erlange derjenige, der ein Immaterialgüterrecht verwerte, durch den Erlös ein Produkt, in dem sich die Rechtsausübung niederschläge. Man dürfe sich nicht davon verwirren lassen, dass das geistige Eigentum noch in anderer Weise genutzt werden könne, und hieraus schließen, dass seinem Inhaber nichts entzogen werde.

Patentrecht auf die Analogie zur Geschäftsanmaßung zurück, will diese aber nicht bei Warenkennzeichnungen zum Zuge kommen lassen und leitet die Auskunftspflicht des Verletzers aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ab.

44 RGZ 70, 249, 251.

45 RGZ 70, 249, 252.

Da ihm der Gewinn selbst zustehe, erleide er auch dann einen Nachteil, wenn er ihn selbst nicht hätte erzielen können.⁴⁶ Ein anderer Senat des Reichsgerichts kleidet diese Überlegung in einem *obiter dictum* von 1923 in die Worte, dass der unter Verletzung eines Schutzrechts hergestellte Gegenstand eine „Verkörperung“ des geschützten Gedankens darstelle.⁴⁷

Sieht man in dem Gewinn, der durch die Verwertung eines Rechts erzielt wird, ein Objekt, das seinem Inhaber gleichsam wie Eigentum zugeordnet ist, lässt sich der Anspruch auf Gewinnherausgabe zwanglos ableiten. Da die haftungsbegründende Handlung in diesem Fall in der Vorenthaltung des Gewinns liegt, kann Schadensersatz in Gestalt seiner Herausgabe verlangt werden. Was bei dieser Betrachtung ausgeblendet bleibt, ist, dass sich das Eigentum an einer Sache, von den sowohl im römischen als auch im geltenden Recht seltenen Ausnahmefällen einer dinglichen Surrogation abgesehen, gerade nicht in einem Erlös fortsetzt, den der Schädiger im Austausch für die Sache oder ihre zeitweise Überlassung erlangt. Weder der Preis, den er bei ihrem Verkauf einnimmt, noch der Mietzins, den er durch ihre Vermietung erzielt, fallen automatisch dem Sacheigentümer zu. Dieser ist vielmehr, sofern nicht die Regeln des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses eingreifen, auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag angewiesen, um ihre Auskehr zu erwirken.

Versagt der Gedanke einer ‚Verkörperung‘ des Rechts in einem Produkt schon beim Eigentum als dem Vorbild für die Beurteilung der Ausbeute eines Immaterialgüterrechts, lässt sich für dieses auch keine Verpflichtung zur Gewinnherausgabe im Rahmen des Schadensersatzrechts herleiten. Es überrascht denn auch nicht, dass das Reichsgericht die Idee der Rechtsfortwirkung in seiner Entscheidung von 1923 ausdrücklich mit einem Zitat von Normen über die Geschäftsanmaßung verbindet. Nur durch sie und vergleichbare schuldrechtliche Instrumente kann eine Zuordnung des Gewinns zum Rechtsinhaber erreicht werden. Der Gedanke spielt in der weiteren Diskussion folglich auch keine Rolle mehr. Ja, er wird geradezu umgekehrt, indem statt der Ähnlichkeit gerade der Unterschied zum Eigentum betont wird, der eine besondere Behandlung der Immaterialgüterrechte rechtfertigen soll.

46 RGZ 35, 63, 74.

47 RGZ 108, 1, 5 f.

3. Das römische Recht

Ein weiterer Begründungsansatz, der nach Inkrafttreten des BGB zwangsläufig fallengelassen werden musste, ist der Rekurs auf römische Rechtsquellen. Im *Ariston-Urteil* bedient sich das Reichsgericht seiner noch differenziert. Es stellt zunächst fest, dass die „Bestimmungen des bürgerlichen Rechts“, also die Grundsätze des Gemeinen Rechts, durchaus in Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes von 1870 zur Anwendung kommen können.⁴⁸ Dann verweist das Gericht auf die sogenannten prätorischen Deliktssklagen, die in der Tat eine gewisse Ähnlichkeit zu dem vom Urheberrechtsgesetz gewährten Anspruch haben.⁴⁹ Schließlich führt das Reichsgericht eine Reihe von Texten an, die Beweis dafür erbringen sollen, dass eine Gewinnherausgabe, wenn sie nach römischem Recht geschuldet war, stets die gesamte beim Schuldner eingetretene Bereicherung einschließe.⁵⁰

Wie das Reichsgericht nicht verschweigt, beziehen sich die einschlägigen Aussagen zur Gewinnhaftung zumeist nicht auf Schadensersatzansprüche. Stattdessen betreffen sie vor allem Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag, die sich aus dem Verkauf einer fremden Sache ergeben. Sie verpflichtete den Veräußerer nach Gemeinem Recht entweder mit der Kondiktion, weil er in das Eigentum eines anderen eingegriffen hatte,⁵¹ oder mit Geschäftsführungsklage, der *actio negotiorum gestorum*, weil er mit dem Verkauf das Geschäft des Eigentümers geführt hatte und der Tatbestand der Geschäftsanmaßung keineswegs auf ein vorsätzliches Handeln beschränkt war⁵². Anspruchsziel war jeweils der vereinnahmte Kaufpreis.

Außerdem erwähnt das Reichsgericht noch die Bereicherungshaftung im Rahmen der *rei vindicatio*⁵³ und der Erbschaftsklage⁵⁴ sowie schließlich die Verpflichtung eines Entleihers zur Herausgabe des Gewinns, den er durch unerlaubte Vermietung der ihm unentgeltlich überlassenen Sache gezogen hat.⁵⁵ Im einen Fall haben wir es, modern gesprochen, mit einer

48 RGZ 35, 63, 71 f.

49 S. u. unter 4.

50 RGZ 35, 63, 71 f.

51 D 12.1.23 Afr 2 quaest (hierzu etwa *Harke*, Das klassische römische Kondiktionensystem, IVRA 54 (2003) 49, 81 ff.), CJ 4.51.1 (Kaiser Alexander Severus vom 8. Juli 224).

52 D 3.5.48 Afr 8 quaest (hierzu *Harke*, Geschäftsführung und Bereicherung, Berlin 2007, S. 30 ff.), CJ 3.32.3.1 (Kaiser Alexander Severus vom 30. Oktober 222).

53 D 6.1.17 Ulp 16 ed.

54 D 5.3.22 Paul 20 ed.

55 D 13.6.13.1 Pomp 11 Sab.

Konstellation des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses und der entsprechenden Beziehung zwischen einem Erben und Erbschaftsbesitzer, im zweiten mit einer vertraglichen Haftung zu tun.

Obwohl keiner dieser Ansprüche einen Vergleich mit dem Schadensersatzanspruch aushält, der sich aus der Verletzung geistigen Eigentums ergibt, zitiert das Reichsgericht die einschlägigen Texte in der patentrechtlichen Entscheidung von 1898 bereits zum Beweis eines Satzes, der sich durchaus auch hierauf münzen lässt. Er lautet, dass sich der Begriff einer Bereicherung nicht auf den Gewinn beschränkt, den der Berechtigte selbst hätte ziehen können.⁵⁶ Damit ist eine Regel gefunden, die Schadensersatz, Bereicherungshaftung und Geschäftsführung ohne Auftrag integriert und ihre Grenzen völlig verschwimmen lässt. Fortleben kann dieser Gedanke, nachdem das römische Recht seine Geltung eingebüßt hat, nur noch in Gestalt eines Analogieschlusses zur Geschäftsanmaßung, in dem auch die Theorie des Reichsgerichts von der Wahlfeststellung des schädigenden Ereignisses aufgegangen ist.

4. Die ergänzenden Bereicherungsklagen

a) Das Gemeine Recht

Nicht mit dem Außerkrafttreten des römischen Rechts erledigt hat sich eine andere Erwägung, die das Reichsgericht in der Ariston-Entscheidung unter Hinweis auf die prätorischen Deliktssklagen anstellt. Denn sie hat einen unmittelbaren Bezug zum Urheberrechtsgesetz von 1870 und sogar noch zum BGB. Durch ein Zitat der einschlägigen Quellen⁵⁷ beruft sich das Reichsgericht auf vier verschiedene Klagen, namentlich die gegen Gläubigerbenachteiligung gerichtete *actio Pauliana*, die heute in der Anfechtung nach dem AnfG und der InsO weiterlebt,⁵⁸ dann die Klage gegen einen *calumniator*, der gegen Geld eine schikanöse Klage erhoben hat,⁵⁹ ferner das *interdictum unde vi*, das die Besitzentziehung im Fall eines Grundstücks sanktioniert, sowie schließlich die *actio de dolo*, Vorläufer des heutigen Anspruchs wegen sittenwidriger Schädigung aus § 826 BGB. In allen diesen Fällen war der Hauptanspruch auf Ausgleich des rechtswidrig

56 RGZ 43, 56, 59 f.

57 RGZ 35, 63, 72.

58 Hierauf bezieht sich das Zitat von D 42.8.10.24 Ulp 73 ed.

59 Dieser Klage gilt der vom Reichsgericht genannte Text D 3.6.5pr Ulp 10 ed.

herbeigeführten Schadens von einem Bereicherungsanspruch begleitet, der hilfsweise bei Unzuständigkeit der Schadensersatzklage eingriff.⁶⁰ Bei der Klage wegen schikanöser Prozessführung richtete er sich gegen den Erben des Schädigers, dem selbst kein Tatvorwurf gemacht werden konnte; bei den drei anderen Ansprüchen griff die Bereicherungsklage nach Ablauf der Jahresfrist ein, die zum Wegfall des Schadensersatzrechts führte.

b) Urheberrechtsgesetz und BGB

Beide Modelle haben Nachfolger im BGB und im Urheberrechtsgesetz von 1870: Nach der Vorschrift des § 852 S. 1 BGB, die seit 1900 bis zur Schuldrechtsreform als § 852 Abs. 2 oder 3 BGB a. F. galt, ist ein deliktsrechtlich verantwortlicher Schädiger auch nach Eintritt der Verjährung des Schadensersatzanspruchs zur Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Und gemäß § 18 Abs. 5 des Urheberrechtsgesetzes von 1870 haftete derjenige, der einen Nachdruck ohne Verschulden vorgenommen und daher nicht nach Abs. 1 der Bestimmung zu vollem Schadensersatz verpflichtet war, „dem Urheber oder dessen Rechtsnachfolger für den entstandenen Schaden nur bis zur Höhe seiner Bereicherung“.

Die nach Gemeinem Recht eröffneten Bereicherungsklagen nennt das Reichsgericht ein „Residuum des schlechthin auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs“, das zweifellos auf Herausgabe des vollen Gewinns gerichtet sei.⁶¹ So unterstützt das Gericht einen auch anhand des Textes des Urheberrechtsgesetzes gezogenen Schluss *a maiore ad minus*: Kann der Inhaber des verletzten Rechts schon von einem schuldlos handelnden Täter die Herausgabe der erlangten Bereicherung verlangen, muss er dies erst recht von einem Täter fordern können, der sich den Vorwurf des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit gefallen lassen muss. Man dürfe dem Gesetzgeber nicht unterstellen, er habe den Bereicherungsanspruch nur für den Fall fehlenden Verschuldens vorgesehen. Stattdessen habe er mit der Regelung klarstellen wollen, dass der Urheber stets die Auskehr der Bereicherung verlangen könne, während nur im Fall einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Rechtsverletzung auch ein hiervon unabhängiger Schadensersatz geschuldet werde.⁶²

60 Beide Klagen werden in D 44.7.35 behandelt, worauf das Reichsgericht ebenfalls verweist.

61 RGZ 35, 63, 72.

62 RGZ 35, 63, 66.

Mit dieser Argumentation stellt das Reichsgericht die gesetzgeberische Absicht geradezu auf den Kopf: Wenn § 18 Abs. 5 des Urheberrechtsgesetzes von 1870 eine Haftung „für den entstandenen Schaden“ bis zur Höhe der eingetretenen Bereicherung vorsieht, ist damit eindeutig zum Ausdruck gebracht, was auch schon für die prätorischen Deliktsklagen des römischen Rechts galt: Die Bereicherungsansprüche sollen lediglich in Ergänzung zu den Hauptklagen auf Schadensersatz und damit ebenso wie diese nur in dem Fall gewährt werden, dass dem Opfer der Tat überhaupt ein Schaden entstanden ist.⁶³ Die Bereicherung des ohne sein Verschulden oder zu spät in Anspruch genommenen Schuldners ist nicht der Gegenstand des Anspruchs, sondern beschreibt lediglich die Grenze, bis zu der Schadensersatz zu leisten ist. Dementsprechend wird die auszukehrende Bereicherung in der Begründung des Urheberrechtsgesetzes von 1870 auch sogar als ein *minus* gegenüber dem „vollen Ersatze des Schadens“ genannt.⁶⁴

c) Eine zeitlose Rechtsanalogie

Selbst wenn sie die Absicht des Gesetzgebers verfehlt und schwerlich als gehörige Auslegung der maßgeblichen Vorschriften gelten kann, hat die Argumentation des Reichsgerichts aber doch etwas für sich. Denn sie deckt einen Wertungswiderspruch im Regelungsgefüge auf. Dem Bereicherungsanspruch gegen einen schuldlosen oder verspätet belangten Anspruchsgegner liegt die Erwägung zugrunde, dass der infolge eines rechtswidrigen Verhaltens erzielte Gewinn eher dem Anspruchsteller als seinem zufälligen Inhaber gebührt. Diese Überlegung ist unabhängig davon, ob und in welcher Höhe der Geschädigte einen Vermögensnachteil erlitten hat. Denn sie knüpft nicht an den angerichteten Schaden, sondern an den Haftungstatbestand, an, der eine Bereicherung des Verletzers oder seines Rechtsnachfolgers ungerecht erscheinen lässt. Folglich liegt nahe, sich über den unvollständig gebildeten Willen des Gesetzgebers hinwegzusetzen und die Regelung in der vom Reichsgericht vorgeschlagenen Weise fortzubilden. Die Haftung wegen Rechtsverletzung ist dann stets von einem Anspruch auf Abschöpfung der eingetretenen Bereicherung ergänzt, ohne dass hierfür auf das Kondiktionsrecht zurückgegriffen werden müsste. Dies ist zwar strenggenommen keine Art der ‚Schadensberech-

63 Vgl. *Ernicke* (Fn. 31), S. 158 f.

64 Reichstagsprotokolle 1867/70, Bd. 12, S. 135.

nung⁶⁵, sondern eher ein eigenständiger Bereicherungsanspruch. In der Zuweisung zum Schadensersatzrecht kann man jedoch eine Chiffre dafür erkennen, dass die Bereicherungshaftung untrennbar mit der Schadensersatzpflicht verknüpft ist und nicht die Schwächen einer Kondiktion teilt.

Als Grundlage für diese Rechtsfortbildung konnte das Reichsgericht durchaus zu Recht auf die von ihm bemühten Bestimmungen des ‚bürgerlichen Rechts‘ zurückgreifen. Selbst wenn seine Anwendung des Urheberrechtsgesetzes nicht dem Willen von dessen Urhebern entsprach, hätte es doch auf eine Rechtsanalogie setzen können, die an die Tatbestände der Bereicherungshaftung bei den prätorischen Deliktsklagen anknüpfte. Ihnen lässt sich ein allgemeiner und übergreifender Rechtsgedanke entnehmen, der eine Rechtsfortbildung auch im Fall des Urheberrechts zu tragen vermag.

Diese Rechtsfortbildung ist keineswegs auf das Urheberrechtsgesetz von 1870 beschränkt; sie ist auch nach dessen Ersetzung durch die Gesetze von 1901 und 1909 sowie in allen anderen Fällen der Haftung für die Verletzung eines immateriellen Rechts denkbar, in denen die maßgebliche Bestimmung lediglich eine ‚Entschädigung‘ des Rechtsinhabers vorsah. Denn mit § 852 BGB hat sich ihr Anknüpfungspunkt auch im allgemeinen bürgerlichen Recht des 20. Jahrhunderts erhalten. Und er ist durch Verweisungen in den Spezialgesetzen zum Schutz des geistigen Eigentums hier inzwischen sogar eigens für anwendbar erklärt worden.⁶⁵ Der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform sieht im Patentrecht geradezu einen regelrechten Schwerpunkt im Anwendungsbereich von § 852 BGB.⁶⁶

Im Gegensatz zu der vom Reichsgericht behandelten Bestimmung des Urheberrechtsgesetzes von 1870 läuft eine Rechtsfortbildung im Fall von § 852 BGB auch weder dem Wortlaut des Gesetzes noch der Absicht des Gesetzgebers zuwider. Die Bestimmung spricht nämlich nicht mehr von einem der Höhe nach begrenzten Schadensersatz, sondern von einer Bereicherung, die aus der unerlaubten Handlung hervorgegangen ist. Der Gesetzgeber von 1900 verstand dies noch als die Regelung eines Kondiktionsanspruchs, der neben dem Schadensersatzrecht aus demselben Vorgang entspringt.⁶⁷ Die heute gängige Auffassung, dass es sich bei dem Bereiche-

65 §§ 102 S. 2 UrhG, 141 S. 2 PatG, 20 S. 2 MarkenG, 49 S. 2, DesignG, 24f S. 2 GebrMG.

66 Vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs in BT-Drucks. 14/6040, S. 270, 282.

67 Mot., Mugdan, Bd. 2, S. 414: „Der § 720 [E I = § 852 Abs. 3 BGB a. F.] hebt dies in Ansehung des Kondiktionsanspruches, wenn durch das Delikt nicht nur ein Schaden gestiftet, sondern der Täter auch bereichert ist, hervor, indem zugleich der Kondiktionsanspruch inhaltlich geregelt wird.“

rungsanspruch um eine weitere Erscheinungsform des Schadensersatzrechts handelt,⁶⁸ trifft also keineswegs das Regelungsziel des historischen Gesetzgebers. Ihm entspricht es eher, den Bereicherungsanspruch im Wege der Rechtsfortbildung auch unabhängig von einem Schaden zu gewähren, wenn nur der Haftungstatbestand gegeben ist. Vor Eintritt der Verjährung muss er dem Schadensersatzanspruch freilich insoweit entsprechen, als er nicht dem Einwand eines Wegfalls der Bereicherung unterliegt. Denn solange der Schädiger in vollem Umfang für die im Vermögen des Geschädigten eingetretenen Nachteile haftet, besteht kein Anlass, ihm die Erleichterungen des Kondiktionsrechts zugutekommen zu lassen.

Schon vor Umsetzung der Richtlinie zum Schutz des geistigen Eigentums hatte der von der Rechtsprechung zum Immaterialgüterrecht befürwortete Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns damit eine hinreichende gesetzliche Grundlage. Sie gab der im *Ariston-Urteil* getroffenen Entscheidung für eine Gewinnhaftung keine geringere, sondern eher noch größere Rechtfertigung als die Bereicherungsansprüche des römischen Rechts, bei denen das gesetzgeberische Motiv im Gegensatz zum BGB im Dunkeln lag.

IV. Fazit: Eine allgemeine ‚Schadensberechnung‘ der zweiten und dritten Art

Folgt man den tragfähigen Ansätzen im *Ariston-Urteil*, gelangt man zu dem Ergebnis, dass die seither erprobte dreifache Art der Schadensberechnung durchaus mit dem allgemeinen Schadensrecht des BGH vereinbar, aber kein exklusives Merkmal der Immaterialgüterrechte und verwandter Positionen ist:⁶⁹

Der Anspruch auf eine angemessene Lizenzgebühr muss zumindest in Deutschland keineswegs als „Pauschalbetrag“ gewährt werden, wie ihn die Richtlinie zum Schutz des geistigen Eigentums als Alternative zu

68 BGH, Urteil vom 30. November 1976 – X ZR 81/72 („Kunststoffhohlprofil“), NJW 1977, 1194, 1195, Urteil vom 14. Februar 1978 - X ZR 19/76 („Fahrradgepäckträger II“), NJW 1978, 1377, 1379, Urteil vom 12. Juli 1995 – I ZR 176/93, NJW 1995, 2788, 2790.

69 Als allgemeines Institut habe ich sie auch schon aus dem Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag zu folgern versucht, dessen Geltungsbereich der Gesetzgeber von 1900 durch die Regelung in § 687 BGB über Gebühr verengt hat; vgl. *Harke* (Fn. 19), Rn. 347 ff.

einem konkret berechneten Schaden vorsieht.⁷⁰ Vielmehr ergibt er sich zwanglos aus einer entsprechenden Rekonstruktion des hypothetischen Geschehensablaufs für den Fall, dass die Rechtsverletzung unterblieben wäre. Die schon durch die bloße Forderung der Lizenzgebühr bekundete Bereitschaft des Geschädigten, eine Nutzung seines Rechts gegen Entgelt hinzunehmen, taugt als hinreichende Grundlage für die Annahme, es wäre bei ordnungsgemäßem Verhalten des Schädigers zum Abschluss eines Lizenzvertrags gekommen. Hier liegt der richtige Kern der Annahme des Reichsgerichts, der Rechtsinhaber könne im Nachhinein entscheiden, worin er das schädigende Ereignis und den Schaden sehen will. Die Unterstellung eines hypothetischen Einvernehmens der Parteien, mit dem die Rechtsverletzung vermieden worden wäre, ist danach aber keine Besonderheit der Immaterialgüterrechte. Sie füllt nur den Spielraum aus, der einem Rechtsanwender bei der Differenzbetrachtung stets eröffnet ist. Folglich kann sie auch bei der Verletzung von Eigentum an Sachen oder anderen Rechten zum Zuge kommen.

Kein Produkt der Rekonstruktion des hypothetischen Kausalverlaufs ist hingegen der Anspruch auf Auskehr des durch die Rechtsverletzung erzielten Gewinns. Hier ist das Reichsgericht in seiner Theorie von der Wahlfeststellung des Schadens zu weit gegangen. Es hat aber eine andere Erklärung gefunden, die auch heute noch verfährt: Ordnet ein Gesetz, wie es das BGB in § 852 BGB tut, hilfsweise die Herausgabe einer durch eine Schädigung erzielten Bereicherung an, lässt sich hieraus schließen, dass ein solcher Anspruch stets als Alternative zum Recht auf Ausgleich der beim Geschädigten eingetretenen Nachteile besteht. Denn die Verpflichtung zur Auskehr der eingetretenen Bereicherung knüpft nicht an den angerichteten Schaden, sondern an dessen Ursache an. Ihr liegt die Erwägung zugrunde, dass ein Verbleib des mit der unerlaubten Handlung erzielten Gewinns beim Täter keine Rechtfertigung findet. Zwar hat das Reichsgericht hierin zu Unrecht eine Überlegung gesehen, die sich noch im Rahmen der Gesetzesauslegung anstellen lässt. Sie lässt sich jedoch zumindest im Wege der Rechtsfortbildung einsetzen. Denn das mit dem Bereicherungsanspruch verfolgte Ziel der Gewinnabschöpfung erheischt vor Eintritt einer Verjährung nicht minder Beachtung als danach, so dass die exklusive Zuständigkeit des Anspruchs im Fall der Verjährung des Schadensersatzrechts

70 Im Ergebnis ebenso *Rau* (Fn. 4), S. 279 ff., der aber einen „Rechtsguttschaden“ annimmt, weil das betroffene Recht nach seinem Eingriff „geschmälert“ sei. Dies läuft auf die Gewährung einer Kompensation für eine bloße Gewinnchance hinaus, die sich aber nicht mit der Ausgleichsfunktion rechtfertigen lässt.

einen ungewollten Wertungswiderspruch hervorbrächte. Man kann ihn sowohl als eigenständigen Bereicherungsanspruch als auch als Aspekt des Schadensersatzanspruchs ansehen. Wichtig ist die Verknüpfung mit diesem insofern, als er vor der Verjährung des Schadensersatzrechts nicht dem Regime der §§ 818 ff. BGB und insbesondere nicht dem Einwand des Wegfalls der Bereicherung unterliegt. Ebenso wie die Lizenzanalogie ist der Anspruch auf Auskehr des unrechtmäßig erzielten Gewinns wiederum kein Spezifikum der Immaterialgüterrechte. Sein Anwendungsbereich ist ebenso weit wie der des § 852 BGB und erfasst damit alle unerlaubten Handlungen.