

Kapitel 5: Lizenzanalogie und Gewinnabschöpfung im allgemeinen Bürgerlichen Recht, Persönlichkeitsrecht und Lauterkeitsrecht

Nach verbreiteter Einschätzung befindet sich das Schadensrecht „in einer Krise“, es sei in einem „desolaten, verworrenen Zustand“.¹ Doch damit wird beklagt, was wenig verwunderlich ist. Das Schadensrecht soll einheitliche Lösungen für unterschiedlichste Phänomene verschiedener Rechtsgebiete bereithalten, denen jeweils eigene normative Wertungen zugrunde liegen. Die Hoffnung, hierfür abstrakte Vorgaben schaffen zu können, die bis in die feinsten Verästelungen eindeutige und konsistente Ergebnisse produzieren, ist illusorisch. Das Ende des 19. Jahrhunderts formulierte Ziel, einen einheitlichen Schadensbegriff zu definieren, ist mittlerweile zu Recht aufgegeben worden.² Aufgabe des Schadensrechts kann nur sein, durch Systembildung Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu schaffen.³ Deswegen wurde die besondere immaterialgüterrechtliche Schadensberechnung in Kapitel 4 wieder stärker in das allgemeine Schadensrecht integriert.

In diesem Kapitel 5 sollen die Ergebnisse des vorangegangenen Kapitels mit dem allgemeinen Schadens- und Haftungsrecht rückgekoppelt und so überprüft werden, ob die verbleibenden Besonderheiten des Immaterialgüterrechts auch in anderen Bereichen ihre Berechtigung haben. Vor solchen Rückschlüssen wird teilweise gewarnt: Nach *Koziol* neigen Sonderrechte häufig zu Entwicklungen, „die ohne ausreichende sachliche Rechtfertigung von Grundprinzipien des allgemeinen Privatrechts abweichen“.⁴ Die Schadensberechnung des Immaterialgüterrechts solle daher als isolierter Sonderweg angesehen werden, um die allgemeine Schadensdogmatik unbeeinflusst, gemeint ist wohl: unbeschädigt, zu lassen.⁵ Allerdings muss bei all diesen Befürchtungen um die deutsche Schadensdogmatik bedacht werden, dass die fortschreitende europäische Harmonisierung vor dem Schadensrecht nicht Halt macht. Wegen der umfangreichen rechtsvergleichenden Vorarbeiten⁶ ist damit zu rechnen, dass nach dem immaterialgüterrechtlichen früher oder später auch das allgemeine Schadensrecht vereinheitlicht wird. Dann ist nicht auszuschließen, dass die bereits existierenden Normen der besonderen Rechtsbereiche eine Vorbildfunktion einnehmen.⁷

Auch für das deutsche Recht hat der I. Zivilsenat des BGH in der *Paul Dahlke*-Entscheidung ganz allgemein als gewohnheitsrechtlichen Grundsatz an-

1 Stoll, Vermögensschaden, S. 1 mwN. Zustimmend HKK/Jansen, § § 249-253, 255 Rn. 125.

2 Soergel¹³/Ekkenga/Kuntz, § 252 Rn. 41; MünchKommBGB⁷/Oetker, § 249 Rn. 22; Palandt⁷⁵/Grüneberg, vor § 249 Rn. 10; NK-BGB²/Magnus, vor § 249 Rn. 18; Staudinger²⁰⁰³/Schiemann, vor § 249 Rn. 41; Medicus, FS Nobbe, 995, 1008.

3 Dazu bereits oben Kapitel 4 A.II.1.

4 Koziol, FS Medicus 2009, 237, 244.

5 Peifer, WRP 2008, 48, 49.

6 Vgl. dazu insbesondere die Rechtsvereinheitlichungsprojekte, oben Kapitel 3 D.VI.

7 Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim⁵⁴/Stieper, Art. 118 AEUV Rn. 42.

gesehen, dass bei „Eingriffen in Ausschließlichkeitsrechte, die üblicherweise nur gegen Entgelt gestattet werden“, der Schaden nach einer üblichen Lizenzanalogie sowie durch die Herausgabe des Verletzergewinns berechnet werden könne.⁸ Von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung kann angesichts der breiten Kritik, der die dreifache Schadensberechnung gerade im allgemeinen Bürgerlichen Recht ausgesetzt war, kaum gesprochen werden.⁹ Allerdings hat der I. Zivilsenat damit den Kern der immaterialgüterrechtlichen Schadensberechnung herausgearbeitet: Der Eingriff in die Ausschließungsfunktion vermögenswerter Rechte als solcher sollte in den Fokus des deliktsrechtlichen Schutzes rücken und so den Rechtsgüterschutz stärken.

Gegen eine Übernahme von immaterialgüterrechtlichen Grundsätzen spricht *de lege lata* nicht, dass der Gesetzgeber die besondere Form der Schadenberechnung nur im Immaterialgüterrecht geregelt hat. Er wollte dadurch allein seiner Verpflichtung aus der Durchsetzungs-RL nachkommen, aber keine abschließende Regelung mit Aussagegehalt für andere Rechtsbereiche treffen. Die Durchsetzungs-RL ermutigt die Mitgliedstaaten dazu, ihre Instrumente der Rechtsdurchsetzung auf andere Bereiche auszudehnen (Erwgr 13 S. 2).

A. Die Lizenzanalogie als Mindestschaden

Die Lizenzanalogie ist eine Umschreibung dafür, dass der Inhaber eines Rechts wenigstens den objektiven Wert des rechtswidrigen Eingriffs als Schaden geltend machen darf. Die Beeinträchtigung des Integritätsinteresses, der Rechtsgutseingriff als solcher, wird als Mindestschaden einer Rechtsverletzung angesehen. Damit wird das Interesse des Rechtsinhabers an der Unverbrüchlichkeit der ihm zugeordneten Rechte ausgedrückt. Gleichzeitig verstärkt dies die Präventivfunktion des Schadensersatzes, weil folgenlose Rechtsverletzungen weitgehend verhindert werden. Es gibt keinen Eingriff ohne Schaden. Die übliche Lizenzgebühr ist nur der Maßstab, um den objektiven Wert des Rechtsgutseingriffs auszudrücken.¹⁰ Eine solche Sichtweise ist mit dem Schadensbegriff des BGB vereinbar, wie oben ausführlich begründet wurde. Für das Immaterialgüterrecht hat der Gesetzgeber den objektiven Schadensbegriff anerkannt, weil ohne einen solchen Mindestschadensersatz typische Rechtsverletzungen regelmäßig nicht angemessen geahndet werden könnten. Im Folgenden soll untersucht werden, ob dieser Mindestschaden auch bei anderen Rechtsverletzungen ein sinnvolles Präventivsignal ist.

⁸ BGHZ 20, 345, 353 – Paul Dahlke.

⁹ Vgl. dazu die Nachweise oben Kapitel 1 A. und Kapitel 4 D.III.4.

¹⁰ Oben Kapitel 4 B.II.3., III.

Eine solche Schadensbestimmung kann nicht pauschal für das Sacheigentum oder Lauterkeitsrecht bejaht oder verneint werden. Es ist vielmehr anhand typischer Fallgruppen zu prüfen, ob die Eingriffsintensität eines üblichen Eingriffs in den Schutzbereich des Rechts bereits hinreichend durch herkömmliche Schadenspositionen ausgeglichen wird und ob die Lizenzanalogie differenziertere Lösungen und damit einen angemesseneren Interessenausgleich ermöglichen kann.

I. Eigentumsverletzungen

1. Substanzbeeinträchtigungen und dauerhafte Besitzentziehung

Bei Substanzbeeinträchtigungen und (dauerhaften) Besitzentziehungen darf der Eigentümer die objektive Wertminderung bzw. den Marktpreis der entzogenen Sache als Mindestschaden verlangen.¹¹ Das gilt unabhängig davon, ob sich die Wertminderung in seinem Vermögen spürbar ausgewirkt hat. Daher wird auch der Wert einer zerstörten Maschine ersetzt, die der Eigentümer unwirtschaftlich eingesetzt hatte, auch wenn er keine Absicht hatte, diese zu veräußern.¹² Ein weiteres Beispiel für den objektiven Mindestschaden ist der merkantile Minderwert eines Autos.¹³ Er entsteht dadurch, dass Autos mit Unfallschäden am Markt einen geringeren Wert haben, selbst wenn die Unfallfolgen vollständig beseitigt wurden.¹⁴ Der Schädiger muss diesen Minderwert auch dann ersetzen, wenn der Eigentümer den Wertverlust nicht zu spüren bekommt, etwa weil er sein Auto bis zum Ende von dessen Lebensdauer selbst nutzen möchte.¹⁵

2. Nutzungsausfallschaden

Kann der Eigentümer sein Eigentum wegen der Rechtsverletzung für eine begrenzte Zeit nicht nutzen, hat er im Grundsatz einen Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfallschadens.¹⁶ Auch wenn diese Fallgruppe mittlerweile anerkannt

11 *Lange/Schiemann*, Schadensersatz³, S. 41; *Larenz*, SchuldR I¹⁴, § 29 I b (S. 483); *MünchKommBGB*⁷/*Oetker*, § 249 Rn. 25; *Staudinger*²⁰⁰⁵/*Schiemann*, vor § 249 Rn. 37; *Bamberger/Roth*³/*Schubert*, § 249 Rn. 14; *HKK/Jansen*, §§ 249-253, 255 Rn. 106 mwN; *Bitter*, AcP 205 (2005), 743, 774.

12 *Lange/Schiemann*, Schadensersatz³, S. 41. Vgl. auch *Larenz*, SchuldR I¹⁴, § 29 I b (S. 483) mit weiteren Beispielen.

13 Das betrifft auch andere Gegenstände, etwa Pferde (OLG Stuttgart NJW-RR 2012, 472) oder Musikinstrumente (BAG NJW 1988, 932). Weitere Beispiele bei *MünchKommBGB*⁷/*Oetker*, § 249 Rn. 54.

14 BGHZ 35, 396, 397 ff.; 161, 151, 159 f.; BAG NJW 1988, 932; *MünchKommBGB*⁷/*Oetker*, § 249 Rn. 53 f.; *Soergel*¹³/*Ekkenga/Kuntz*, § 249 Rn. 151; *Palandt*⁷⁵/*Grüneberg*, § 251 Rn. 14. Vgl. auch Art. 10:203 PETL.

15 BGHZ 35, 396, 397 ff.; *MünchKommBGB*⁷/*Oetker*, § 249 Rn. 53; *Palandt*⁷⁵/*Grüneberg*, § 251 Rn. 14; *Esser/Schmidt*, SchuldR I/2⁸, § 32 II 2a, (S. 207 f.). Anders noch BGHZ 27, 181, 187 ff.

16 Zu den Einzelheiten BGHZ 98, 212, 217 ff. (GSZ); 63, 393, 396 f.; 86, 128, 131; *Bamberger/Roth*³/*Schubert*, § 249 Rn. 27 ff. Zur historischen Entwicklung *HKK/Jansen* §§ 249-253, 255 Rn. 126 ff. Ferner ausführlich *Wirthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile?

ist, bleibt ihre dogmatische Begründung weiter umstritten.¹⁷ Nach einem überzeugenden Ansatz hat bereits die Nutzungsmöglichkeit als solche einen ökonomischen Wert. Der Große Senat für Zivilsachen hat ausgeführt, dass sich

„Wesen und Bedeutung des Vermögens [...] nicht in dessen Bestand – dem »Haben« – erschöpfen, sondern daß sie auch die im Vermögen verkörperten Möglichkeiten für den Vermögensträger umfassen, es zur Verwirklichung seiner Lebensziele zu nutzen. Diese funktionale Zuweisung ist im vermögenswerten Recht mitgeschützt.“¹⁸

Es ist dann eine konsequente Fortführung der Lehre vom Mindestschaden, im Entzug dieser Nutzungsmöglichkeit einen Schaden zu sehen. Von diesem Ausgangspunkt betrachtet ist das Kriterium der Rechtsprechung, dass der Eigentümer auf den entzogenen Gegenstand für die „engere persönliche Lebensführung“ angewiesen sein muss,¹⁹ eine normative Begrenzung des Mindestschadens. Dahinter steht die Befürchtung, der jeweiligen Versicherungsgemeinschaft oder einem unversicherten Schädiger Kosten aufzuerlegen, denen im Regelfall keine spürbaren Einbußen oder Einschränkungen des Rechtsinhabers gegenüber stehen.²⁰ In den Fällen, in denen Schadensersatz gewährt wird, ist es für den Eigentümer *per definitionem* mit spürbaren Einbußen bei der persönlichen Lebensführung verbunden, wenn er für den Zeitraum der Nutzungsentziehung darauf verzichtet, einen Ersatzgegenstand anzumieten. Der Schadensersatz ist dann eine Art „Sparprämie“ für den fühlbaren Verzicht auf alltäglichen Komfort.²¹

Die Einschränkung der Ersatzfähigkeit auf Gegenstände der engeren persönlichen Lebensführung hat im Regelfall kaum Auswirkungen auf die Präventionsfunktion des Schadensersatzes bei Eigentumsverletzungen. Denn die Rechtsverletzung, die dem Eigentümer die Nutzung seiner Sache verwehrt, verursacht im Regelfall weitere Schäden, etwa an der Substanz, die der Verletzer ausgleichen muss. Auch bei einer Sachentziehung muss der potentielle Verletzer damit rechnen, dass der Eigentümer für die Zeit der Nutzungsentziehung einen Ersatzgegenstand anmietet und die Kosten auf ihn abwälzt. Anders als bei Immaterialgüterrechten führt die normative Begrenzung des Mindestschadens also nicht zu einem nahezu vollständigen Sanktionsdefizit.

17 Dazu *Würthwein*, Nutzungsmöglichkeit, S. 30 ff.; MünchKommBGB⁷/Oetker, § 249 Rn. 64 ff. mwN. Weiterhin ablehnend *Esser/Schmidt*, SchuldR I/2⁸, § 31 II 2 d β, (S. 192 f.).

18 BGHZ 98, 212, 218, unter Hinweis auf *v. Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, 1840, Bd. 1, S. 339 (richtig: S. 377). Dazu auch *Bitter* AcP 205 (2005), 743, 777 ff.; Soergel¹³/Ekkenga/Kuntz, vor § 249 Rn. 99 f.

19 Vgl. etwa BGHZ 98, 212, 222 (Wohnhaus); 196, 101 Tz. 9 (Internet-Anschluss); 200, 203 Tz. 11 (Eigentumswohnung); Bamberger/Roth³/Schubert, § 249 Rn. 31 mwN. Zu weiteren einschränkenden Kriterien MünchKommBGB⁷/Oetker, § 249 Rn. 70 ff.

20 Vgl. Langel/Schiemann, Schadensersatz³, S. 288; Soergel¹³/Ekkenga/Kuntz, vor § 249 Rn. 112.

21 *Medicus/Lorenz*, SchR AT²¹, Rn. 715; MünchKommBGB⁷/Oetker, § 249 Rn. 74; Soergel¹³/Ekkenga/Kuntz, vor § 249 Rn. 112; aA *Esser/Schmidt*, SchuldR I/2⁸, § 31 II 2 d β, (S. 193).

3. Rechtswidrige Nutzungen

Bisher kaum diskutiert wird die spiegelbildliche Fallgruppe des Nutzungsausfallschadens, also ob die rechtswidrige, nicht substanzbeeinträchtigende Nutzung fremden Eigentums bereits einen Schaden anrichtet, der ausgeglichen werden muss.

Das liegt am Folgenden: Das Sacheigentum lässt im Wesentlichen nur eine rivalisierende Nutzung zu. Nutzt der Verletzer den Gegenstand, kann ihn der Eigentümer nicht nutzen. Ihm entsteht ein grundsätzlich erstattungsfähiger Nutzungsausfallschaden, so dass der Schaden der Nutzungsentziehung, jedenfalls für Gegenstände der engeren persönlichen Lebensführung, ausgeglichen wird.

Begründet der Verletzer durch die rechtsverletzende Nutzung Besitz am Gegenstand, verdrängen die Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses das sonstige Deliktsrecht weitgehend.²² Der fahrlässige, aber gutgläubige Besitzer darf die eigenen Nutzungen behalten und ist von Schadensersatzzahlungen freigestellt (§ 993 I BGB), solange er sich den Besitz nicht durch verbotene Eigenmacht oder durch eine Straftat verschafft hat.²³ Der bösgläubige oder verklagte Besitzer muss dagegen für die Nutzungen nach §§ 989, 990 BGB mit dem objektiven Wert aufkommen. Nach überwiegender Ansicht verdrängen diese Sonderregelungen auch für den bösgläubigen und verklagten Besitzer alle weitergehenden Haftungsnormen.²⁴

Als Anwendungsbereich für eine „Lizenzanalogie“ bleiben demnach nur die Fälle, in denen der Verletzer fremdes Eigentum nutzt, dabei keinen (unberechtigten) Besitz erlangt und die Eigennutzung des Eigentümers nicht verdrängt. Das soll exemplarisch an der unberechtigten Untervermietung (dazu a), am unerlaubten Fotografieren fremder Sachen (dazu b) und an der Inanspruchnahme öffentlich angebotener Leistungen vertieft werden, die der Verletzer unter Umgehung des Vertragsmechanismus nutzt (dazu c).

a) Unberechtigte Untervermietung

Der Eigentümer darf nach §§ 903, 1004 BGB grundsätzlich jeden von der Nutzung seiner Sache ausschließen.²⁵ Einem Mieter räumt er im Regelfall nur ein persönliches Nutzungsrecht ein, nicht aber die Berechtigung, dieses an Dritte zu übertragen (§ 540 I 1 BGB). Sobald der Mieter die Grenzen seines Nutzungs-

22 Vgl. dazu nur Staudinger²⁰¹³/Gursky, vor § 987 Rn. 64 mwN.

23 Bei der verbotenen Eigenmacht wird allerdings nach überwiegender Ansicht wenigstens Verschulden vorausgesetzt, Palandt⁷⁵/Bassenge, § 992 Rn. 2 mwN.

24 Staudinger²⁰¹³/Gursky, vor § 987 Rn. 66 f. mwN.

25 BGH NJW 2006, 1054 Tz. 7 – Hausverbot durch Flughafenbetreiber; MünchKommBGB⁶/Wagner, § 823 Rn. 173, 180.

rechts überschreitet, greift er in das Ausschließungsrecht des Eigentümers ein. Daher stellt eine unberechtigte Untervermietung einen Eigentumseingriff dar.²⁶ Diese unbefugte Nutzung ist vergleichbar mit einer Sachbeschädigung des Mieters, die über den üblichen, vertragsgemäßen Gebrauch (§ 538 BGB) der Mietsache hinausgeht. Darüber hinaus ist die unberechtigte Nutzung des Untermieters eine Eigentumsverletzung, die dem Mieter zuzurechnen ist (§ 830 BGB).

Bei der Frage, welche Ansprüche dem Eigentümer gegenüber dem unberechtigten Untervermieter zustehen, konzentriert sich die Diskussion auf Ansprüche aus Bereicherungsrecht und Geschäftsanmaßung.²⁷ Schadensersatzansprüche werden nur am Rande diskutiert und meist deswegen verneint, weil dem Eigentümer keine eigene Untervermietung entgangen ist.²⁸ Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung steht, in welchem Ausmaß dem Eigentümer noch Nutzungsrechte an der bereits vermieteten Sache zustehen. Der Eigentümer kann die Sache selbst nicht weitervermieten, weil er das Nutzungsrecht seinem Mieter übertragen hat. Insofern hat er über den Zuweisungsgehalt seines Eigentums disponiert, so dass er – abgesehen von präventiven Überlegungen²⁹ – keinen Anspruch auf Herausgabe des *gesamten* Untermieterlöses hat.³⁰

Wie gerade ausgeführt, hat der Eigentümer das Nutzungsrecht aber nicht vollständig auf den Mieter übertragen, sondern diesem lediglich ein persönliches Nutzungsrecht eingeräumt. Ohne vertragliche Gestattung oder spätere Zustimmung darf der Mieter sein Nutzungsrecht nicht an Dritte übertragen. Soweit der Eigentümer nicht gemäß § 553 BGB zur Zustimmung verpflichtet ist, steht es in seinem Belieben, eine Weiterübertragung des Nutzungsrechts abzulehnen.³¹ Weil der Mieter Dritten kein Recht zum Besitz einräumen kann, verleiht das Eigentumsrecht dem Eigentümer weiterhin eine absolute Rechtsposition.³² Diese

26 BG, 11.2.2000, BGE 126 III 69, 73; Soergel¹³/Schmidt-Kessel/Hadding, § 812 Rn. 45; aA ohne Begründung Kern, NZM 2009, 344, 345.

27 Vgl. die Nachweise bei BGHZ 131, 297, 304 f.; Kern, NZM 2009, 344, 345.

28 BGHZ 131, 297, 307; Schmidt-Futterer¹¹/Strey, § 546a Rn. 105; Kern, NZM 2009, 344, 345; Riehm, JuS 2014, 940, 941.

29 Entgegen BGH NJW 1964, 1853 sollte § 687 II BGB auf vorsätzlich unberechtigte Untervermietung jedenfalls analog angewandt werden, ebenso BGE 126 III 69, 73 (zu Art. 423 OR); Larenz/Canaris, SchR II/2¹³, § 69 I 2 a, (S. 173, ohne Angabe einer Rechtsgrundlage). Wie oben begründet wurde (Kapitel 4 D.I.1.a)aa), ist der Gewinnabschöpfungsanspruch eine deliktische Sanktion, mit der ein vorsätzlicher Eingriff in eine fremde Rechtssphäre sanktioniert werden soll (BGE 126 III 69, 73). Dem Eigentümer ist zwar die Nutzung nicht mehr zugewiesen; weil aber die vorsätzlich rechtswidrige Nutzung seines Eigentums den Mehrerlös des Mieters ermöglicht hat, ist der Eigentümer der relativ besser Berechtigte.

30 Vgl. nur BGHZ 131, 297, 306; BGH NJW 2012, 3572 Tz. 9; NZM 2009, 701, Tz. 30; NJW 1964, 1853; MünchKommBGB⁹/Schwab, § 812 Rn. 254; Koppensteiner/Kramer, BerR², S. 84; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 310 f.; aA Soergel¹³/Schmidt-Kessel/Hadding, § 812 Rn. 45.

31 Staudinger²⁰¹¹/Emmerich, § 540 Rn. 9.

32 BGE 126 III 69, 73; Bamberger/Roth³/Wendehorst, § 812 Rn. 127; Larenz/Canaris, SchR II/2¹³, § 69 I 2 a (S. 173); PWV¹⁰/Prütting, § 812 Rn. 62; aA Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 311. Damit vergleichbar ist die Rechtsposition des Inhabers eines einfachen Wohnungsrechts nach § 1093 I 1 BGB, das nur zur persönlichen Nutzung, nicht aber zur Übertragung des Nutzungsrechts

Rechtsposition hat Vermögenswert, denn der Eigentümer kann seine Zustimmung zur Untervermietung davon abhängig machen, an den wirtschaftlichen Vorteilen der Untervermietung beteiligt zu werden. Exemplarisch ist BGHZ 131, 297: Der Mieter eines Einkaufszentrums hatte sich mit dem Eigentümer darauf verständigt, dass Letzterer seine Zustimmung zur Weitervermietung von einer Mieterhöhung abhängig machen durfte, die vertraglich auf 35 % des Erlöses begrenzt wurde, den der Mieter durch die Weitervermietung erzielen würde.

Vermietet der Mieter die Mietsache ohne Zustimmung an einen Dritten, greift er also in dieses verbleibende vermögenswerte Recht des Eigentümers ein. Dennoch verweigert die Rechtsprechung dem Eigentümer einen ausreichenden Rechtsschutz für diese Rechtsposition, weil sie *jeden* Zahlungsanspruch ablehnt.³³ Der Eigentümer kann zwar die weitere Rechtsverletzung mithilfe des Unterlassungsanspruchs unterbinden und dem Mieter wegen des Fehlverhaltens außerordentlich kündigen.³⁴ Der Eingriff in sein Ausschließungsrecht für die Zeit, bis er seinen Unterlassungsanspruch durchsetzen kann, bleibt aber ungeahndet, wenn der Vermieter auf sein Recht zur außerordentlichen Kündigung verzichtet, etwa weil er nicht die Mühe auf sich nehmen möchte, einen neuen Mieter zu suchen.

Der Schadensersatzanspruch in Form der Lizenzanalogie ermöglicht dagegen eine vermittelnde, ausdifferenzierte Lösung, die das Alles-oder-nichts-Prinzip der außerordentlichen Kündigung vermeidet. Der Eingriff in das verbleibende *Zustimmungsrecht* stellt einen Schaden dar, der über die Hilfskonstruktion einer üblichen bzw. angemessenen Vergütung beziffert werden kann, die der Mieter für die Zustimmung zur Untervermietung hätte zahlen müssen.³⁵ Der Eigentümer darf danach nicht den *gesamten* Untermieterlös herausverlangen, weil der Mieter nur in den Zustimmungsvorbehalt, nicht aber in das unbeschränkte Nutzungsrecht des Eigentümers eingegriffen hat.

Diese Lösung ermöglicht einen angemessenen Interessenausgleich, weil der rechtswidrige Eingriff in das noch verbleibende Eigentumsrecht ausgeglichen, dem Eigentümer aber nichts gegeben wird, was ihm nicht mehr zusteht. Durch den vollständigen Ausgleich des entstandenen Schadens wird die Präventionsfunktion des Schadensersatzes gestärkt und dem Eigentümer eine effektivere Durchsetzung seines Zustimmungsvorbehalts ermöglicht. Wie bei Immaterialgüterrechtsverletzungen wird damit nur der Eingriff in das noch verbliebene Eigentumsrecht des Vermieters ausgeglichen, nicht aber dessen entgangener Gewinn

berechtigt (BGH NJW 2012, 3572 Tz. 13). Das Wohnrecht steht einer Vermietung des Wohnraums durch den Eigentümer entgegen, auf die der Wohnrechtsinhaber gegen Entgelt verzichten kann.

33 Vgl. nur BGHZ 131, 297, 304 ff.

34 BGHZ 131, 297, 307.

35 Auf bereicherungsrechtlicher Grundlage im Ergebnis ebenso Bamberger/Roth³/Wendehorst, § 812 Rn. 127; Staudinger²⁰⁰⁷/Lorenz, § 816 Rn. 7; *Larenz/Canaris*, SchR II/2¹³, § 69 I 2 a, (S. 173); *PWV*¹⁰/Pritting, § 812 Rn. 62.

oder ähnliche mittelbare Schäden. Deswegen ist es unerheblich, ob der Vermieter der Untervermietung zugestimmt hätte. Das übliche Entgelt für die Zustimmung zur Untervermietung ist nur ein Maßstab, um das Ausmaß des rechtswidrigen Eingriffs in Geld auszudrücken.³⁶

Der BGH hat seine Verweigerung jeglicher Entschädigung damit begründet, dass dem Eigentümer nur ein Ausschließungsrecht zustehe. Ihm soll deswegen nicht nach dem Motto „dulde und liquidiere“ ermöglicht werden, eine ihm bekannte unerlaubte Untervermietung zu dulden, um später den Untermietzins herausverlangen zu können.³⁷ Auch wenn der Schadensersatz nach der Lizenzanalogie nicht den gesamten Untermietzins erfasst, ist dieser Einwand zu berücksichtigen. Die Lizenzanalogie, die insbesondere auch mit der Rechtsfortsetzungsfunktion begründet wird,³⁸ verliert an Überzeugungskraft, wenn der Eigentümer Kenntnis von der Rechtsverletzung hat, seinen Unterlassungsanspruch aber nicht zeitnah durchsetzt. Denn nachdem er einen Mietvertrag abgeschlossen hat, steht ihm nur noch ein Ausschließungs-, aber kein Nutzungsrecht zu. Das unterscheidet ihn insbesondere von einem Immaterialgüterrechtsinhaber, dem im Regelfall beides zusteht. Macht der Eigentümer seinen Unterlassungsanspruch nicht unverzüglich geltend, ist es nicht mehr gerechtfertigt, ihn an der weiteren Untervermietung partizipieren zu lassen. Sobald er also seinen Unterlassungsanspruch geltend machen kann, davon aber absieht, verliert er nach dem Rechtsgedanken des § 254 II 1 BGB seinen Anspruch auf die weitere Beteiligung an dem Untermietzins.

b) Unerlaubtes Fotografieren fremden Eigentums

aa) Wer fremde Sachen fotografiert, greift grundsätzlich nicht in den Zuweisungsgehalt des Sacheigentums ein.³⁹ Der Grundeigentümer hat aber das Recht, Dritten den Zugang zu seinem Eigentum zu verwehren, § 903 S. 2 BGB. Wenn Sehenswürdigkeiten nur von seinem Grundstück aus fotografiert werden können, kann er Dritten damit verbieten, Fotografien anzufertigen, oder dies nur gegen Entgelt gestatten. Für seine eigenen Aufnahmen erhält der Eigentümer ein Leistungsschutzrecht nach § 72 UrhG. Durch die Kombination beider Ausschließlichkeitsrechte erhält der Eigentümer für die Dauer des Leistungsschutzrechts ein faktisches Monopol für den Vertrieb von Postkarten und ähnlichen Artikeln, obwohl das Urheberrecht an dem abgebildeten Gegenstand abgelaufen ist.⁴⁰ Der

³⁶ Vgl. dazu oben Kapitel 4 B.II.3.

³⁷ BGHZ 131, 297, 307.

³⁸ Dazu oben Kapitel 4 B.II.3.

³⁹ Staudinger¹⁹⁹⁹/Hager, § 823 Rn. B 103; MünchKommBGB⁶/Wagner, § 823 Rn. 177; Schack, JZ 2011, 375 f.; Stieper, ZUM 2011, 331, 332; Raue, KUR 2012, 166, 167.

⁴⁰ Nach Ablauf der Schutzfrist für die Lichtbilder darf jeder das Foto verbreiten und sonst nutzen, weil die Abbildung vom Zuweisungsgehalt des Sacheigentums nicht gedeckt ist, vgl. nur Schack, JZ 2011, 375.

Schutz des Sacheigentums vor ungenehmigten Aufnahmen ist insofern mit dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen (§§ 17 ff. UWG) vergleichbar.⁴¹ Hier wie dort weist die Rechtsordnung kein positives Nutzungsrecht zu, sondern gewährt durch Verbotsrechte lediglich einen Schonraum, der dem Eigentümer bzw. Geheimnisträger ermöglicht, die Geschäftschance ungestört ökonomisch zu verwerten. Wie bei Geschäftsgeheimnissen wird diese faktische Verbotsposition am Markt verwertet, indem der Eigentümer gegenüber Dritten auf sein Verbotsrecht gegen Zahlung eines Entgelts verzichtet. Allerdings ist das vom V. Zivilsenat postulierte Recht am Bild der eigenen Sache *kein* Immaterialgüterrecht,⁴² sondern nur eine faktische Geschäftschance, die vor rechtswidriger Aneignung geschützt wird. Auch insoweit besteht eine Parallele zum Know-how-Schutz.⁴³

bb) Für heftigen Streit sorgt die Frage, welche Ansprüche dem Sacheigentümer zustehen, wenn sich ein Dritter rechtswidrig über das Fotografierverbot hinwegsetzt.⁴⁴ Hier soll nicht auf die Frage eingegangen werden, ob der Eigentümer Dritten grundsätzlich den Zugang zu seinem Grundstück erlauben und sich dabei – stillschweigend – mit dinglicher Wirkung das Fotografierecht vorbehalten darf.⁴⁵ Es soll für die folgenden Ausführungen unterstellt werden, dass die Handlungen des Fotografen das Eigentumsrecht verletzt haben, etwa weil er ein der Öffentlichkeit überhaupt nicht zugängliches Grundstück rechtswidrig betreten hat.⁴⁶

Weil es kein Recht am Bild der eigenen Sache gibt, muss man zwischen Ansprüchen gegen den Fotografen und gegen sonstige Dritte unterscheiden, die das Grundstück selbst nicht rechtswidrig betreten haben.

(1) Der *Fotograf* hat durch das unerlaubte Betreten des Grundstücks und das anschließende Fotografieren eine Eigentumsverletzung begangen. Die dann folgende Verbreitung der Fotografien vertieft diesen Eingriff.⁴⁷ Um den Eigentums-

41 Zu Geschäftsgeheimnissen unten III.3.

42 BGH GRUR 2011, 323 Tz. 15 – Preußische Schlösser und Gärten I; GRUR 2013, 623 Tz. 15 – Preußische Schlösser und Gärten II; GRUR 1990, 390 f. – Friesenhaus; *Schack*, JZ 2011, 375, 376; *Raue*, KUR 2012, 166, 167.

43 Dazu unten III.3.

44 Vgl. BGH GRUR 2011, 323 – Preußische Schlösser und Gärten I; GRUR 2013, 623 – Preußische Schlösser und Gärten II und die Kritik bei *H. Lehment*, GRUR 2011, 327 ff.; *Schack*, JZ 2011, 375 f.; JZ 2013, 743 f.; *Dreier*, FS Pfennig, 15, 20 ff.; *Stieper*, ZUM 2011, 373 ff.; *Elmenhorst*, GRUR 2013, 626 ff.

45 Dafür BGH GRUR 2011, 323 Tz. 17 – Preußische Schlösser und Gärten; GRUR 2013, 623 Tz. 14 – Preußische Schlösser und Gärten II; *Schönewald*, WRP 2014, 142, 145; *Bamberger/Roth³/Spindler*, § 823 Rn. 57. Vgl. auch BGH NJW 2003, 3702 (Befüllung eines Gasbehälters); OLG Dresden NJW 2005, 1871 (zur Projektion eines politischen Slogans auf eine Werkhalle). Kritisch *Schack*, JZ 2011, 375, 376; *Stieper*, Schranken, S. 441 f.; *ders.*, ZUM 2011, 331, 332; *H. Lehment*, Fotografieren von Kunstgegenständen, S. 106.

46 Dazu *Staudinger¹⁹⁹⁹/Hager*, § 823 Rn. B 104 mwN.

47 BGH GRUR 2011, 323 Tz. 17 – Preußische Schlösser und Gärten I; GRUR 2013, 623 Tz. 12 – Preußische Schlösser und Gärten II; GRUR 2015, 578 Tz. 8 – Preußische Kunstwerke; *Schönewald*, WRP 2014, 142, 145; aA *Schack*, JZ 2011, 375, 376; *Stieper*, ZUM 2011, 331, 332; *H. Lehment*, GRUR 2011, 327, 328; wohl auch MünchKommBGB⁶/Wagner, § 823 Rn. 178.

eingriff so weit wie möglich rückgängig zu machen, hat der Eigentümer einen Anspruch auf Vernichtung der Fotodateien und bereits hergestellter Vervielfältigungsstücke (§ 249 I BGB).⁴⁸ Soweit dadurch die Folgen der Eigentumsbeeinträchtigung ausgeglichen werden können, sind keine weiteren Schadensersatzzahlungen erforderlich.⁴⁹ Soweit aber die faktische Monopolposition, die durch das Grundeigentum geschützt wird, durch das Verbreiten von Vervielfältigungsstücken zerstört wurde, sollte der Eingriff in das Ausschließungsrecht des Eigentums mithilfe der Grundsätze der Lizenzanalogie ausgeglichen werden. Andernfalls würde – anders als bei den oben unter 1. und 2. diskutierten Fallkonstellationen – der Eigentumsschutz weitgehend leerlaufen. Dem Eigentümer wird dadurch nicht die wirtschaftliche Verwertung von Bildnissen eigener Sachen absolut zugewiesen. Das Eigentum wird aber gegen bestimmte Zuwiderhandlungen geschützt. Dieser Schutz ist mit demjenigen von Geschäftsgeheimnissen vergleichbar⁵⁰ und dort ganz herrschend anerkannt. Weil die Rechtsverletzung wirtschaftlich ausgenutzt wird, kann die Lizenzanalogie als Maßstab verwendet werden, um das Ausmaß der Beeinträchtigung in Geld auszudrücken. Auch hier besteht eine Parallele zur unerlaubten wirtschaftlichen Verwertung von Geschäftsgeheimnissen.⁵¹ Für die Höhe einer solchen Lizenzanalogie kann man sich an den üblichen, andernfalls an angemessenen Bedingungen für eine Fotografiererlaubnis orientieren, wobei insbesondere der wirtschaftliche Wert der Nutzung aus einer *ex post* Perspektive zu berücksichtigen ist.⁵²

(2) Gegenüber *Dritten*, die das Grundstück selbst nicht betreten haben und denen die Eigentumsbeeinträchtigung des Fotografen nach allgemeinen Vorschriften nicht zugerechnet werden kann, hat der Eigentümer grundsätzlich keine Ansprüche.⁵³ Denn wie beim Geheimnisschutz nach § 17 UWG wirkt das Verbotrecht ihnen gegenüber nicht. Weil das „Recht am Bild der eigenen Sache“ nur eine faktisch geschützte Rechtsposition, aber kein Immaterialgüterrecht ist, kann der Eigentümer das Verbreiten der Fotos isoliert nicht unterbinden.⁵⁴ Die Vervielfältigungen sind vom Zuweisungsgehalt des Eigentums nicht gedeckt.

48 Raue, KUR 2012, 166, 167.

49 Vgl. dazu oben Kapitel 4 B.III.1.d)aa).

50 Dazu unten III.3.

51 Dazu unten III.3.

52 Vgl. dazu oben Kapitel 4 B.III.1.b). Auch hier muss berücksichtigt werden, in welchem Umfang der Fotograf davon faktisch Gebrauch machen konnte, bevor ihn der Eigentümer daran gehindert hat, dazu Kapitel 4 B.III.1.d)bb)(3).

53 So mit Recht Dreier, FS Pfennig, 15, 23; Stieper, ZUM 2011, 331, 333. In Ausnahmefällen, in denen in Kenntnis der rechtswidrigen Herstellung gehandelt wird, kann man an Ansprüche nach §§ 1004, 826 BGB denken. Dieser Anspruch setzt aber eine umfassende Interessenabwägung voraus, bei der insbesondere die Presse- und Kunstfreiheit zu berücksichtigen sind, dazu Raue, KUR 2012, 166, 168 f. Zu weit aber BGH GRUR 2015, 578 Tz. 12 ff. – Preußische Kunstwerke, der Dritte im Regelfall als Störer ansieht, wenn diese in Kenntnis der Eigentumsverletzung gehandelt haben.

54 Schack, JZ 2011, 375; Raue, KUR 2012, 166, 167; Elmenhorst, GRUR 2013, 626, 628.

Soweit die Verwertungshandlungen der Dritten eine adäquat kausale Folge der ursprünglichen Eigentumsbeeinträchtigung sind, kann der Eigentümer allerdings vom rechtswidrig handelnden Fotografen Schadensersatz verlangen, wenn er deswegen eigene Postkarten schlechter verkaufen oder für künftige Fotografier-erlaubnisse weniger Erlösen kann.⁵⁵

c) Inanspruchnahme öffentlich angebotener Leistungen unter Umgehung des Vertragsmechanismus

Ein weiterer sinnvoller Anwendungsfall der Lizenzanalogie ist die rechtswidrige Inanspruchnahme öffentlich angebotener Leistungen ohne direkten Kontakt mit dem Anbieter. Das sind in erster Linie Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge, wie öffentliche Verkehrsmittel, Strom, Wasser und Gas, deren Inanspruchnahme nicht öffentlich-rechtlich, sondern privatrechtlich geregelt wird. Bei redlicher Inanspruchnahme kommt ein Vertrag zustande. Das Anbieten der Leistung ist eine Realofferte, die konkludent durch die Inanspruchnahme der Leistung angenommen wird. Der Zugang der Annahmeerklärung ist nach § 151 S. 1 BGB entbehrlich.⁵⁶

Konstruktive Probleme werfen Fälle mit Minderjährigen und solche Fälle auf, in denen jemand die Leistung in Anspruch nimmt, aber gleichzeitig ausdrücklich erklärt, keinen Vertrag schließen zu wollen.

aa) Hamburger Parkplatzfall

Paradebeispiel ist der Hamburger Parkplatz-Fall.⁵⁷ Auf dem Rathausmarkt, damals noch ein Parkplatz, durfte lange Zeit kostenlos geparkt werden. Als der Hamburger Senat 1953 beschloss, die Parkfläche von einem privaten Pächter bewirtschaften zu lassen und ein Parkentgelt zu erheben, regte sich ziviler Ungehorsam. Eine Kfz-Halterin ignorierte das deutlich sichtbare Schild, das auf das nun kostenpflichtige Parken hinwies, und erklärte gegenüber dem Parkplatzpersonal energisch, dass sie die Bewachung ihres Fahrzeuges und die Zahlung eines Entgeltes ablehne. Mit der Lehre vom faktischen Vertrag hat der BGH dennoch einen Vertragsschluss begründet.⁵⁸ Diese dogmatische Konstruktion ist anschlie-

⁵⁵ Vgl. Dreier, FS Pfennig, 15, 25, und oben Kapitel 4 C.III.2.b).

⁵⁶ Vgl. nur BGHZ 202, 17 Tz. 10 mwN; NJW 2014, 3150 Tz. 12; NZM 2005, 356, 357; Wolf/Neuner, BGB AT¹⁰, § 37 Rn. 47.

⁵⁷ BGHZ 21, 319 – Hamburger Parkplatzfall.

⁵⁸ BGHZ 21, 319, 333 ff. mwN – Hamburger Parkplatzfall. Diese Lehre geht weitgehend zurück auf Haupt, FS Siber II, 5-37. Ähnlich BGHZ 23, 175, 177 f. (Stromlieferung); BGH NJW 1965, 387 (Nutzungsgebühr für Bushaltestelle); LG Bremen NJW 1966, 2360 (Straßenbahnfahrt).

ßend erheblich kritisiert worden, weil sie mit der Rechtsgeschäftslehre unvereinbar ist.⁵⁹ Sie wird heute nicht mehr vertreten.⁶⁰

Trotz der Kritik wird auch heute noch die unbefugte Inanspruchnahme fremder Leistungen mithilfe des Vertragsschlusses gelöst. Die Willenserklärung des Leistungsenehmers wird dadurch fingiert, dass dessen Verhalten ein stärkerer Erklärungswert zugesprochen wird als der ausdrücklichen Erklärung (*protestatio facto contraria*).⁶¹

Gegen eine solche Konstruktion des Vertragsschlusses sprechen zwei Argumente: Die Rechtsgeschäftslehre dient dazu, die Privatautonomie zu verwirklichen. Die ausdrückliche und erkennbare Verweigerung eines rechtsgeschäftlichen Leistungsaustauschs mit den Regeln der Rechtsgeschäftslehre lösen zu wollen, erscheint widersprüchlich (vgl. *argumentum a fortiori* §§ 116 S. 2, 118 BGB).⁶² Verhalten kann man als Indiz für den inneren Willen heranziehen, wenn dieser nicht geäußert wurde. Wenn aber der Wille klar erkennbar nach außen tritt, gibt es nichts zu interpretieren.⁶³ Bei einem Ladendiebstahl käme auch niemand auf die Idee, einen Kaufvertrag zwischen Dieb und Supermarkt zu fingieren, weil es widersprüchlich sei, einen Kaufgegenstand aus einem Supermarkt mitzunehmen, ohne einen Kaufvertrag schließen zu wollen.⁶⁴ Für diese Fälle hält das Zivilrecht außervertragliche Rechtsverhältnisse bereit, mit denen die nicht-konsensuale, rechtswidrige Inanspruchnahme fremder Leistungen sanktioniert wird. Wenn man deren Rechtsfolgen im Vergleich zu den vertraglichen Regeln als unzureichend empfindet,⁶⁵ sollte man dies zum Anlass nehmen, die gesetzlichen Schuldverhältnisse weiterzuentwickeln – und nicht die Grundprinzipien des Vertragsschlusses in ihr Gegenteil verkehren.

Zudem muss man die Konsequenzen bedenken: Wenn man einen Vertragsschluss fingiert, um dem Leistungserbringer das übliche Leistungsentgelt zusprechen zu können, muss er auch alle vertraglichen Nebenpflichten erbringen, im Hamburger Parkplatz-Fall also insbesondere die Überwachungspflichten. Kommt er diesen wegen der Proteste und der Weigerung zur Zahlung des Leistungsentgelts nicht nach und lässt er etwa eine Beschädigung des Fahrzeugs zu, dann haftet er nach §§ 280 ff. BGB. Man könnte dem rechtswidrig Parkenden diesen vertraglichen Schutz wegen seines widersprüchlichen Verhaltens verweigern. Dann wäre es aber sinnvoller, von vornherein auf die Konstruktion eines Vertrags-

59 Vgl. etwa Bork, BGB AT³, Rn. 744; Wolf/Neuner, BGB AT¹⁰, § 37 Rn. 47; Flume, AT II⁴, § 8 (2); Schack, BGB AT¹⁴, Rn. 183.

60 Vgl. nur Schack, BGB AT¹⁴, Rn. 183; Bork, BGB AT³, Rn. 744; Brox/Walker, SAT³⁸, § 4 Rn. 70.

61 BGHZ 202, 17 Tz. 10; BGH NZM 2005, 356, 357; NJW 2000, 3429, 3431; Flume, AT II⁴, §§ 5 (5), 8 (2); Bork, BGB AT³, Rn. 745; Schack, BGB AT¹⁴, Rn. 183.

62 Köhler, JZ 1981, 464 ff.; Wolf/Neuner, BGB AT¹⁰, § 37 Rn. 47; Hübner, BGB AT², Rn. 1015; Leenen, AT², § 8 Rn. 61.

63 Köhler, JZ 1981, 464, 465.

64 Medicus, BGB AT¹⁰, Rn. 249.

65 So etwa Bork, BGB AT³, Rn. 744.

schlusses zu verzichten. Denn eine vertragliche Haftung mit allen Konsequenzen ist von niemandem ernsthaft gewollt.

Die Ablehnung eines Vertragsschlusses bedeutet aber nicht, dass Parkraum oder andere öffentlich angebotene Leistungen kostenlos in Anspruch genommen werden können. Die Entgeltpflicht folgt aus der Eingriffskondition. Die Nutzung eines Parkplatzes, einer U-Bahn oder von Gas ist eine vermögenswerte Position, die der Leistungsnehmer ohne Rechtsgrund in Anspruch nimmt. Wenn er weiß, dazu nicht berechtigt zu sein, kann er sich nicht auf Entreicherung berufen.

Dasselbe Ergebnis lässt sich auch schadensrechtlich begründen. Durch die unberechtigte Nutzung greift der Leistungsnehmer schuldhaft in das Ausschließkeitsrecht des Eigentümers ein. Dessen Einwilligung in die Nutzung ist dadurch aufschiebend bedingt, dass der Nutzer mit ihm den angebotenen Nutzungsvertrag schließt. Der Mindestschaden entsteht durch den rechtswidrigen Eingriff als solchen und kann mit Hilfe der Lizenzanalogie, also der üblichen und im Verkehr durchgesetzten Benutzungsgebühr des Leistungserbringers, bemessen werden. Deswegen muss der Eigentümer auch nicht nachweisen, dass ihm ein entsprechender Nutzungsvertrag mit dem Vertragsverweigerer oder einem sonstigen Dritten entgangen ist.

Beide Lösungen belassen das Vertragsrecht den Fallgestaltungen, in denen ein konsensualer Leistungsaustausch gewollt oder jedenfalls aus der Perspektive eines objektiven Erklärungsempfängers angestrebt worden ist. Der Vorteil des Schadensersatzes gegenüber einer bereicherungsrechtlichen Lösung liegt darin, dass kein Vorsatz nachgewiesen werden muss, um den Entreicherungseinwand auszuschließen. Das wäre im Hamburger Parkplatz-Fall schwierig gewesen, weil die Beklagte immerhin so beachtliche Argumente auf ihrer Seite hatte, dass das Hanseatische Oberlandesgericht die Zahlungsklage noch abgewiesen hatte.⁶⁶

Im Übrigen ist eine gewisse Parallelität der Ergebnisse von Schadens- und Bereicherungsrecht Ausdruck eines stimmigen Haftungssystems. Der vermögenswerte Eingriff in eine fremde, rechtlich geschützte Vermögensposition stellt beim Rechtsinhaber einen Schaden und beim Eingreifenden einen Vorteil dar. Dies ermöglicht ein nach persönlicher Vorwerfbarkeit abgestuftes Haftungssystem, bei dem der gutgläubige, schuldlose Eingreifer nur das noch Vorhandene herausgeben muss, sich im Übrigen aber auf Entreicherung (§ 818 III BGB) berufen kann. Auch eine Haftung für Folgeschäden ist ausgeschlossen. Hat er den Eingriff indes verschuldet, so kann er sich nicht auf Entreicherung berufen und muss für Folgeschäden deliktisch einstehen. Der vorsätzlich Handelnde muss nach § 687 II BGB auch einen etwaigen Gewinn herausgeben.

66 Die Beklagte hatte argumentiert, dass der Gemeingebrauch der öffentlichen Fläche weiter bestehe und das Entgelt nur für die zusätzliche Bewachungsleistung erhoben werde, die sie gerade abgelehnt hatte, BGHZ 21, 319, 323.

bb) Flugreisefall / Bremer Straßenbahnfall

Die schadensrechtliche Lizenzanalogie bietet auch beim Flugreise⁶⁷ und beim Bremer Straßenbahnfall⁶⁸ eine neue Argumentationsebene, mit der weitgehend anerkannte Ergebnisse in ein stimmiges System eingeordnet werden können.

Im Flugreisefall hatte sich ein Minderjähriger an Bord eines Transatlantikfluges der Lufthansa geschlichen und damit unter anderem in ihr Ausschließlichkeitsrecht als Eigentümerin des Flugzeugs eingegriffen.⁶⁹ Der Schaden der Lufthansa für die unbefugte Inanspruchnahme eines Sitzplatzes muss nicht auf den mittelbaren Schaden des entgangenen Gewinns beschränkt werden, der bei einem nur halb gefüllten Flugzeug fehlt. Der Schaden kann auch hier im Eingriff in das Ausschließlichkeitsrecht als solchen gesehen werden. Als Ausgleich für den Eigentumseingriff durch die unbefugte Nutzung ist das übliche Beförderungsentgelt geschuldet. Dasselbe gilt im Bremer Straßenbahnfall, in dem ein Minderjähriger die Beförderungsleistung in Anspruch genommen hatte, ohne eine Fahrkarte zu lösen.⁷⁰

Der notwendige Minderjährigenschutz kann in beiden Konstellationen, über § 828 BGB sichergestellt werden. Hier muss diskutiert werden, ob einem Minderjährigen die Einsichtsfähigkeit zugetraut werden soll, dass er fremde Leistungen nur gegen Entgelt in Anspruch nehmen darf. Man kann dann entweder eine Parallele zu den §§ 104 ff. BGB ziehen, weil diese Fallkonstellationen einem Vertragsschluss ähneln, bei dem der Minderjährige unabhängig von seiner Einsichtsfähigkeit geschützt werden soll. Oder man stellt sich auf den Standpunkt, dass diese Fälle eher damit vergleichbar sind, dass ein Jugendlicher eine Tafel Schokolade stiehlt: In einer solchen deliktischen Konstellation traut man Jugendlichen ab einem bestimmten Alter zu, die Konsequenzen zu erkennen und zu tragen.

Das erhöhte Beförderungsentgelt für Schwarzfahrer, welches das Landgericht Bremen im Straßenbahnfall noch zugesprochen hatte,⁷¹ kann allerdings nicht schadensrechtlich begründet werden. Es soll in pauschalierter Form die hohen Kosten der Fahrgastkontrollen auf die Schwarzfahrer abwälzen.⁷² Die Kontrollkosten fallen aber unabhängig vom konkreten Schadensfall an.⁷³ Solche allgemeinen Kosten der Schadensprävention werden nicht ersetzt, auch wenn dadurch ein

67 BGHZ 55, 128.

68 LG Bremen NJW 1966, 2360.

69 Sollte die Lufthansa das Flugzeug nur geleast haben, kann für das Verhältnis von Eigentümer und Besitzer auf die Ausführungen zum Verhältnis von Rechtsinhaber und Lizenznehmer oben Kapitel 4 F.I.1. verwiesen werden.

70 LG Bremen NJW 1966, 2360.

71 LG Bremen NJW 1966, 2360, 2361.

72 Köbler, JZ 1981, 464, 468.

73 Etwas anderes gilt aber für die Fangprämie der Kontrolleure, die seit BGHZ 75, 230, 235 f. (zum Landdiebstahl) grundsätzlich als ersatzfähiger Schaden angesehen wird, dazu allgemein MünchKommBGB⁷/Oetker, § 249 Rn. 202 mwN.

dringend notwendiger Präventionsanreiz gesetzt würde.⁷⁴ Hier geht es um die Frage, ob die GEMA-Rechtsprechung auf andere Bereiche ausgedehnt werden soll, worauf im nun folgenden Abschnitt eingegangen wird.

4. Ausdehnung der GEMA-Rechtsprechung auf Ladendiebstähle?

Immer wieder wird diskutiert, ob die GEMA-Rechtsprechung⁷⁵ zur Verdopplung der Lizenzgebühr auf die Verletzung anderer absoluter Rechte ausgedehnt werden soll, insbesondere auf Ladendiebstähle.⁷⁶ Entsprechenden Forderungen hat der BGH früh eine klare Absage erteilt.⁷⁷ Grundsätzlich hat der Geschädigte Anspruch darauf, nach einem rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in seine rechtlich geschützten Interessen so gestellt zu werden, als ob der Eingriff nicht stattgefunden hätte. Allerdings werden davon die Kosten der üblichen Mühewaltung ausgenommen und zum allgemeinen Lebensrisiko gezählt.⁷⁸ Jeder muss sich um die Wahrung seiner Rechte selbst kümmern, soweit ihm dies möglich und zumutbar ist. Daran ändert nichts, dass ein Unternehmen mit einem sehr großen Geschäftsanfall sehr viele Schadensfälle zu bearbeiten hat.⁷⁹ Der Aufwand jedes einzelnen Schadensfalls ist nicht außergewöhnlich hoch; das wird er erst durch die Kumulation. Der hohe Arbeitsanfall ist dann aber nicht Folge des einzelnen Schadensfalls, sondern des geschäftlichen Erfolgs des Geschädigten, und fällt damit in dessen Risikosphäre. Dasselbe gilt für die Kosten der Schadensprävention: Die allgemeinen Kosten von Maßnahmen, mit denen die eigenen Rechtsgüter gesichert werden, etwa Alarmanlagen und Ladendetektive, gehören zum allgemeinen Lebensrisiko.⁸⁰ Sie dürfen daher nicht auf die einzelnen Schädiger abgewälzt werden.

Der BGH hat in seiner Leitentscheidung auch solche erhöhten Bearbeitungs- und Vorsorgekosten der Sphäre des Geschädigten zugeordnet, die Folgen eines besonders schadensanfälligen Geschäftskonzepts sind.⁸¹ Anders als Immaterialgü-

74 Daher möchte Köhler, JZ 1981, 464, 468, die GEMA-Rechtsprechung auf Fälle der Beförderungser-schleichung übertragen.

75 Dazu BGHZ 59, 286, 288 f. – Doppelte Tarifgebühr; 97, 37, 49 ff. – Filmmusik, und oben Kapitel 4 B.III.5.b).

76 Dafür Canaris, NJW 1974, 521, 523 ff.; Creutzig, NJW 1973, 1593, 1594 f.; Klimke, NJW 1974, 81, 82 f. Für Schwarzfahrer bei unberechtigter Inanspruchnahme öffentlicher Verkehrsmittel, Köhler, JZ 1981, 464, 468. Allgemein sehr kritisch zur GEMA-Rechtsprechung MünchKommBGB⁷/Oetker, § 249 Rn. 206 mwN; Soergel¹³/Ekkenga/Kuntz, § 249 Rn. 117 mwN.

77 BGHZ 75, 230, 233 f. Zustimmend: MünchKommBGB⁷/Oetker, § 249 Rn. 206 mwN; Soergel¹³/Ekkenga/Kuntz, § 249 Rn. 117 mwN; Schack, UrhR⁷, Rn. 783.

78 Vgl. nur Bamberger/Roth³/Schubert, § 249 Rn. 105 mwN; Jauernig¹⁶/Teichmann, § 249 Rn. 5. Das gilt auch bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, dazu oben Kapitel 4 C.V.1.

79 BGHZ 75, 230, 232 f.

80 Soergel¹³/Ekkenga/Kuntz, § 249 Rn. 115 f. mwN; MünchKommBGB⁷/Oetker, § 249 Rn. 200 mwN.

81 BGHZ 75, 230, 232 f. Aus dem Grund wird auch das erhöhte Beförderungsentgelt bei deliktischer Inanspruchnahme fremder Beförderungsleistungen abgelehnt, das durch „das Wegrationalisieren des Aufsichtspersonals in öffentlichen Verkehrsmitteln“ begünstigt wird, Medicus, BGB AT¹⁰, Rn. 251.

terrechte kann ein Eigentümer körperliche Gegenstände vor rechtswidriger Aneignung schützen, indem er sie in Vitrinen präsentiert oder durch Schlösser sichert. Wenn er darauf verzichtet, um den Umsatz zu erhöhen, ist dies sein eigenes Risiko, das er nicht auf den einzelnen Ladendieb abwälzen darf. Wer also auf einen einfach möglichen Rechtsgüterschutz verzichtet, darf die erhöhten Überwachungs- und Aufklärungskosten nicht als Schadensersatz geltend machen.⁸² Sie gehören zu den *costs of doing business*, zum allgemeinen Lebensrisiko eines Unternehmers. Der Staat verletzt dadurch nicht seine Schutzpflicht gegenüber den Inhabern absoluter Rechte, weil diese sich ausreichend selbst schützen können, wenn sie denn wollen. Diese Grundsätze erstreckt die Rechtsprechung auch auf Supermarktparkplätze und andere frei zugängliche Leistungsangebote.⁸³

Obwohl dogmatisch stimmig, ist es rechtspolitisch dennoch kurzsichtig, dem Rechtsinhaber seine Rationalisierungsmaßnahmen vorzuwerfen.⁸⁴ Die Kosten, die zur Sicherung der Waren anfallen, werden jedenfalls in funktionierenden Märkten auf die Kunden umgelegt, die sich rechtstreu verhalten. Ändert man dies, indem man die Kosten der Sicherungsmaßnahmen denjenigen auferlegt, die den Marktmechanismus im Regelfall vorsätzlich umgehen, setzt man grundsätzlich einen sinnvollen Anreiz.⁸⁵ Rechtstreu Verhalten wird durch niedrigere Preise belohnt, die Kosten eines vorsätzlichen Rechtsbruchs werden erhöht. Allerdings kann eine derart weitgehende Änderung des bestehenden und breit akzeptierten Haftungsregimes nur der Gesetzgeber vorgeben. Anders als die GEMA-Gebühr bei der unkörperlichen Verwertung von Immaterialgüterrechten ist eine solche Umlage der Überwachungskosten nicht aus Gründen eines dringend notwendigen Rechtsgüterschutzes erforderlich,⁸⁶ so dass hier für eine richterliche Rechtsfortbildung kein Raum ist.⁸⁷

II. Persönlichkeitsrechtsverletzungen

Das Persönlichkeitsrecht schützt den Achtungsanspruch, der jedem Menschen zukommt.⁸⁸ Dem Staat kommt hier eine besondere Schutzpflicht zu, der er vor allem durch Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche nachkommt.⁸⁹ Die

82 Staudinger²⁰⁰⁵/Schiemann, § 249 Rn. 119.

83 Für Abschleppfälle jüngst BGHZ 181, 233 Tz. 21; BGH NJW 2014, 3727 Tz. 17; NJW 2012, 528 Tz. 12.

84 So im Ergebnis Canaris, NJW 1974, 521, 523 ff.; Köhler, JZ 1981, 464, 468; Creutzig, NJW 1973, 1593, 1594 f.

85 Canaris, NJW 1974, 521, 524. Das ist ein tragender Grund der GEMA-Rechtsprechung, vgl. nur BGHZ 59, 286, 292 – Doppelte Tarifgebühr; 97, 37, 49 – Filmmusik.

86 Dazu oben Kapitel 4 C.V.2.

87 Vgl. MünchKommBGB⁷/Oetker, § 249 Rn. 200; Staudinger²⁰⁰⁵/Schiemann, § 249 Rn. 119.

88 BGHZ 143, 214, 218 – Marlene Dietrich.

89 Vgl. BVerfGE 34, 269, 291 ff. – Soraya; 99, 185, 194 f. – Scientology; BGHZ 143, 214, 218 – Marlene Dietrich; 26, 349, 354 f. – Herrenreiter; Maunz/Dürig/Di Fabio, GG⁷³, Art. 2 Rn. 135 mwN.

Rechtsprechung betont seit den *Caroline von Monaco*-Urteilen die Präventionsfunktion des Haftungsrechts, weil ohne einen wie auch immer gearteten Zahlungsanspruch der Persönlichkeitsrechtsinhaber weitgehend schutzlos wäre und der „Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern“ würde.⁹⁰ Rechtsschutz stellen die Gerichte auf zwei Wegen sicher: durch die Lizenzanalogie bei Eingriffen in den vermögenswerten Bestandteil des Persönlichkeitsrechts (dazu 1.), im Übrigen durch Schmerzensgeldansprüche (dazu 2.). Wenn durch denselben Eingriff sowohl materielle als auch immaterielle Belange des Rechtsinhabers berührt werden, können Schadensersatz und Schmerzensgeld miteinander kombiniert werden.⁹¹

1. Grundsätzliche Anerkennung der Lizenzanalogie im Persönlichkeitsrecht

Nach der Rechtsprechung kann auch für Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Grundsatz auf die dreifache Schadensberechnung des Immaterialgüterrechts zurückgegriffen werden, insbesondere auf die Lizenzanalogie.⁹² Für diesen Schadensersatzanspruch reicht jede rechtswidrige und schuldhaft Verletzung des Persönlichkeitsrechts aus; um eine schwerwiegende Beeinträchtigung wie beim Schmerzensgeldanspruch muss es sich nicht handeln.⁹³

Dies ist kritisiert worden. Insbesondere bei anstößigen oder herabwürdigenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen wird dem materiellen Schadensersatz entgegengehalten, dass einem Rechtsinhaber dadurch unterstellt werden müsste, er würde solche Rechtsverletzungen gegen Entgelt gestatten, was dieser „als kränkend und als erneute Persönlichkeitsminderung empfinden müsste“. ⁹⁴ Das ist allerdings nur richtig, wenn man die Lizenzanalogie als pauschalierte Berechnung des entgangenen Gewinns einstuft. Dann müsste man einem Kläger tatsächlich unterstellen, er würde solche Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigungen grundsätzlich gegen Entgelt gestatten.⁹⁵ Allerdings wurde oben ausführlich dargelegt, dass mithilfe der Lizenzanalogie nur der Rechtsgutseingriff ausgeglichen werden soll. Die am Markt übliche Vergütung dient lediglich als Maßstab, um den Umfang der Beeinträchtigung in Geld auszudrücken.⁹⁶ Auch nach der Rechtsprechung ist

90 BGHZ 128, 1, 15 – *Caroline von Monaco* I; 143, 214, 218 f., 225 – Marlene Dietrich; GRUR 1996, 373, 374 – *Caroline von Monaco* II.

91 BGHZ 30, 7, 18 – Caterina Valente.

92 BGHZ 20, 345, 353 f. – Paul Dahlke; 143, 214, 231 f. – Marlene Dietrich; 169, 340 Tz. 12 – Rücktritt des Finanzministers; BGH GRUR 2000, 715, 717 – *Der blaue Engel*; GRUR 2009, 1085 Tz. 34 – *Wer wird Millionär?*; Erman¹⁴/Klass, Anh. § 12 Rn. 309; aA *Canaris*, FS Deutsch, 85, 92. Dieser Anspruch besteht auch aus Eingriffskondiktion, BGH GRUR 2009, 1085 Tz. 34 – *Wer wird Millionär?*; Staudinger²⁰⁰⁷/Lorenz, vor § 812 Rn. 61 f. mwN.

93 BGHZ 143, 214, 228 – Marlene Dietrich.

94 BGHZ 26, 349, 353 – Herrenreiter.

95 BGHZ 26, 349, 353 – Herrenreiter; *Canaris*, FS Deutsch, 85, 89; *Gounalakis*, AfP 1998, 10, 19.

96 Kapitel 4 B.II.3, III. Ebenso *Schubert*, Immaterielle Schäden, S. 750.

mittlerweile unerheblich, ob der Verletzte bereit oder auch nur in der Lage gewesen ist, einer solchen Nutzung seiner Persönlichkeit zuzustimmen.⁹⁷ Ihm kann also nur vorgeworfen werden, dass er das ihm zustehende Persönlichkeitsrecht mit Nachdruck durchsetzt und bereit ist, zum Ausgleich für die erlittene Rechtsverletzung eine Geldzahlung entgegenzunehmen. Das wird in unserer Gesellschaft aber nicht als anstößig empfunden.

Ebenso wenig kann für das Schadensersatzrecht der Hinweis überzeugen, dass das Persönlichkeitsrecht lediglich eine Abwehrfunktion, aber keinen positiven Zuweisungsgehalt habe.⁹⁸ Denn auch die Vertreter dieser Ansicht ziehen daraus nicht den Schluss, dass die Persönlichkeit gemeinfrei und daher jeder berechtigt ist, sich deren Wert anzueignen.⁹⁹ Zudem geht es beim retrospektiven Schadensersatzanspruch nicht darum, ob der Inhaber über sein Persönlichkeitsrecht mit Wirkung gegen sich selbst verfügen¹⁰⁰ oder nur in begrenztem Umfang auf die Geltendmachung seiner Verbotungsrechte verzichten kann. Mit der Lizenzanalogie soll nur eine bereits erlittene Persönlichkeitsrechtsverletzung ausgeglichen werden, soweit diese nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.¹⁰¹ Die Schadensersatzzahlung fingiert keine Zustimmung und legitimiert daher die Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung auch nicht im Nachhinein.¹⁰² Über die Lizenzanalogie wird kein Lizenzvertrag geschlossen, sondern nur die Beeinträchtigung in Geld ausgedrückt.¹⁰³ Ein so festgestellter Schadensersatzanspruch kann sich nicht gegen den Träger des Persönlichkeitsrechts richten. Im Gegenteil: Indem man ihm ein spürbares Sanktionsinstrument an die Hand gibt, stärkt man sein Selbstbe-

97 BGHZ 169, 340 Tz. 12 – Rücktritt des Finanzministers; BGH NJW 2012, 1728 Tz. 24 – Verkehrsunfall; *Schubert*, Immaterielle Schäden, S. 750 mwN; *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz, S. 41 ff. Anders noch: BGHZ 26, 349, 353 – Herrenreiter; 30, 7, 16 f. – Caterina Valente; GRUR 1979, 732, 734 – Fußballtor.

98 So aber *Peifer*, Individualität, S. 306, 309 ff.; *ders.*, GRUR 2002, 495, 499 f.; *Schack*, JZ 2000, 1060; *Gounalakis*, AfP 1998, 10, 18 f.; *Peukert*, ZUM 2000, 710, 717 f. Differenzierend *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 134, der dem Persönlichkeitsrecht Zuweisungsgehalt abspricht, ohne daraus Einschränkungen für den Schadensersatz herzuleiten.

99 Besonders deutlich *Schack*, JZ 2000, 1060, 1061; *Peukert*, ZUM 2000, 710, 717. Auch nach *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht², S. 134, soll der Persönlichkeitsrechtsinhaber Schadensersatzansprüche geltend machen können, um „andere von der wirtschaftlichen Nutzung des geschützten Persönlichkeitsgutes abzuhalten“.

100 Das befürchten etwa *Schack*, JZ 2000, 1060, 1062; *Peukert*, ZUM 2000, 710, 715, 718; *Peifer*, Individualität, S. 306. Die Ablehnung der Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie beruht daher weitgehend auf einem Dammbruchargument, weil befürchtet wird, dass die ökonomischen Überlegungen beim Schadensrecht zum „Brückenkopf“ eines *right of publicity* US-amerikanischer Prägung wird, *Peifer*, GRUR 2002, 495, 500. Ähnlich warnt *Schack* aaO vor dem „Betreten dieses abschüssigen Weges“.

101 BGHZ 169, 340 Tz. 12 – Rücktritt des Finanzministers; BGH NJW 2012, 1728 Tz. 24 – Verkehrsunfall; *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz, S. 42.

102 BGHZ 169, 340 Tz. 12 – Rücktritt des Finanzministers; *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz, S. 42.

103 Dazu bereits oben Kapitel 4 B.II.3, III.

stimmungsrecht.¹⁰⁴ Der Schadensersatzanspruch ermöglicht ihm, den Eingriff in das ideelle Interesse – wenn auch nur in begrenztem Umfang – auszugleichen. Geld ist in unserer Marktordnung ein allseits akzeptierter Maßstab für die Wertschätzung und damit für die Anerkennung eines Interesses.¹⁰⁵ Dass das in schwerwiegenden Fällen nur ein unvollkommener Versuch der Wiedergutmachung ist, darf die Rechtsordnung nicht davon abhalten, den Geldbetrag wenigstens als Mindestschaden zuzusprechen.¹⁰⁶ Andernfalls bliebe der Eingriff gänzlich unkompensiert.

Einem Geschädigten, der sich seine „Ehre nicht abkaufen lassen möchte“, steht es frei, den Zahlungsanspruch nicht geltend zu machen¹⁰⁷ oder allein Schmerzensgeld für die immateriellen Nachteile zu verlangen.¹⁰⁸ Ein vollständiger Verzicht kann sinnvoll sein, wenn der Betroffene vermeiden möchte, dass die Persönlichkeitsrechtsverletzung durch den Schadensersatzprozess vertieft oder einer noch größeren Öffentlichkeit bekannt wird. Um diese Entscheidungsfreiheit zu wahren, wäre zu erwägen, einen solchen Schadensersatzanspruch so lange der Zwangsvollstreckung zu entziehen, bis ihn der Betroffene selbst rechtshängig gemacht hat.

2. Beschränkung auf Eingriffe durch kommerzielle Nutzung

Die Rechtsprechung beschränkt den materiellen Schadensersatz auf Fälle, in denen vermögenswerte Bestandteile des Persönlichkeitsrechts beeinträchtigt werden.¹⁰⁹ Nur wenn Persönlichkeitsmerkmale zu kommerziellen Zwecken unerlaubt verwertet würden, seien finanzielle Interessen beeinträchtigt.¹¹⁰ In dem Fall sei eine Lizenzgebühr gerechtfertigt, weil die kommerzielle Verwertung eines fremden Bildnisses oder anderer Persönlichkeitsmerkmale zeige, dass der Verletzer dem Persönlichkeitsrecht wirtschaftlichen Wert beimesse.¹¹¹ Der Schadensersatzanspruch sei Ausgleich für den rechtswidrigen Eingriff in die ausschließliche Dispositionsbefugnis des Rechtsinhabers.¹¹² Ob der Verletzte dem Eingriff gegen

104 Schubert, Immaterielle Schäden, S. 746; Schlechtriem, FS Hefermehl, 445, 457 (zum Bereicherungsanspruch). Vgl. auch Hubmann, Persönlichkeitsrecht², S. 134; Schack, JZ 2000, 1060, 1062; Peukert, ZUM 2000, 710, 717 f. AA Peifer, Individualität, S. 309 ff.

105 So schon Hubmann, Persönlichkeitsrecht², S. 351.

106 Hubmann, Persönlichkeitsrecht², S. 351 mwN.

107 Hubmann, Persönlichkeitsrecht², S. 351 f. (zum Schmerzensgeldanspruch). Dies sei „eine in höchstem Maße sittliche Einstellung, zu der sich in der Regel nur die edelsten Menschen aufschwingen können.“ Das Recht könne sich aber auf das „ethische Minimum“ beschränken.

108 Zum Verhältnis von Schadensersatz und billiger Entschädigung in Geld unten 4.

109 BGHZ 143, 214, 228 – Marlene Dietrich; BGH NJW 2012, 1728 Tz. 23, 26 – Verkehrsunfall.

110 BGH NJW 2012, 1728 Tz. 26 – Verkehrsunfall.

111 BGHZ 169, 340 Tz. 12 – Rücktritt des Finanzministers; BGH NJW 2012, 1728 Tz. 24 – Verkehrsunfall.

112 BGHZ 169, 340 Tz. 12 – Rücktritt des Finanzministers; BGH NJW 2012, 1728 Tz. 24 – Verkehrsunfall.

Entgelt überhaupt hätte zustimmen können oder dazu bereit gewesen wäre, sei unerheblich.¹¹³ Wenn dagegen das kommerzielle Interesse einer Person nicht betroffen sei, könne kein Anspruch auf Schadensersatz gewährt werden. „Schutzgut und Interessenlage“ seien zu unterschiedlich.¹¹⁴ Das gelte insbesondere, wenn das Berichterstattungsinteresse der Presse im Vordergrund stehe; das Interesse, durch eine rechtswidrige Verwendung fremder Fotos die Auflage zu steigern, sei nur ein „mitwirkendes Element“.¹¹⁵

Der grundlegenden Unterscheidung der Rechtsprechung zwischen vermögenswerten und rein immateriellen Eingriffen ist für Schadensersatzansprüche grundsätzlich zuzustimmen. Allerdings sollte bei der Abgrenzung weniger auf die Person des Betroffenen, sondern in erster Linie auf die Art des Eingriffs abgestellt werden. Dient der rechtswidrige Eingriff zumindest auch kommerziellen Zwecken, dann schuldet der Verletzer Schadensersatz. Beschränkt sich der Angriff auf die Persönlichkeit des Betroffenen, dann kommt allein eine billige Entschädigung in Geld in Betracht. Denn ein Vermögensschaden liegt nach allgemeiner Definition vor, wenn der Eingriff in ein geschütztes Interesse in Geld messbar ist.¹¹⁶ Ob etwas Vermögenswert hat, entscheidet weitgehend der Markt, wenn er ein Gut nachfragt, dessen Nutzung ihm andere untersagen können.¹¹⁷ Verwendet der Verletzer fremde Persönlichkeitsrechte für kommerzielle Zwecke, so macht er es dadurch zu einem Vermögensgut.¹¹⁸

Durch das Abwehrrecht gesteht die Rechtsordnung jeder Person das Recht zu, andere an der Kommerzialisierung ihrer Persönlichkeit zu hindern. Ob der Abgebildete prominent oder sein Foto austauschbar ist, spielt nur für die Höhe der üblichen bzw. angemessenen Vergütung eine Rolle, nicht aber dafür, ob überhaupt eine Vergütung geschuldet ist.¹¹⁹ Auf die Höhe der fiktiven Lizenzgebühr hat es Einfluss, wenn Betroffene mit einer öffentlichen Namensnennung oder Abbildung üblicherweise einverstanden sind und kein Entgelt fordern. Die fiktive Lizenz kann im Einzelfall gegen Null tendieren, etwa wenn jemand auf einer harmlosen, netten Bebilderung eines Sommertages in einer Tageszeitung erscheint. Die Lizenzgebühr kann aber auch ganz erheblich sein, wie im Fall eines Unfallopfers, das pietätlos, aber auflagesteigernd auf der Titelseite der Bild-Zei-

113 Oben Fn. 97.

114 BGH NJW 2012, 1728 Tz. 26 – Verkehrsunfall.

115 BGH NJW 2012, 1728 Tz. 28 – Verkehrsunfall.

116 *Schubert*, Immaterielle Schäden, S. 33, 538 f. mwN; *Langel/Schiemann*, Schadensersatz³, S. 50 f.; *Larenz*, SchuldR I¹⁴, § 29 I c (S. 485); *Esser/Schmidt*, SchuldR I/2⁸, § 31 II a (S. 183); Münch-KommBGB⁷/Oetker, § 249 Rn. 28.

117 *Schlechtriem*, FS Hefermehl, 445, 453, 457; *Wagner*, Gutachten, A 40; *Siemes*, AcP 201 (2001), 202, 219; *Götting*, Persönlichkeitsrechte, S. 54.

118 Vgl. BGHZ 169, 340 Tz. 12 – Rücktritt des Finanzministers; BGH NJW 2012, 1728 Tz. 24 – Verkehrsunfall; *Schlechtriem*, FS Hefermehl, 445, 453, 455; *Siemes*, AcP 201 (2001), 202, 220. AA *Schubert*, Immaterielle Schäden, S. 759 ff.; *Wagner*, Gutachten, A 43.

119 AA *Schubert*, Immaterielle Schäden, S. 758 f.

tung abgedruckt wird.¹²⁰ Den Schadensersatzanspruch davon abhängig zu machen, ob der Betroffene seine Persönlichkeit bereits vorher vermarkten konnte, führt zu einem Prominentenbonus, der beim Schutz des Persönlichkeitsrechts unangebracht ist. Auch unbekannte Bürger verdienen einen effektiven Schutz ihrer Persönlichkeit durch eine fiktive Lizenzgebühr, auch wenn diese typischerweise niedriger ausfällt als bei Prominenten.¹²¹ Wenn dem Persönlichkeitsrecht eines Unbekannten vom Verwender Vermögenswert beigemessen wird, weil er dadurch seine Quoten oder Verkaufszahlen steigern möchte, kann es kein relevantes Kriterium sein, ob der Betroffene seine Persönlichkeit auch sonst verwerten kann oder möchte.¹²²

Es reicht also aus, dass das Gut wirtschaftlich verwertbar ist und daher einen Vermögenswert hat. Wenn man zur Kenntnis nimmt und rechtlich berücksichtigt, dass auch ideelle Interessen einen Geldwert haben können, wird die ideelle Schutzrichtung des Persönlichkeitsrechts nicht in Frage gestellt, sondern gestärkt.¹²³ Eine ungewollte Kommerzialisierung der Persönlichkeit kann das Recht nicht dadurch ungeschehen machen, dass es sie negiert und lediglich missbilligt.¹²⁴ Einen effektiven Schutz der Persönlichkeit vor Zwangskommerzialisierung erreicht man nur durch eine Neutralisierung des rechtswidrigen Eingriffs und die damit verbundene präventive Wirkung.

Auch die Einschränkung, dass Eingriffe in vergleichbare Persönlichkeitsrechte „üblicherweise nur gegen Entgelt gestattet“¹²⁵ werden, ist nicht notwendig. Eine solche Einschränkung verursacht nur Abgrenzungsschwierigkeiten und wäre konstanten Änderungen unterworfen.¹²⁶ In Zeiten, in denen in das Filmen von Darmspiegelungen,¹²⁷ das Essen von Kakerlaken in Dschungelcamps oder ähnliche öffentliche Entblößungen und Erniedrigungen („Nutzung des Ansehens durch Abwertung“¹²⁸) gegen Entgelt gestattet werden, sollte allein darauf abgestellt werden, ob der Verletzte mit der rechtswidrigen Persönlichkeitsnutzung Geld verdienen wollte oder nicht.¹²⁹ Verletzt er die fremde Persönlichkeit dagegen nicht zu kommerziellen Zwecken, dann ist der Geschädigte auf eine billige Ent-

120 So der Sachverhalt von BGH NJW 2012, 1728 Tz. 27, 31 – Verkehrsunfall.

121 Schack, AcP 195 (1995), 594, 595 f.; Götting, Persönlichkeitsrechte, S. 54 f.

122 Götting, Persönlichkeitsrechte, S. 55; aA BGHZ 165, 203, 209 f. – Mordkommission Köln; Schubert, Immaterielle Schäden, S. 758 f.

123 Wagner, Gutachten, A 41; Schlechtriem, FS Hefermehl, 445, 454 ff., 457 (zum Bereicherungsanspruch).

124 Schlechtriem, FS Hefermehl, 445, 457.

125 BGHZ 20, 345, 353 – Paul Dahlke. Ferner BGHZ 26, 349, 352 – Herrenreiter; BGH NJW 1979, 2205, 2206 – Fußballtorwart; GRUR 2013, 196 Tz. 43 – Playboy am Sonntag.

126 Auf letzteres wies Schlechtriem schon 1976 hin, FS Hefermehl, 445, 464.

127 Die ehemalige Tagesschau-Sprecherin Susan Stahnke in der Sendung *stern tv* am 27.3.2002.

128 Schlechtriem, FS Hefermehl, 445, 464 Fn. 97.

129 BGHZ 169, 340 Tz. 12 – Rücktritt des Finanzministers; Götting, Persönlichkeitsrechte, S. 55; Siemes, AcP 201 (2001), 202, 220; Jakobs, Eingriffserwerb, S. 110. Im Ergebnis auch Larenz/Canaris, SchR II²/³, § 69 I 2c (S. 174); Staudinger¹⁹⁹⁹/Hager, § 823 Rn. C 249 f., 290.

schädigung in Geld zu verweisen. Das unterscheidet das allgemeine Persönlichkeitsrecht vom Urheberrecht. Anders als dieses (§ 11 S. 2 UrhG) ist das Persönlichkeitsrecht nicht *per se* ein vermögenswertes Recht.

Dass es an einer konkreten Lizenzierungspraxis für den Eingriff fehlt, ist dagegen unschädlich, wie das Immaterialgüterrecht zeigt.¹³⁰ Dort wird auf Praktiken vergleichbarer Märkte geschaut oder eine angemessene Lizenzgebühr anhand von Kriterien wie dem wirtschaftlichen Wert der Nutzung bestimmt.¹³¹ Es kann allerdings Fälle geben, in denen die Persönlichkeitsverletzung nur sehr mittelbar den Absatz des Verletzers steigern soll und deswegen jeder Maßstab für die Lizenzanalogie fehlt. Zum Beispiel kann ein Konkurrent herabgesetzt werden, ohne dass der Verletzer die Aufmerksamkeit der Herabsetzung kommerzialisiert. Er profitiert dann allein von der Schlechterstellung des Konkurrenten, ohne selbst (absolut) besser zu stehen. In diesem Fall muss die Rufbeeinträchtigung, wie in Frankreich, nach § 287 ZPO als Pauschalsumme geschätzt werden.¹³²

Entgegen der Rechtsprechung¹³³ kann es nicht darauf ankommen, ob der Verletzer neben kommerziellen auch andere Interessen verfolgt, etwa ein Bericht-erstattungs- oder ein künstlerisches Interesse. Diese grundrechtlich geschützten Interessen sind auf der vorgelagerten Stufe gegen das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen abzuwägen, also bei der Frage, ob es sich um einen rechtswidrigen Eingriff handelt. Ferner können diese Aspekte beim Verschulden berücksichtigt werden. Weshalb aber das auf der Titelseite einer Boulevard-Zeitung verwendete Foto eines Unfallopfers¹³⁴ einen geringeren Vermögenswert haben soll als ein Foto des alternden *Gunter Sachs*, der auf einer Yacht in Saint-Tropez die Bild-Zeitung liest,¹³⁵ erschließt sich nicht. Wenn das betroffene Unfallopfer die Abbildung rechtzeitig verhindern könnte, würde ihm die Zeitung den Betrag für den Verzicht auf sein Verbotungsrecht bieten, der ihr die Auflagensteigerung oder der Prestigegewinn durch ein Exklusivfoto wert ist.

3. Billige Entschädigung in Geld bei sonstigen Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht

Sonstige Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht, die lediglich einen immateriellen Schaden verursachen, gleicht die Rechtsprechung durch eine billige Entschädi-

130 Ebenso *Siemes*, AcP 201 (2001), 202, 227 f.

131 Dazu oben Kapitel 4 B.III.4.

132 Dazu oben Kapitel 4 C.II.2.c).

133 Oben Fn. 115.

134 BGH NJW 2012, 1728 Tz. 27, 31 – Verkehrsunfall.

135 BGH GRUR 2013, 196 Tz. 43 – Playboy am Sonntag.

gung in Geld aus.¹³⁶ Dies setzt aber einen schwerwiegenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht voraus.¹³⁷

4. Verhältnis des Schadensersatzes zur Entschädigung für immaterielle Beeinträchtigungen

Eine Persönlichkeitsrechtsverletzung muss sich nicht in der ungewollten kommerziellen Benutzung erschöpfen, sondern kann dem Rechtsinhaber darüber hinaus immaterielles Leid zufügen: Ein kommerzieller Persönlichkeitseingriff kann den Betroffenen in seiner Ehre herabsetzen, er kann sich gedemütigt fühlen und sonst an Lebensqualität einbüßen, etwa weil er im Bekanntenkreis oder in der Öffentlichkeit verspottet wird.¹³⁸ Diese Beeinträchtigung ist bei der Höhe der üblichen bzw. angemessenen Lizenzgebühr zu berücksichtigen, soweit solche Folgen bei der Höhe der Lizenzgebühr typischerweise eingepreist werden.¹³⁹ Bei der Lizenzgebühr kommt es aber nicht in erster Linie auf die Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechtsinhabers an, sondern auf den kommerziellen Wert der Persönlichkeitsnutzung. Deswegen gleicht in diesen Fällen die Lizenzgebühr die Beeinträchtigung nicht immer in voller Höhe aus. Dann steht es dem Betroffenen frei, immaterielle Beeinträchtigungen, soweit sie bei der Bemessung der Lizenzgebühr nicht berücksichtigt wurden, zusätzlich als billigen Ausgleich in Geld geltend zu machen.¹⁴⁰

III. Verstöße gegen individualschützende Lauterkeitsrechtsnormen

Mitbewerber können bei einem schuldhaften Verstoß gegen Lauterkeitsrecht Schadensersatz nach § 9 UWG geltend machen. Für dessen Umfang wird auf das allgemeine Schadensrecht zurückgegriffen.¹⁴¹ Bei der Verletzung einer Reihe von individualschützenden Lauterkeitsnormen wendet die Rechtsprechung auch die Grundsätze der dreifachen Schadensberechnung an, insbesondere auf den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Lauterkeitsrechtsschutz des § 4 Nr. 3 UWG 2015

136 Diesen stützt sie direkt auf Art. 1, 2 I GG, BGHZ 128, 1, 15 – Caroline von Monaco I; 143, 214, 218 – Marlene Dietrich.

137 BGHZ 143, 214, 218, 228 – Marlene Dietrich; *Soebring*, *Presser*⁴, § 32 Rn. 21; *Prinz/Peters*, *MedienR*, Rn. 744 ff. mwN.

138 Vgl. etwa den Fall der *Lisa Loch*, die zunächst in der Fernsehsendung *TV Total* der Lächerlichkeit preisgegeben und dann deutschlandweit zum Gesprächsstoff wurde, OLG Hamm ZUM 2004, 388. Ferner *Canaris*, FS Deutsch, 85, 104.

139 *Siemes*, AcP 201 (2001), 202, 228; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 49.

140 OLG München NJW-RR 1996, 539, 541 – Telefon-Sex-Foto; *Jansen*, Haftungsrecht, S. 520; *Siemes*, AcP 201 (2001), 202, 230. Vgl. auch *Schubert*, Immaterielle Schäden, S. 757; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 45 (neben Bereicherungsanspruch).

141 *Obly/Sosnitza*, UWG⁶, § 9 Rn. 3; *Köhler/Bornkamm*, UWG³⁴, § 9 Rn. 1.23.

(dazu 2.) und auf die Verletzung von Betriebsgeheimnissen (dazu 3.). Die Durchsetzungs-RL ist auf diese Fallgruppen nicht direkt anwendbar (dazu 1.).

1. Keine unmittelbare Anwendbarkeit der Durchsetzungs-RL

Kurz nach Inkrafttreten der Durchsetzungs-RL wurde vertreten, dass diese unmittelbar auch auf lauterkeitsrechtliche Sachverhalte anzuwenden sei.¹⁴² Allerdings gilt die Richtlinie nach Art. 2 I nur für Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums, die entweder unionsrechtlich oder nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaats geschützt sind. Lauterkeitsrechtlich geschützte Positionen werden aber allgemein nicht als gewerbliche Schutzrechte angesehen.¹⁴³ Das Lauterkeitsrecht stellt Marktverhaltensregeln auf, so dass Verstöße dagegen als Verhaltensunrecht angesehen werden.¹⁴⁴ Dass Lauterkeitsrechtsverstöße von der Richtlinie nicht erfasst werden, ergibt sich auch aus Erwägungsgrund 13.¹⁴⁵ Dort wird in Satz 1 darauf hingewiesen, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie möglichst weit sein und deswegen alle Rechte des geistigen Eigentums erfassen soll. In Satz 2 ermutigt der Richtliniengeber die Mitgliedstaaten, die Bestimmungen der Richtlinie auf Handlungen auszuweiten, „die den unlauteren Wettbewerb [...] betreffen“. Eine solche Empfehlung hat keine Bindungswirkung, so dass die Vorgaben der Durchsetzungs-RL auf Lauterkeitsrechtsverstöße erstreckt werden können, aber nicht müssen.¹⁴⁶ Soweit es als sinnvoll erachtet wird, das besondere Haftungsregime des Immaterialgüterrechts auch auf Verstöße gegen Lauterkeitsrecht zu erstrecken, sollten die Vorgaben der Richtlinie aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit und Rechtssicherheit übernommen werden, wenn die Besonderheiten des Lauterkeitsrechts keine Abweichung rechtfertigen.¹⁴⁷

2. Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 3 UWG 2015)

Nach dem BGH darf bei der Nachahmung von Leistungen, die nach § 4 Nr. 3 UWG 2015 geschützt sind, der Schaden nach der Lizenzanalogie berechnet wer-

¹⁴² Beyerlein, WRP 2005, 1354, 1357 f.; Schneider, Enforcementrichtlinie, S. 45 f.

¹⁴³ Dazu sogleich unter 2.a).

¹⁴⁴ Allerdings kommt es auf die konkrete Einordnung nach dem jeweiligen nationalen Recht an, wobei es keine Rolle spielt, ob es im Recht des unlauteren Wettbewerbs oder in einem speziellen Schutzgesetz geregelt ist, vgl. EuGH EU:C:2000:688 Tz. 60, 62 – Christian Dior (zu Art. 50 TRIPs).

¹⁴⁵ Ohly/Sosnitza, UWG⁶, § 9 Rn. 14; Stieper, WRP 2010, 624, 629.

¹⁴⁶ Harte/Henning/Goldmann, UWG³, § 9 Rn. 4, 146; MünchKommUWG²/Fritzsche, § 9 Rn. 103; GroßKomm-UWG²/Paal, § 9 Rn. 62; Ohly/Sosnitza, UWG⁶, § 9 Rn. 14; Stieper, WRP 2010, 624, 629.

¹⁴⁷ Alexander, Abschöpfung, S. 273 f.; Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 9 Rn. 1.36; Harte/Henning/Goldmann, UWG³, § 9 Rn. 146 (sogar analoge Anwendung). Enger Ohly/Sosnitza, UWG⁶, § 9 Rn. 14 („Orientierung“).

den.¹⁴⁸ Ganz verbreitet wird als tragender Gesichtspunkt für die Lizenzanalogie angesehen, dass die Rechtsposition, die § 4 Nr. 3 UWG 2015 gewährt, mit der eines Immaterialgüterrechts vergleichbar sei.¹⁴⁹ Weil diese Schutzposition besonders verletzlich sei, müsse deren Inhaber genauso geschützt werden wie der Inhaber eines Immaterialgüterrechts.¹⁵⁰ Auch die Schwierigkeit der konkreten Schadensberechnung wird als Begründung herangezogen.¹⁵¹

a) Eingriff in eine Schutzposition als Rechtfertigung der Lizenzanalogie

Gegen die Lizenzanalogie wird kritisch eingewendet, dass der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz kein absolutes Recht gewähre¹⁵² und diese Schutzposition dem Inhaber daher die Nutzung nicht mit absoluter Wirkung zuweise.¹⁵³ Nur Eingriffe in absolute Rechte, nicht aber Verstöße gegen bloße Verhaltensnormen rechtfertigten die Lizenzanalogie.¹⁵⁴

Der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz unterscheidet sich allerdings dadurch von den meisten anderen Normen des Lauterkeitsrechts, dass er in erster Linie die individuellen Interessen des Nachgeahmten schützt.¹⁵⁵ Geltend machen kann diesen Anspruch allein der Anbieter der nachgeahmten Leistung, nicht aber ein Konkurrent oder ein sonst klagebefugter Verband.¹⁵⁶ Die Klagebefugnis der übrigen Mitbewerber wird gegen den Wortlaut des § 8 III UWG eingeschränkt, weil der Schutz seiner Wettbewerbsposition allein zur Disposition des Originalherstellers stehen soll.¹⁵⁷ Dadurch ist die Schutzposition einem subjektivi-

148 BGHZ 57, 116, 118 ff. – Wandsteckdose II; 122, 262, 266 – Kollektion Holiday; GRUR 1981, 517, 520 – Rollhocker; BGH GRUR 2007, 431 Tz. 21 – Steckverbindergehäuse; GRUR 1993, 55, 57 – Tchibo/Rolex II (insoweit nicht in BGHZ).

149 BGHZ 57, 116, 120 f. – Wandsteckdose II (für einen Fall des unmittelbaren Leistungsschutzes); BGH GRUR 1977, 539, 541 f. – Prozeßrechner; Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 9 Rn. 1.41; Ohly/Sosnitza, UWG⁶, § 9 Rn. 15; GroßKomm-UWG²/Paal, § 9 Rn. 60, 62. Dagegen Stieper, WRP 2010, 624, 629 f.

150 BGHZ 57, 116, 121 – Wandsteckdose II; 119, 20, 30 – Tchibo/Rolex II; BGH GRUR 2007, 431 Tz. 21 – Steckverbindergehäuse; GRUR 1977, 539, 541 – Prozeßrechner; Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 9 Rn. 1.41; Harte/Henning/Goldmann, UWG³, § 9 Rn. 141; Loewenheim, ZHR 135 (1971), 97, 133 ff.; GroßKomm-UWG²/Paal, § 9 Rn. 60, 62.

151 BGHZ 57, 116, 121 – Wandsteckdose II; Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 9 Rn. 1.41.

152 Köhler/Bornkamm, UWG³³, § 4 Rn. 3.4; Ohly/Sosnitza, UWG⁶, § 4 Rn. 9/3; GroßKomm-UWG²/Leistner, § 4 Nr. 9 Rn. 78.

153 Ohly/Sosnitza, UWG⁶, § 4 Rn. 9/88, § 9 Rn. 15; Steindorff, AcP 158 (1959/60), 431, 458; Stieper, WRP 2010, 624, 629.

154 Stieper, WRP 2010, 624, 629.

155 BGH GRUR 2007, 984 Tz. 23 mwN – Gartenliege; GRUR 2010, 80 Tz. 17 – LIKEaBIKE; GRUR 1991, 223, 225 – Finnischer Schmuck; Ohly/Sosnitza, UWG⁶, § 4 Rn. 9/4.

156 BGHZ 122, 262, 267 – Kollektion Holiday; BGH GRUR 1991, 223, 224 – Finnischer Schmuck; Ohly/Sosnitza, UWG⁶, § 4 Rn. 9/4, 83 f.; Harte/Henning/Sambuc, UWG³, § 4 Nr. 9 Rn. 200 f.; GroßKomm-UWG²/Leistner, § 4 Nr. 9 Rn. 242 ff.; aA Stieper, WRP 2010, 624, 630. Sie sind damit nicht vom Schutzzweck der Norm erfasst, Alexander, Abschöpfung, S. 226 f.

157 BGH GRUR 2009, 416 Tz. 23 – Küchentiefstpreis-Garantie; Ohly/Sosnitza, UWG⁶, § 4 Rn. 9/84. Kritisch Peukert, Güterzuordnung, S. 383 („keine individuell-exklusiven Vorzugsbereiche für bestimmte Marktteilnehmer“).

ven Recht jedenfalls sehr stark angenähert.¹⁵⁸ Der Inhaber des Verbotsrechts kann über seine Schutzposition frei disponieren und gegenüber Dritten mit Wirkung gegenüber jedermann auf dessen Geltendmachung verzichten. Dadurch wird diese Schutzposition zu einem handelbaren Wirtschaftsgut mit Vermögenswert. Diese Einschätzung wird dadurch bestätigt, dass auf dem Markt Lizenzen auf der Grundlage von wettbewerbsrechtlich geschützten Rechtspositionen gehandelt werden.¹⁵⁹

Die Rechtsposition unterscheidet sich von den meisten Immaterialgüterrechten dadurch, dass sie einen nur eingeschränkten Schutzbereich hat und nicht als solche übertragen werden kann.¹⁶⁰ Das Leistungsergebnis als solches wird nicht umfassend geschützt, sondern nur gegen bestimmte Angriffe von Wettbewerbern.¹⁶¹ Der Inhaber einer eigenartigen Leistung kann diese nur, aber immerhin, gegen täuschende Nachahmungen, gegen Verwässerung und Rufausbeutung schützen. Diesen Schutz als verhaltensbezogen einzustufen und immaterialgüterrechtlichem Schutz gegenüberzustellen, ist ein Spiel mit Worten. Denn auch Immaterialgüterrechte werden nur gegen bestimmte, vom Schutzgesetz vorgegebene Handlungen geschützt. Insoweit kann man den Schutz eigenartiger Leistungen als immaterialgüterrechtsähnlich einstufen¹⁶² oder dies ablehnen¹⁶³; unmittelbarer Erkenntnisgewinn folgt aus dieser Kategorisierung aber nicht.¹⁶⁴ Denn es ist weitgehend eine Frage der Gesetzgebungstechnik, ob zunächst ein umfassendes subjektives Recht geschaffen und dann durch ein Wechselspiel von Verbotsrechten und Schranken näher konturiert wird – oder ob von vornherein nur Einzelbefugnisse gewährt werden.¹⁶⁵

Soweit die Rechtsordnung einem Einzelnen eine solche verzichtbare subjektive Rechtsposition zubilligt, hat sie auch Zuweisungsgehalt. Denn der Inhaber der geschützten Rechtsposition kann Dritte von den ihm vorbehaltenen Nutzungen ausschließen oder sie ihnen gegen Entgelt gestatten.¹⁶⁶ Das unterscheidet den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz von anderen lauterkeitsrechtlichen Normen, die allgemein zum Schutz der freien Konkurrenz oder zu Zwecken des Verbraucherschutzes aufgestellt wurden und die einem einzelnen Unter-

158 Ähnlich Fezer, WRP 1993, 565, 568 ff.; aA Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 4 Rn. 3.4; Loewenheim, ZHR 135 (1971), 97, 107.

159 BGHZ 57, 116, 120 f. – Wandsteckdose II; BGH GRUR 1977, 539, 541 f. – Prozeßrechner.

160 Wobei Letzteres insofern auf das Urheberrecht ebenfalls zutrifft, als es zu Lebzeiten des Schöpfers als Ganzes nicht übertragen werden kann, § 29 I UrhG. Allerdings können einzelne Nutzungsrechte Dritten ausschließlich eingeräumt und auch weiterübertragen werden, § 29 II UrhG.

161 BGHZ 187, 255 Tz. 17 mwN – Hartplatzhelden.de; Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 4 Rn. 3.4.

162 BGHZ 57, 116, 120 f. – Wandsteckdose II (für einen Fall des unmittelbaren Leistungsschutzes); BGH GRUR 1977, 539, 541 f. – Prozeßrechner; Ohly/Sosnitza, UWG⁶, § 4 Rn. 9/3 mwN.

163 Stieper, WRP 2010, 624, 629.

164 Ähnlich Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 4 Rn. 3.4.

165 Vgl. Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 4 Rn. 3.4; Cornels, Schranken, S. 63. AA Alexander, Abschöpfung, S. 231: klare dogmatische Unterschiede.

166 BGHZ 122, 262, 267 – Kollektion Holiday; Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 4 Rn. 3.85.

nehmer lediglich als Rechtsreflex zugutekommen. Daher kann er auf deren Geltendmachung auch nicht mit Wirkung *erga omnes* verzichten. Solche Normen gewähren ihm also kein subjektives Recht und ihnen fehlt jeder individuelle Zuweisungsgehalt.

Mit dem ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz will der Gesetzgeber dagegen individuelle, hinreichend gefestigte Marktpositionen vor bestimmten Angriffen der Konkurrenz schützen. Es handelt sich um einen gegenstandsbezogenen lauterkeitsrechtlichen Schutz, mit dem diese Art der Anstrengung und Leistungserbringung durch einen eingeschränkten Schutz belohnt wird.¹⁶⁷ Die Wettbewerbsposition ist dem Inhaber zwar nicht absolut zugewiesen, weil es den Konkurrenten freisteht, mit lauterer Mitteln dieselbe Wettbewerbsposition zu erobern und den Inhaber zu verdrängen.¹⁶⁸ Aber das unterscheidet es nicht wesentlich etwa vom Urheberrecht, das keinen absoluten Schutz eines Werks vermittelt, sondern eigenständigen Doppelschöpfungen denselben Schutz gewährt.¹⁶⁹

Um diesen Gesetzeszweck zu verwirklichen, ist ein ausreichender Schutz der Rechtsposition notwendig. Andernfalls geht die Steuerungswirkung des Gesetzes verloren.¹⁷⁰ Ein Unterlassungsanspruch hilft hier ebenso eingeschränkt wie im Immaterialgüterrecht, weil er keinen Rechtsschutz für die Zeit zwischen dem Angebot der rechtswidrig nachgeahmten Leistung und ihrer gerichtlichen Untersagung gewähren kann. Der Inhaber der Rechtsposition hat kaum eine Möglichkeit, Konkurrenten bereits im Vorfeld an der Rechtsverletzung zu hindern;¹⁷¹ anders als bei den meisten Eigentumsverletzungen (dazu oben I.) wird die Schadensprävention nicht bereits durch andere Schadensersatzpositionen sichergestellt. Wegen dieser besonderen Schutzbedürftigkeit ist es sinnvoll, bereits den Eingriff in die geschützte wettbewerbsrechtliche Rechtsposition als solchen als Schaden anzusehen und mit dem Verkehrswert in die Schadensbilanz einzustellen. Deswegen ist die Lizenzanalogie auch beim ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz berechtigt.¹⁷² Sie sollte entgegen der Rechtsprechung nicht auf solche Branchen und Fälle beschränkt werden, in denen eine Lizenzierung möglich und üblich ist.¹⁷³ Denn durch die Lizenzanalogie wird kein Lizenzvertrag fingiert, sondern nur die Höhe des Schadens bestimmt.¹⁷⁴ Solange es also Kriteri-

167 Vgl. Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 4 Rn. 3.25; *Sambuc*, Nachahmungsschutz, Rn. 582.

168 Vgl. *Loewenheim*, ZHR 135 (1971), 97, 139 (zum Geheimnisschutz).

169 Auch wenn in der Praxis an die Darlegung einer Doppelschöpfung sehr strenge Maßstäbe angelegt werden, vgl. nur *Schack*, UrhR⁷, Rn. 189, 285 f.

170 *Jakobs*, Eingriffserwerb, S. 107 ff. und passim; GroßKomm-UWG²/Leitner, § 4 Nr. 9 Rn. 77.

171 Vgl. *Harte/Henning/Sambuc*, UWG³, § 4 Nr. 9 Rn. 210; *Loewenheim*, ZHR 135 (1971), 97, 115 f.

172 *Peukert*, Güterzuordnung, S. 385 f. Vgl. auch die Nachweise oben Fn. 148.

173 So aber BGHZ 60, 206, 211 – Miss Petite; Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 9 Rn. 1.42. Wie hier dagegen BGH GRUR 2002, 795, 797 – Titelexklusivität, dazu unten IV.

174 So auch MünchKommUWG²/Fritzsche, § 9 Rn. 93. Dazu ausführlich Kapitel 4 B.II.3, III.

en gibt, anhand derer die Schadenshöhe bestimmt werden kann, ist auch eine „Lizenzanalogie“ zu gewähren.¹⁷⁵

b) Höhe

Für die einzelnen Kriterien der Schadensbemessung kann auf die Ausführungen oben verwiesen werden.¹⁷⁶ Allerdings müssen der begrenzte Schutzzumfang des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes und die Wertungen der Gemeinfreiheit berücksichtigt werden.¹⁷⁷ Über das Lauterkeitsrecht ist dem Rechteinhaber nicht der ästhetische Attraktionswert der Gestaltung¹⁷⁸ oder die zugrunde liegende technische Lösung¹⁷⁹ zugewiesen, sondern allein die mithilfe der Gestaltung erworbene Marktposition und der Bekanntheitsgrad. Dementsprechend darf er vom Verletzer lediglich eine deutliche Kennzeichnung verlangen, welche die Irreführung über die Herkunft des Produktes auf ein hinnehmbares Ausmaß verringert.¹⁸⁰ Eine grundsätzlich andere Produktgestaltung kann er vom Verletzer aber nicht verlangen.¹⁸¹ Ein Verletzer kann sich zwar grundsätzlich nicht auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten berufen; doch ist es bei der immaterialgüterrechtlichen Lizenzgebühr anerkannt, dass für ihre Höhe rechtmäßige Gestaltungsalternativen zu berücksichtigen sind.¹⁸²

Überwiegend wird die Rechtsprechung des I. Zivilsenats auch insoweit auf das Lauterkeitsrecht erstreckt, als eine Lizenzgebühr bereits für das Herstellen und Anbieten rechtsverletzender Produkte geschuldet sein soll, auch wenn diese nicht vertrieben werden.¹⁸³ Das überzeugte schon für Immaterialgüterrechtsverletzung nicht.¹⁸⁴ Im Lauterkeitsrecht muss zudem beachtet werden, dass nach allgemeiner Ansicht nicht schon das Herstellen nachgeahmter Produkte gegen Lauterkeits-

175 BGH GRUR 2002, 795, 797 – Titelexklusivität. Vgl. aber unten 4. zu Fällen, in denen mangels ökonomischer Nutzung jeder Maßstab für eine Lizenzanalogie fehlt. Ferner Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 9 Rn. 1.42, der das Erfordernis der Verkehrsblichkeit weit verstehen möchte, um auch neuartige Verletzungsformen erfassen zu können.

176 Kapitel 4 B.III.

177 Dazu ausführlich Raue, Nachahmungsfreiheit, S. 154 ff.

178 Raue, Nachahmungsfreiheit, S. 59 ff.

179 BGH GRUR 2010, 1125 Tz. 22 – Femur-Teil; GRUR 2009, 1073 Tz. 10 – Ausbeinmesser; GRUR 2007, 339, 342 Tz. 27 – Stufenleitern; GRUR 2002, 820, 822 – Bremszangen; GRUR 2000, 521, 523 – Modulgerüst.

180 Raue, Nachahmungsfreiheit, S. 37 ff. mwN. Anders aber teilweise die Rechtsprechung bei ästhetischen Gestaltungselementen, vgl. die Nachweise aaO S. 158 ff.

181 BGHZ 161, 204, 215 – Klemmbausteine III; OLG Frankfurt GRUR 1982, 175, 178 – Rubik's Cube; Raue, Nachahmungsfreiheit, S. 37 ff.; Stieper, WRP 2010, 624, 629.

182 Dazu Kapitel 4 B.III.4.a).

183 Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 9 Rn. 1.43; Obly/Sosnitza, UWG⁶, § 9 Rn. 18; MünchKommUWG²/Fritzsche, § 9 Rn. 100; Harte/Henning/Goldmann, UWG³, § 9 Rn. 153.

184 Dazu Kapitel 4 B.III.1.d)aa).

recht verstößt, sondern erst deren Vertrieb.¹⁸⁵ Eine Rechtsverletzung ist aber notwendige Voraussetzung eines jeden Schadensersatzes, so dass eine Lizenzgebühr für hergestellte, aber noch nicht vertriebene Produkte ausscheiden muss.

3. Betriebsgeheimnisse

Betriebliches Know-how hat einen hohen wirtschaftlichen Wert. Ein Unternehmen hat deswegen ein großes Interesse, es nicht nach außen dringen zu lassen. Dieses Interesse schützen §§ 17 ff., ggf. iVm. §§ 3, 3a, 4 Nr. 2 f. UWG. Geheimnisträgern eines Unternehmens ist es verboten, für die Dauer ihres Beschäftigungsverhältnisses ihr Wissen nach außen zu tragen (§ 17 I UWG). Konkurrenten ist es untersagt, Betriebsgeheimnisse auszuspionieren, unbefugt zu verwerten und Dritten mitzuteilen (§ 17 II UWG). § 18 UWG verbietet, anvertraute Vorlagen oder Vorschriften technischer Art unbefugt zu verwerten oder jemandem mitzuteilen.

Allerdings ist es Konkurrenten in allen Fällen nicht verwehrt, sich selbst dieses Wissen anzueignen und es dann zu nutzen oder ohne ihr Zutun nach außen gedungenes Know-how zu verwerten.¹⁸⁶ Der lauterkeitsrechtliche Geheimnisschutz bewahrt das betriebliche Wissen nur vor unbefugter Weitergabe und Nutzung, entfaltet aber keinen absoluten Schutz wie etwa ein Patent. Dementsprechend gehört das Know-how nicht zu den Immaterialgüterrechten.¹⁸⁷ Weil die faktische Ausschließungsmöglichkeit aber einen wirtschaftlichen Wert hat, ist es üblich, Lizenzverträge darüber zu schließen.¹⁸⁸

Verstoßen Konkurrenten gegen den lauterkeitsrechtlichen Schutz des Know-how, schulden sie nach § 9 UWG Schadensersatz. Nach dem BGH darf das ausgespähte Unternehmen als Schadensersatz eine übliche Lizenzgebühr verlangen.¹⁸⁹ Das ist gerechtfertigt, weil die §§ 17 ff. UWG dem Unternehmer eine individualschützende Rechtsposition zuweisen, in die der Konkurrent rechtswidrig eingreift. Dieser Rechtsposition kommt insoweit ein Zuweisungsgehalt zu, als sie dem Unternehmer ermöglicht, sein unternehmerisches Wissen und seine Erfahrung wirtschaftlich am Markt zu verwerten. Der Eingriff in diese Rechtsposition als solcher führt daher, wie bei den Immaterialgüterrechten, zu einem Schaden,

185 BGHZ 161, 204, 211 f. – Klemmbausteine III; BGH GRUR 1996, 210, 212 – Vakuumpumpen; OLG Köln GRUR-RR 2008, 166, 169 – Bigfoot; *Obly/Sosnitzka*, UWG⁶, § 4 Rn. 9/86; GroßKomm-UWG^{2/Leistner}, § 4 Nr. 9 Rn. 248; *Köhler/Bornkamm*, UWG³⁴, § 4 Rn. 3.80.

186 *Ann*, GRUR 2007, 39, 40 f.

187 *Köhler/Bornkamm*, UWG³⁴, vor § 17 Rn. 2; *Obly/Sosnitzka*, UWG⁶, vor § 17 Rn. 3 (vgl. aber Rn. 4: „unvollkommenes Immaterialgüterrecht“); *Ann*, GRUR 2007, 39, 43.

188 *Obly/Sosnitzka*, UWG⁶, vor § 17 Rn. 4 f.

189 Zu § 17 UWG: BGH GRUR 1977, 539, 541 – Prozeßrechner; WRP 2008, 938, 939 – Konstruktionszeichnungen. Zu § 18 UWG: KG GRUR 1988, 702, 703 – Corporate Identity; aA noch BGH GRUR 1960, 554, 556 – Handstrickverfahren. Ferner *Köhler/Bornkamm*, UWG³⁴, § 17 Rn. 58; *Obly/Sosnitzka*, UWG⁶, § 17 Rn. 51; *Harte/Henning/Harte-Bavendamm*, UWG³, § 17 Rn. 63.

der in Höhe seines wirtschaftlichen Werts ausgeglichen werden muss. Die normative Erweiterung des Schadensbegriffs ist in diesen Fällen gerechtfertigt, weil der zivilrechtliche Schutz von Geschäftsgeheimnissen sonst weitgehend leerlaufen würde.¹⁹⁰

4. Sonstige Lauterkeitsrechtsverstöße

Nach dem gerade Ausgeführten scheidet die Lizenzanalogie bei allen Verstößen gegen Normen des Lauterkeitsrechts aus, die nicht in erster Linie dem Schutz eines individuellen Unternehmers dienen, sondern überindividuellen Zwecken.¹⁹¹ In all diesen Fällen kann ein einzelner Betroffener nicht in die Rechtsverletzung einwilligen. Die Rechtsordnung schützt ihn zwar vor unlauteren Angriffen, weist ihm aber keine disponible Rechtsposition zu, die er durch eine Gestattung wirtschaftlich verwerten könnte.

Dementsprechend kommen für die Lizenzanalogie nur die weiteren individual-schützenden Normen § 4 Nr. 1, 2 und § 6 II UWG 2015 in Betracht. Für die Herabsetzung und Anschwärzung (§ 4 Nr. 1 UWG 2015) wird vereinzelt vorgeschlagen, den Schaden nach der Lizenzanalogie zu berechnen, weil der Schutz des guten Rufs mit Markenrechtsverletzungen vergleichbar sei.¹⁹² Dem ist im Grundsatz zuzustimmen, weil dem Rechtsinhaber nach dem Eingriff nur noch ein um diesen geschmälertes vermögenswertes Recht zusteht. Allerdings fehlt in Fällen, in denen es dem Verletzer allein um die *Schlechterstellung* des Konkurrenten geht, jeder Maßstab, wie die Lizenzgebühr zu berechnen ist.¹⁹³ Zunächst gibt es keine vergleichbare Lizenzpraxis, deren Maßstäbe herangezogen werden könnten. Anders als bei einer rechtswidrigen herabsetzenden Berichterstattung durch die Presse, bei welcher der Aufmerksamkeitswert der Herabsetzung genutzt wird,¹⁹⁴ gibt es keine Umsätze, anhand derer man den ökonomischen Wert der schlichten Herabsetzung messen kann. Die Lizenzanalogie ist für die Fälle einer rein schädigenden Nutzung daher nicht aus Prinzip abzulehnen; sie scheitert im Regelfall aber an unüberwindbaren Erkenntnisschwierigkeiten. Der rechtswidrige Eingriff in den Ruf eines Unternehmens muss dann auf andere Weise ausgeglichen werden. Weil es sich um ein vermögenswertes Recht handelt, richtet sich der Ausgleich nach den allgemeinen Regeln des materiellen Schadensersatzes.¹⁹⁵ Hier

190 Vgl. BGH GRUR 1977, 539, 541 f. – Prozeßrechner.

191 Ähnlich Loewenheim, ZHR 135 (1971), 97, 132; Harte/Henning/Goldmann, UWG³, § 9 Rn. 149.

192 Obly, GRUR 2007, 926, 928; MünchKommUWG²/Fritzsche, § 9 Rn. 97 (vgl. aber Rn. 92); aA Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 9 Rn. 1.36b; Alexander, Abschöpfung, S. 274.

193 Ebenso MünchKommUWG²/Fritzsche, § 9 Rn. 92. Anders Loewenheim, ZHR 135 (1971), 97, 136 f., der hier die Lizenzanalogie ausschließen möchte, weil der Verletzer sich keine fremde Rechtsposition anmaße.

194 Dazu oben II.2.

195 Dazu bereits oben Kapitel 4 C.II.

müssen die Gerichte, wie bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, den erforderlichen Betrag nach § 287 ZPO schätzen und können sich dabei etwa an der Gerichtspraxis in Frankreich orientieren.¹⁹⁶

Nach Ansicht des BGH berechtigt auch der unlautere Bruch von Marktverhaltensregeln (§ 3a UWG 2015) jeden Konkurrenten zu Schadensersatz, unabhängig davon, ob die verletzte Norm ausschließlich den Verbraucherschutz oder zumindest auch den Schutz dieses Mitbewerbers bezweckt.¹⁹⁷ Soweit dem Verletzer der Bruch allgemeiner Marktverhaltensregeln zur Last gelegt wird, kann der Schaden aber nur konkret berechnet werden. Die Lizenzanalogie ist hier dogmatisch nicht zu begründen, weil der Verletzer nicht in die individuelle Rechtssphäre des Konkurrenten eindringt und keine diesem von der Rechtsordnung zugeordneten subjektiven Rechte verletzt. Der Kläger könnte nicht wirksam in den Bruch dieser Marktverhaltensregeln einwilligen. Außerdem muss man in diesen Fällen den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens zulassen, weil die Rechtsordnung dem Konkurrenten keine absolut geschützte Wettbewerbsposition zuweist, sondern nur einen fairen Wettbewerb garantieren will.¹⁹⁸

IV. Vertragsverletzungen

Die dreifache Schadensberechnung auf die Verletzung vertraglicher Rechte anzuwenden, wird überwiegend abgelehnt.¹⁹⁹ Allerdings kann im Folgenden gezeigt werden, dass die Lizenzanalogie bei Vertragsverletzungen eine sinnvolle Ergänzung des klassischen Leistungsstörungsrechts sein kann.

1. Verstöße gegen Unterlassungspflichten

Beim Verstoß gegen Unterlassungspflichten ist allgemein anerkannt, dass der Schutz durch den Unterlassungsanspruch unzureichend ist, weil im Regelfall einige Zeit vergeht, bis der Verstoß bemerkt wird und der Anspruch durchgesetzt werden kann.²⁰⁰ Eine Bereicherungshaftung²⁰¹ und Gewinnabschöpfung nach § 687 II BGB²⁰² lehnt die ganz herrschende Ansicht ab; eine Gewinnabschöpfung

196 Dazu oben Kapitel 4 C.II.2.c).

197 BGH GRUR 2010, 754 Tz. 25 – Golly Telly; GRUR 2012, 407 Tz. 37 – Delan; Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 9 Rn. 1.15. Kritisch Ohly/Sosnitza, UWG⁶, § 9 Rn. 5.

198 Ohly/Sosnitza, UWG⁶, § 9 Rn. 5.

199 RG GRUR 1942, 352, 357 – Quarzlampe; BGH GRUR 2002, 795, 797 – Titelexklusivität; NJW 2013, 781 Tz. 27 – Altenwohnheim; Köhler/Bornkamm, UWG³⁴, § 9 Rn. 1.36a; Dreier/Schulze/Dreier/Specht, UrhG⁵, § 97 Rn. 58.

200 Vgl. etwa Bock, Gewinnherausgabe, S. 115 ff. mwN; Schwab, NJW 2013, 1135, 1137 f.; Hofmann, AcP 213 (2013), 469, 470 f., 491 f. mwN.

201 BGH NJW 2013, 781 Tz. 24; Ellger, Bereicherung, S. 851 ff., 864; aA Bamberger/Roth³/Wendehorst, § 812 Rn. 128.

202 Dazu unten B.III.

nach § 285 BGB scheitert an der mangelnden Identität zwischen Unterlassungspflicht und den erlangten Erlösen.²⁰³ Ein Schaden des Unterlassungsgläubigers in Form des entgangenen Gewinns ist meist schwer nachzuweisen²⁰⁴ oder nicht gegeben. Die Rechtsordnung scheint also Verstöße gegen vertragliche Unterlassungspflichten weitgehend sanktionslos zu lassen.

Das verwundert, weil sich vertragliche Rechte von absoluten nicht durch ihre „Wertigkeit“ oder Schutzbedürftigkeit, sondern allein durch ihren persönlichen Geltungsbereich unterscheiden.²⁰⁵ Sie gelten nicht gegenüber jedermann, sondern nur zwischen den Vertragsparteien. Wenn diese aber von ihrer Vertragsfreiheit Gebrauch gemacht und sich gebunden haben, werden die eingeräumten Rechte von der Rechtsordnung anerkannt und verdienen deswegen denselben Schutz wie absolute Rechtspositionen.

Dagegen kann man einwenden, dass es den Parteien freisteht, eine Schadensersatzpflicht nach der Lizenzanalogie oder eine Vertragsstrafe vertraglich zu vereinbaren.²⁰⁶ Allerdings ist es nicht Aufgabe des Rechts, vertrauensvolle Vertragsparteien zu enttäuschen, sondern sie mit interessengerechtem dispositivem Recht bei den Vertragsverhandlungen zu entlasten.²⁰⁷ So käme niemand auf die Idee, generell eine Schadensersatzhaftung für Vertragsverletzungen abzulehnen, weil die Parteien eine solche Haftung zwanglos vereinbaren könnten, wenn sie es für sinnvoll erachteten. Die Rechtsordnung sollte Vertragsparteien das Normengefüge zur Verfügung zu stellen, das ihren mutmaßlichen Interessen und Willen entspricht. Deswegen sieht das dispositive Recht als Regelsanktion Schadensersatz für die schuldhafte Verletzung von vertraglichen Pflichten vor, der in den Grenzen der §§ 138, 276 III, 307 ff. BGB abbedungen werden kann. Redliche Parteien wollen im Regelfall nicht, dass ihre Vereinbarungen vorsätzlich ohne Sanktion gebrochen werden können, weil ein Schaden entweder nicht vorliegt oder nicht bewiesen werden kann. Aus einer vertraglichen Verpflichtung würde sonst eine unverbindliche Interessenbekundung. Das Interesse der Vertragsparteien an Rechtssicherheit und Verbindlichkeit als Grundlage für weitere Dispositionen unterscheidet sich insofern nicht von der Interessenlage bei absolut geschützten Rechtspositionen.²⁰⁸ Die Präventions- und Rechtsfortsetzungswirkung der Lizenzanalogie sollte daher auch innerhalb von Vertragsbeziehungen zu einem besseren Schutz der vereinbarten Rechtspositionen beitragen.²⁰⁹

203 Unten Fn. 229.

204 *Köndgen*, *RabelsZ* 56 (1992), 696, 722; *Hofmann*, *AcP* 213 (2013), 469, 470.

205 *Picker*, *AcP* 183 (1983), 369, 511 ff.; *ders.*, *JZ* 1987, 1041, 1056; *Helms*, *Gewinnherausgabe*, S. 186.

206 Das wird insbesondere gegen die Gewinnherausgabe nach Vertragsverletzungen eingewandt, dazu unten Fn. 278.

207 Vgl. allgemein *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*⁵, S. 455 f.; *Kronman/Posner*, *The Economics of Contract Law*, S. 4.

208 *Picker*, *AcP* 183 (1983), 369, 511 ff.; *ders.*, *JZ* 1987, 1041, 1044; *Nipperdey*, *FS Böhmer*, 163, 167; *Helms*, *Gewinnherausgabe*, S. 186 mwN; *Hofmann*, *AcP* 213 (2013), 469, 489 f., 491 f.

209 Vgl. auch *Köndgen*, *RabelsZ* 64 (2000), 661, 689, 694; *Boosfeldt*, *Gewinnausgleich*, S. 250 f.

a) Ein Beispiel hierfür ist der BGH-Fall Titelexklusivität:²¹⁰ Die Musikgruppe *Böse Onkelz* hatte mit dem Label *Bellaphon Records* einen Künstlervertrag abgeschlossen. Das Label erwarb das ausschließliche Recht, alle Aufnahmen zu verwerten, die während der Vertragslaufzeit aufgezeichnet wurden. Die Band verpflichtete sich ferner, während der Vertragslaufzeit Darbietungen ausschließlich mit dem Label aufzunehmen (persönliche Exklusivität) und nach Beendigung der Laufzeit die Titel, die sie bereits mit dem Label aufgenommen hatte, zehn Jahre lang nicht durch Dritte aufnehmen und vertreiben zu lassen (Titelexklusivität). Einige Jahre später, nachdem die *Onkelz* den Künstlervertrag gekündigt hatten, gründeten sie ein eigenes Label und vertrieben über dieses ein Live-Album, das Titel enthielt, die unter die Titelexklusivität des früheren Künstlervertrags fielen. Gegen die Verbreitung dieses Live-Albums konnte *Bellaphon* nicht aufgrund von Immaterialgüterrechten vorgehen, weil es lediglich Inhaber der Tonträgerherstellerrechte war, in welche die neuen Aufnahmen der Songs nicht eingriffen. Allerdings verletzte die Band den Künstlervertrag. Dieser sicherte dem Label auch nach Ablauf des Vertrags noch zehn Jahre lang zu, die Titel, deren Produktion, Vertrieb und Vermarktung *Bellaphon* während der Vertragslaufzeit ermöglicht und finanziert hatte, exklusiv vertreiben zu können.²¹¹ Auch wenn dem Label keine ausschließlichen Nutzungsrechte an den Liedern eingeräumt wurden, sollte es den wirtschaftlichen Wert der Titel exklusiv ausnutzen können.

aa) Probleme bereitete es aber, den Schaden der Vertragsverletzung zu berechnen. *Bellaphon* hätte in jedem Fall den Schaden nach dem entgangenen Gewinn (§ 252 BGB) berechnen können; allerdings wäre es schwergefallen, diesen zu beziffern, weil nicht jeder Käufer des Live-Albums stattdessen eines der alten Alben gekauft hätte, die noch vom Label vertrieben wurden. Es war eher davon auszugehen, dass viele Fans der Band das Live-Album zusätzlich zu den alten Alben gekauft hatten.

Allerdings hätte das Label gegen Entgelt auf die Titelexklusivität verzichten können, etwa wenn es von der Band an den Einnahmen aus dem Live-Album beteiligt worden wäre. Schadensersatz unter dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns kam dennoch nicht in Betracht, weil *Bellaphon* in einem Schreiben vor Veröffentlichung des Live-Albums nachdrücklich und endgültig seine Zustimmung verweigert hatte.²¹²

Der BGH lehnte es zunächst ab, die dreifache Schadensberechnung auf diesen Fall anzuwenden, weil sie auf die Verletzung absoluter Rechte oder vergleichbarer Rechtspositionen beschränkt sei.²¹³ Allerdings griff er anschließend seine Be-

210 BGH GRUR 2002, 795 – Titelexklusivität.

211 BGH GRUR 2002, 795, 797 – Titelexklusivität.

212 BGH GRUR 2002, 795, 797 – Titelexklusivität.

213 BGH GRUR 2002, 795, 797 – Titelexklusivität.

gründung der Lizenzanalogie auf²¹⁴ und gewährte dem klagenden Label zumindest faktisch die Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie. Die Band habe die vertragliche Rechtsposition des Labels missachtet und stehe durch den Rechtsbruch besser, als wenn sie die Zustimmung rechtzeitig (und gegen Entgelt) eingeholt hätte. Weil diese Verletzung der Unterlassungspflicht nicht rückgängig gemacht werden könne, stehe dem Label wenigstens der Betrag zu, den es bei einer Zustimmung als angemessene Vergütung erhalten hätte.²¹⁵

bb) Dieses Ergebnis ist stimmig: *Inter partes* war der wirtschaftliche Wert der rechtswidrig veröffentlichten Titel dem Label zugewiesen, das gegen unmittelbare Konkurrenz durch anderweitige Aufnahmen der Band geschützt war. Zwar konnte es sich nicht gegen jede Neuaufnahme der Lieder wehren, aber eben gegen Neuaufnahmen und Neuinterpretationen der *Bösen Onkelz*. Ihm waren dadurch nicht die gesamten Einnahmen aus dem Live-Album zugewiesen.²¹⁶ Nach Kündigung des Künstlervertrags konnte es die neuen Aufnahmen lediglich verhindern, nicht aber verlangen, sie selbst verlegen zu dürfen. Vergleichbar mit der unberechtigten Untervermietung stand ihm nur ein Verbots-, aber kein Nutzungsrecht an den neuen Aufnahmen zu. Der wirtschaftliche Wert der Verbotsposition war ihm gegenüber der Band aber weiterhin zugewiesen. Folgerichtig durfte das Label den Wert des Eingriffs in das Verbotsrecht als solchen als Schadensersatz geltend machen. Die Höhe des Schadensersatzes bemisst sich entweder danach, was in der Branche üblicherweise für den Verzicht auf die nachvertragliche Titelsexklusivität gewährt wird, oder, in Ermangelung einer solchen Branchenpraxis, was vernünftige Vertragsparteien einander gewährt hätten.²¹⁷ Der BGH hat in dem Urteil zu Recht darauf hingewiesen, dass ein Schadensersatz nicht allein deswegen ausscheidet, weil es für den Verzicht keinen etablierten Marktwert gibt.²¹⁸ Solange das Gericht durch den Rückgriff auf andere Berechnungsfaktoren jedenfalls einen Mindestschaden schätzen kann (§ 287 ZPO), muss es diesen zusprechen.²¹⁹

cc) Gegenüber dem neuen Plattenlabel, welches das Live-Album vertrieben hatte, standen der Klägerin keine vertraglichen Ansprüche zu, so dass insoweit die Lizenzanalogie ausschied. Wegen der Branchenüblichkeit solcher Exklusivbindungen ging der BGH allerdings davon aus, dass das neue Label den Vertragsbruch in unlauterer Weise ausgenutzt hatte (§ 4 Nr. 4 UWG 2015).²²⁰ Er stellte maßgeblich darauf ab, dass die nachvertragliche Exklusivbindung wesentliche wirtschaftliche Bedeutung für die Branche habe, weil es die teilweise erheblichen

214 Dazu Kapitel 4 B.II.2.

215 BGH GRUR 2002, 795, 797 – Titelsexklusivität. Ähnlich Hofmann, AcP 213 (2013), 469, 485.

216 BGH GRUR 2002, 795, 797 – Titelsexklusivität.

217 BGH GRUR 2002, 795, 797 – Titelsexklusivität.

218 BGH GRUR 2002, 795, 797 – Titelsexklusivität.

219 Vgl. dazu schon oben Kapitel 4 B.III.4.

220 BGH GRUR 2002, 795, 798 – Titelsexklusivität.

Investitionen der Plattenlabel so lange absichere, dass eine Amortisation möglich sei.²²¹ In diesem Fall gewährt das UWG dem Label eine individualschützende Rechtsposition, auf die es ebenfalls gegen Entgelt verzichten kann. Bei einer wirtschaftlichen Verwertung auch dieses individualschützenden Lauterkeitsverstößes kann der Schaden deshalb nach der Lizenzanalogie berechnet werden (dazu oben III.).

dd) Nicht vom Schutzbereich des Künstlervertrages abgedeckt wäre aber der Fall, dass ein Dritter rechtswidrige Aufnahmen des Livekonzerts ohne die Zustimmung der Band veröffentlicht. In diesem Fall greift der Verletzer weder in absolute noch in relative Rechte des Labels ein. Unbeteiligte Dritte sind vom Schutzbereich des Vertrags nicht erfasst. Gegen sie kann nur die Band aus ihren absolut wirkenden Immaterialgüterrechten vorgehen. Ob sie den erstrittenen Schadensersatz später mit dem Label teilen muss, ist entweder dem Vertrag zu entnehmen oder durch ergänzende Vertragsauslegung zu ermitteln.

b) Nach diesen Grundsätzen hätte auch im aktuellen Fall *Altenwohnanlage* des VII. Zivilsenats die Klage eines Bauunternehmers gegen einen Architekten nicht abgewiesen werden dürfen.²²² Hier hatte der Bauunternehmer den Architekten damit beauftragt, eine Altenwohnanlage für ein Grundstück zu entwerfen, das er erst noch erwerben wollte. Nach dem Vertrag sollte dem Bauunternehmer das ausschließliche Nutzungsrecht an den Plänen zu stehen. Dem Kläger gelang es in der Folgezeit jedoch nicht, das Grundstück zu erwerben. Der beklagte Architekt veräußerte die Pläne daraufhin an den erfolgreichen Käufer ein zweites Mal und erlöste knapp 24.000 €. Der Bauunternehmer wollte an den Erlösen des Architekten beteiligt werden. Der VII. Zivilsenat lehnte dies ab.²²³ Weil die Pläne nicht urheberschutzfähig waren, habe der Bauunternehmer kein ausschließliches urheberrechtliches Nutzungsrecht erhalten, das der Architekt verletzen konnte.²²⁴ Dem Unternehmer stehe lediglich ein vertraglicher Unterlassungsanspruch gegen die Zweitverwertung der Pläne zu.²²⁵ Dem BGH ist zuzustimmen, dass der Vertrag dem Bauunternehmer keinerlei Rechte gegenüber Dritten einräumt.²²⁶ Er konnte also nicht dagegen vorgehen, dass der Erwerber die Pläne des Architekten realisierte.

Allerdings ist dem BGH insoweit zu widersprechen, als der Unterlassungsanspruch auch im Verhältnis der Vertragsparteien keinen Zuweisungsgehalt haben

221 Wobei die lauterkeitsrechtliche Verstärkung von Vertragspositionen umstritten ist: Einerseits wird sie als sinnvoll angesehen (*Obly/Sosnitza*, UWG⁶, § 4 Rn. 10/56 mwN), andererseits als unerwünschte „Verdinglichung“ vertraglicher Ansprüche abgelehnt (BGH GRUR 1999, 1113, 1115 – Außenseiteranspruch).

222 BGH NJW 2013, 781 – Altenwohnanlage. Ähnlich OLG Karlsruhe OLGR 2001, 344.

223 BGH NJW 2013, 781 Tz. 22 ff. – Altenwohnanlage.

224 BGH NJW 2013, 781 Tz. 19 f. – Altenwohnanlage.

225 BGH NJW 2013, 781 Tz. 18, 21 – Altenwohnanlage.

226 BGH NJW 2013, 781 Tz. 24 – Altenwohnanlage.

soll.²²⁷ Die Parteien hatten vereinbart, dass der Architekt die erbrachte Planungsleistung ohne Zustimmung des Bauunternehmers nicht erneut verwerten durfte. Diese unabhängig von einem Urheberrecht geschützte wirtschaftlich wertvolle Position hätte der Bauunternehmer durchsetzen können, wenn er vom Vertragsbruch des Architekten rechtzeitig erfahren hätte. Wie so oft bei vertraglichen Unterlassungsansprüchen²²⁸ hatte er davon aber zu spät erfahren, so dass die vertraglichen Schutzmechanismen fehlschlügen. Mittelbare Schäden nach § 252 BGB waren ihm nicht entstanden. Auch ein Anspruch aus § 285 BGB kam nicht in Betracht: Die vertragliche Verpflichtung, eine Zweitverwertung zu unterlassen, war zwar unmöglich geworden. Der vom Architekten erzielte Erlös war aber kein kongruentes Äquivalent der geschuldeten Leistung.²²⁹ Nach dem BGH durfte der Architekt den Vertrag sanktionslos brechen.

Dieses Sanktionsdefizit ist unbefriedigend. Die Rechtsordnung ignoriert damit die Vereinbarung der Parteien, dass die Zweitverwertung wirtschaftlich nicht mehr dem Architekten, sondern dem Bauunternehmer zusteht, der dafür bezahlt hat.²³⁰ Deswegen war auch hier der Eingriff in den Unterlassungsanspruch als solcher auszugleichen. Für diesen Eingriff ist der Betrag anzusetzen, den der Bauunternehmer für den Verzicht auf sein Recht hätte fordern können. Darüber hinaus sollte man bei solchen vorsätzlichen Vertragsbrüchen auch den vollen Gewinn nach § 687 II BGB abschöpfen.²³¹

c) Das gilt verallgemeinernd für alle vertraglichen Unterlassungsansprüche, bei denen der Vertragspartner aus dem Verstoß einen finanziellen Vorteil erzielt.²³² Dieser Vorteil ermöglicht den Gerichten, jedenfalls einen Mindestschaden nach § 287 ZPO zu schätzen. Für den Wert der Zustimmung kann auf die Grundsätze der Lizenzanalogie zurückgegriffen werden: Er bestimmt sich nach dem wirtschaftlichen Wert der Zustimmung, also insbesondere danach, welchen Aufwand der Vertragspartner gehabt hätte, um das vertragliche Verbot auf rechtmäßige Weise zu umgehen, und welchen eigenen Beitrag er zur Gewinnerzielung geleistet hat.²³³

d) Auch bei Vertragsverstößen, die aus immateriellen Motiven heraus begangen werden, greift der Vertragspartner in das vertraglich zugestandene Recht ein, so dass ein normativer Schaden konstruiert werden kann. Solange sich für eine

227 BGH NJW 2013, 781 Tz. 24 – Altenwohnanlage. Wie hier Bamberger/Roth³/Wendehorst, § 812 Rn. 128 mwN; Schwab, NJW 2013, 1135, 1136 f.

228 Hofmann, AcP 213 (2013), 469, 470 f.

229 Schwab, NJW 2013, 1135, 1137. Zu diesem Erfordernis bereits oben Kapitel 4 D.I.1.c)cc)(2).

230 Im Ergebnis ebenso Schwab, NJW 2013, 1135, 1137 f., der aber einen Herausgabeanspruch aus ergänzender Vertragsauslegung konstruieren möchte.

231 Dazu unten B.III.

232 So auch in England: *Experience Hendrix v PPX* [2003] EWCA Civ 323 Tz. 34; *Boosfeldt*, Gewinnausgleich, S. 250 f. Im Ergebnis ebenso: *Hartmann*, commodum, S. 256; *Hofmann*, AcP 213 (2013), 469, 494 f. (zu § 285 BGB).

233 Zu weiteren Kriterien oben Kapitel 4 B.III.4.

Zustimmung allerdings kein Marktpreis herausgebildet hat, fehlt ohne einen finanziellen Vorteil der Verletzung jeder Maßstab, mit dem ein Schaden beziffert werden könnte.²³⁴ In diesen Fällen kann sich der Begünstigte des Unterlassungsanspruchs nur dadurch schützen, dass er sich für den Fall des Verstoßes eine angemessene Vertragsstrafe zusichern lässt.

2. Leistungspflichten

Kommt ein Vertragspartner seinen Leistungspflichten nicht nach, darf der andere Teil seine Leistung zurückhalten (§§ 320, 273 BGB) oder nach einem Rücktritt zurückfordern (§§ 346 I, 323 BGB). Wenn der Schuldner die Nichtleistung zu vertreten hat, darf der Gläubiger nach einer Fristsetzung (§ 281 I BGB) Schadensersatz statt der Leistung fordern. Er ist dann berechtigt, die Kosten eines Deckungsgeschäfts sowie entgangene Gewinne als Schadensersatz geltend zu machen.²³⁵ Verzichtet er auf ein Deckungsgeschäft, soll er nicht in jedem Fall den objektiven Marktwert als Mindestschaden geltend machen dürfen.²³⁶ Nur bei einem kaufmännischen Fixgeschäft (§ 376 HGB) darf er pauschal die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Börsen- oder Marktpreis als Schaden geltend machen.²³⁷ In anderen Konstellationen darf er diese Differenz nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) fordern, wobei die Rechtsprechung Kaufleuten mit (widerleglichen) Vermutungen entgegenkommt.²³⁸

Man könnte auch in diesen Konstellationen die Lizenzanalogie fruchtbar machen und dem Gläubiger wenigstens den objektiven Marktwert der vertraglich vereinbarten Leistung als Mindestschaden zusprechen. Allerdings kann er sich durch einen Deckungskauf und dem daraus resultierenden Schadensersatzanspruch ausreichend selbst vor den Nachteilen des Vertragsbruchs schützen. Zudem muss der Schuldner mit weitergehenden Schadensersatzverpflichtungen wegen entgangener Gewinne des Gläubigers rechnen, so dass das vertragliche Leistungsstörungsrecht ausreichenden Schutz gegen eine Nichtleistung bietet.²³⁹ Die Lizenzanalogie ist hier nicht erforderlich, um ein erhebliches Sanktionsdefizit auszugleichen, wie es etwa bei der unberechtigten Untervermietung oder anderen Verstößen gegen Unterlassungspflichten der Fall ist.²⁴⁰

234 Vgl. dazu schon oben II.3.

235 Bamberger/Roth³/Unberath, § 281 Rn. 39 f. mwN; Palandt⁷⁵/Grüneberg, § 281 Rn. 26 f.

236 Dazu bereits oben Kapitel 4 C.III.4.a)aa).

237 Dazu bereits oben Kapitel 4 C.III.4.a)bb).

238 Dazu oben Kapitel 4 C.III.4.a)aa).

239 Die Situation ist insofern vergleichbar mit dem Eigentumsschutz, vgl. oben I.

240 Weitergehend Stoll, Vermögensschaden, S. 14, der auch bei Vertragsverletzungen den Gläubiger wertmäßig wenigstens so stellen möchte, als wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.

B. Die Gewinnabschöpfung als deliktisches Präventionsinstrument

Die Gewinnabschöpfung ist kein Schadensersatz im engeren Sinne.²⁴¹ Sie kann nur auf die allgemeine Norm des § 687 II BGB gestützt werden und stellt damit eine besondere deliktische Reaktion der Rechtsordnung auf vorsätzliche Rechtsverletzungen dar. Das wurde oben in Kapitel 4 D. ausführlich dargelegt. Es wurde ebenfalls gezeigt, dass stringenter Ergebnisse erzielt werden, wenn man sich konsequenter als bisher von der überkommenen Geschäftsführungsperspektive löst und die Auslegung an der präventiven Funktion des § 687 II BGB orientiert. Für Eigentumsverletzungen kann insoweit nach oben verwiesen werden.²⁴²

Führt man diesen Ansatz weiter, kann auch der Gewinn aus vorsätzlichen Persönlichkeitsrechtsverletzungen abgeschöpft werden, weil kein Geschäft des Verletzers mit der Persönlichkeit des Verletzten simuliert werden muss. Dem Verletzer soll lediglich der Gewinn entzogen und dem Inhaber des Persönlichkeitsrechts als relativ besser Berechtigtem zugewiesen werden (dazu I.). Anschließend wird dafür eingetreten, diesen Gewinnabschöpfungsmechanismus auf die vorsätzlichen Verletzung individualschützender relativer Verbote auszudehnen: Auch bei Verstößen gegen individualschützende Lauterkeitsnormen (dazu II.) und bei Vertragsverletzungen (dazu III.) sollte der Gewinn abgeschöpft werden können, wenn dieser durch den Rechtsverstoß mitgeprägt worden ist.

I. Persönlichkeitsrechtsverletzungen

Die Rechtsprechung billigt dem Persönlichkeitsrechtsinhaber schon bei einfach fahrlässigen Rechtsverletzungen einen Gewinnherausgabeanspruch zu.²⁴³ Das ist ebenso wenig gerechtfertigt wie bei Immaterialgüterrechtsverletzungen.²⁴⁴ Die Gewinnabschöpfung sollte allein bei vorsätzlichen Verstößen nach § 687 II BGB gewährt werden.²⁴⁵ Das ist bei Persönlichkeitsrechtsverstößen besonders wichtig, weil diese häufig von der Presse begangen werden. Würde hier schon jeder fahrlässige Verstoß mit einem scharfen Gewinnabschöpfungsanspruch sanktioniert, so würde die Pressefreiheit unverhältnismäßig eingeschränkt. Hier ginge der Rechtsgüterschutz zulasten der Freiheit, die ein Grundpfeiler unseres demokratischen Gemeinwesens ist. Bei vorsätzlichen Persönlichkeitsverletzungen dient die

241 Dazu oben Kapitel 4 D.II.

242 Kapitel 4 D.I.1.a).

243 BGHZ 143, 214, 231 f. – Marlene Dietrich; BGH GRUR 2000, 715, 717 – Der blaue Engel.

244 Oben Kapitel 4 D.III.4. Ebenso *Schubert*, Immaterielle Schäden, S. 770 f., 776 ff.; *Canaris*, FS Deutsch, 85, 92; *Schlechtriem*, FS Hefermehl, 445, 458 f.; Staudinger¹⁹⁹⁹/Hager, § 823 Rn. C 290; *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz, S. 51; *Siemes*, AcP 201 (2001), 202, 229; Staudinger¹⁹⁹⁹/Hager, § 823 Rn. C 290.

245 Ebenso *Schlechtriem*, FS Hefermehl, 445, 458 f.; Staudinger¹⁹⁹⁹/Hager, § 823 Rn. C 290; *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz, S. 51; *Siemes*, AcP 201 (2001), 202, 229.

Presse allerdings nicht mehr dem Gemeinwohl, so dass hier der präventive Rechtsgüterschutz gerechtfertigt ist.²⁴⁶

Darüber hinaus beschränkt die Rechtsprechung die Gewinnherausgabe – weitgehend unausgesprochen – auf vermögenswerte Persönlichkeitsrechte und erhöht in Fällen „rücksichtsloser Kommerzialisierung“ lediglich die billige Entschädigung in Geld.²⁴⁷ Der Rechtsprechung ist insoweit zuzustimmen, als die zusätzliche immaterielle Beeinträchtigung, die von vorsätzlichen Rechtsgutseingriffen ausgeht, durch Schmerzensgeldansprüche ausgeglichen werden muss.²⁴⁸ Allerdings sollte deshalb nicht auf das alternative Präventionsmittel der Gewinnabschöpfung verzichtet werden. Im Interesse eines effektiven Rechtsgüterschutzes sollte einem vorsätzlichen Verletzer jeder Gewinn entzogen werden, der durch den rechtswidrigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht geprägt wird. Bei einer Persönlichkeitsrechtsverletzung ist dieses deutliche Signal der Rechtsordnung, dass sich Rechtsbruch nicht lohnt, mindestens so wichtig wie bei Verstößen gegen Vermögensrechte. Wenn man die Geschäftsführungsperspektive überwindet und in § 687 II BGB ein deliktisches Präventionsinstrument sieht,²⁴⁹ fällt es nicht schwer, jegliche Persönlichkeitsrechtsverletzung in den Anwendungsbereich einzubeziehen.²⁵⁰ Der Persönlichkeitsrechtsinhaber ist der relativ besser Berechtigte, weil der Gewinn auf der Zwangskommerzialisierung seiner Persönlichkeit beruht. Weil es in erster Linie um die Abschöpfung des Unrechtsgewinns geht, ist es unerheblich, ob der Geschädigte einer Verwertung wenigstens grundsätzlich zugestimmt hätte.²⁵¹ Mit der Gewinnabschöpfung werden zugleich, als Nebenzweck, seine immateriellen Einbußen ausgeglichen, so dass er Schmerzensgeld nur beanspruchen kann, wenn der abgeschöpfte Gewinn des Verletzers nicht ausreicht, um die immateriellen Nachteile auszugleichen.

II. Verstöße gegen individualschützende Lauterkeitsrechtsnormen

Die Rechtsprechung gewährt bei schuldhaften Verstößen gegen den wettbewerbsrechtlichen Leistungs- und Geheimnisschutz Gewinnherausgabe.²⁵² Dadurch soll der Gewinn abgeschöpft werden, der von der Rechtsordnung dem Inhaber eines absoluten Rechts zugewiesen ist.²⁵³ Von diesem Ausgangspunkt betrachtet muss

246 Ebenso *Schlechtriem*, FS Hefermehl, 445, 463.

247 Vgl. BGHZ 128, 1, 15 f. – Caroline von Monaco I.

248 Dazu bereits oben Kapitel 4 G.I.3.

249 Dazu Kapitel 4 D.I.1.a)aa).

250 Im Ergebnis ebenso Staudinger¹⁹⁹⁹/Hager, § 823 Rn. C 249 f., 290; *Siemes*, AcP 201 (2001), 202, 229; *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz, S. 52.

251 Staudinger¹⁹⁹⁹/Hager, § 823 Rn. C 290; *Siemes*, AcP 201 (2001), 202, 229.

252 BGHZ 57, 116, 118 ff. – Wandsteckdose II; 122, 262, 266 – Kollektion Holiday; GRUR 1981, 517, 520 – Rollhocker; BGH GRUR 2007, 431 Tz. 21 – Steckverbindergehäuse; GRUR 1993, 55, 57 – Tchibo/Rolux II (insoweit nicht in BGHZ).

253 Vgl. *Ohly/Sosnitzer*, UWG⁶, § 9 Rn. 15.

es außerordentlich schwer fallen, beim Verstoß gegen Lauterkeitsrecht eine Gewinnabschöpfung anzuordnen. Denn dieses sanktioniert lediglich Verhaltensunrecht, weist aber nach traditioneller Ansicht keine absoluten Wettbewerbspositionen zu.²⁵⁴

Nach hier vertretener Ansicht dient die Gewinnabschöpfung des § 687 II BGB nicht dem Ausgleich von Schäden und soll auch nicht eine positive Güterzuordnung der Rechtsordnung wiederherstellen.²⁵⁵ Ihr einziges Ziel ist, dem vorsätzlichen Verletzer zur Prävention den Gewinn zu entziehen. Daher stellt sich hier nicht die Frage nach dem Zuweisungsgehalt des Lauterkeitsrechts, sondern allein, ob die geschützte Wettbewerbsposition ausreicht, um den Konkurrenten als den relativ besser Berechtigten anzusehen. Das kann beim ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz deswegen bejaht werden (oben A.III.), weil das Lauterkeitsrecht eine am Markt durchgesetzte Wettbewerbsposition zu einer immaterialgüterrechtsähnlichen Wettbewerbsposition verdichtet, die zwar nicht gegenüber allen Angriffen, aber doch gegenüber dem konkreten Angriff des Verletzers geschützt ist.²⁵⁶ Diese verfestigte, gegenstandsbezogene Wettbewerbsposition hebt den Verletzten aus der Masse der übrigen Konkurrenten heraus. Das rechtfertigt, ihm den Gewinn für den vorsätzlichen und rechtswidrigen Einbruch in seine Wettbewerbsposition zuzusprechen.²⁵⁷ Gleiches gilt beim Schutz von Unternehmensgeheimnissen und Vorlagen.²⁵⁸

Allerdings ist der Gewinnabschöpfungsanspruch auf vorsätzliche Rechtsverletzungen zu beschränken. Beim Gewinnabschöpfungsanspruch in § 10 UWG hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass er die unternehmerische Freiheit durch einen Gewinnabschöpfungsanspruch nur bei vorsätzlichen Rechtsverletzungen einschränken wollte.²⁵⁹ Die Gewinnabschöpfung soll nicht zu einer unangemessenen Belastung für die Wirtschaft werden, so dass bei nur fahrlässigen Zuwiderhandlungen der Abschreckungsgedanke zurücktreten muss. Diese Wertungen gelten nicht nur bei Verstößen gegen verbraucherschützende Normen, sondern auch bei Verletzungen von lauterkeitsrechtlichen Normen, die vor unlauterer Konkurrenz schützen.

254 Peukert, Güterzuordnung, S. 377 ff.; Stieper, WRP 2010, 624, 629. Vgl. zum relativen Zuweisungsgehalt aber oben A.IV.2.a).

255 Dazu Kapitel 4 D.II., IV.

256 Dazu oben A.III.2.a).

257 AA Peukert, Güterzuordnung, S. 386.

258 BGH GRUR 1977, 539, 541 f. – Prozeßrechner; WRP 2008, 938, 939 – Konstruktionszeichnungen; Obly/Sosnitza, UWG⁶, § 9 Rn. 15.

259 RegE BT-Drs. 15/1487, S. 24. Dazu oben Kapitel 4 D.I.2.a)dd)(1).

III. Vertragsverletzungen

Intensiv diskutiert wird, ob der Schutz vertraglicher Vereinbarungen durch eine Gewinnabschöpfung verbessert werden soll.²⁶⁰ Eine Gewinnabschöpfung erhöht die Prävention nur bei lukrativen Vertragsverletzungen, die im Wesentlichen in zwei Varianten vorkommen: bei der doppelten Verwertung einer Leistung, die nur einmal erbracht werden kann, etwa der Doppelverkauf oder die Doppelvermietung; und beim Bruch vertraglicher Unterlassungsverpflichtungen, etwa einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot. Ob solche lukrativen Vertragsverletzungen zur Gewinnabschöpfung berechtigen, wird uneinheitlich beantwortet.

1. Stellvertretendes commodum (§ 285 BGB)

Im Rahmen des § 285 BGB soll nach überwiegender Ansicht auch das *commodum ex negotiatione cum re* geschuldet sein, selbst wenn sein Wert höher ist als der objektive Wert des geschuldeten Gegenstands.²⁶¹ Damit sollen Vertragsbrüche verhindert werden.²⁶² Einen solchen Präventionszweck mit § 285 BGB zu verfolgen, überzeugt allerdings nur bedingt, weil die Norm nicht einmal Verschulden voraussetzt.²⁶³ Deswegen sollte diese Rechtsfolge auf Fälle begrenzt werden, in denen der Vertragspartner vorsätzlich die Unmöglichkeit seiner Leistung herbeigeführt hat. Bei Doppelverkäufen oder Doppelvermietung ist diese Voraussetzung allerdings typischerweise erfüllt.²⁶⁴

2. Handels- und gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote

Bei Verstößen gegen handels- und gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote besteht der Gesetzgeber dem Prinzipal ein Eintrittsrecht zu, das ihn berechtigt, die Gewinne aus solchen Vertragsverletzungen abzuschöpfen. Auch diese werden typischerweise vorsätzlich begangen.²⁶⁵

Das Wettbewerbsverbot kann aber auch auf einer *privatautonomen* Vereinbarung beruhen, was bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten oft der Fall ist. Nach überwiegender Ansicht soll ein Verstoß dagegen allerdings nicht zur Ge-

260 Vgl. *Dornscheidt*, Grenzen der vertraglichen Gewinnhaftung, 2013; *Bock*, Gewinnherausgabe als Folge einer Vertragsverletzung, 2010; *Böger*, System der vorteilsorientierten Haftung im Vertrag, 2009; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007; *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten, 2003; *Hofmann*, AcP 213 (2013), 469-504.

261 Oben Kapitel 4 D.I.1.c)cc)(1).

262 Soergel¹³/Benicke/Grebe, § 285 Rn. 1, 63; *Wackerbarth*, ZGS 2006, 369, 370 f.; *Matthias Lehmann*, JZ 2007, 525, 526 f.

263 Dazu bereits Kapitel 4 D.I.1.c)aa), bb). Ebenso *Dornscheidt*, Gewinnhaftung, S. 75 f.

264 Dazu bereits Kapitel 4 D.I.1.c)cc).

265 Dazu bereits Kapitel 4 D.I.1.b).

winnabschöpfung berechtigen.²⁶⁶ Diese Differenzierung ist wenig überzeugend. Denn die Gewinnabschöpfung nach Verstößen gegen gesetzliche Wettbewerbsverbote ist dispositiv. Es steht den Parteien frei, diese abzubedingen. In dem Sinne ist sie auch ein Ergebnis einer privatautonomen Entscheidung, sie *nicht* abzubedingen. Weil sich die Parteien meist weder in Fällen gesetzlicher noch vertraglicher Wettbewerbsverbote Gedanken über die Rechtsfolgen machen, besteht also kein qualitativer Unterschied zwischen vertraglichen und gesetzlichen Wettbewerbsverboten.

3. Gewinnabschöpfung nach § 687 II BGB

Die vom Gesetzgeber vorgesehene präventive Gewinnabschöpfung in § 687 II BGB generell auf lukrative Vertragsbrüche anzuwenden, wird überwiegend abgelehnt.²⁶⁷ Es herrscht mittlerweile Einigkeit darüber, dass die Norm deliktisch und nicht geschäftsführungsähnlich auszulegen ist.²⁶⁸ Trotzdem wird ihre Anwendung auf vorsätzliche Vertragsverletzungen oft mit dem Argument abgelehnt, dass der Verletzer kein Geschäft des Vertragspartners führe.²⁶⁹ Zweck der Norm ist allerdings, vorsätzliche Rechtsbrüche zu verhindern.²⁷⁰ Wie bereits oben unter A.IV. ausgeführt, unterscheiden sich vertragliche von absoluten Rechten nicht in ihrer Schutzwürdigkeit, sondern allein im Adressatenkreis.²⁷¹ Von Sonderkonstellationen abgesehen,²⁷² sind unbeteiligte Dritte keine Normadressaten vertraglicher Vereinbarungen. Es kann also nur der Vertragspartner gegen Vertragspflichten verstoßen. Tut er dies vorsätzlich und zieht er daraus Vorteile, dann sollte die Rechtsordnung darauf reagieren und ihm diese Vorteile wieder entziehen, wie es der Gesetzgeber für die handels- und gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbote angeordnet hat und für Doppelverkäufe von der überwiegenden Ansicht befürwortet wird.²⁷³

266 Vgl. etwa GroßKommHGB³/Schäfer, § 113 Rn. 4 mwN; MünchKommHGB³/Langhein, § 113 Rn. 3; Thüsing, NZG 2004, 9, 14.

267 BGH NJW 1988, 3018; NJW-RR 1989, 1255, 1256 f.; Palandt⁷⁵/Sprau, § 687 Rn. 5; Soergel¹³/Beuthien, § 687 Rn. 6; Böger, Vorteilsorientierte Haftung, S. 431 f.; Bamberger/Roth³/Gehrein, § 687 Rn. 5; MünchKommBGB⁶/Seiler, § 687 Rn. 24; B. Ebert, Geschäftsannaßung, S. 454 ff.; Peukert, Güterzuordnung, S. 521 f.; aA Larenz, SchuldR II/1¹³, § 57 II b (S. 452 f.); Schlechtriem, SchuldR BT⁶, Rn. 715. Indifferent: Staudinger²⁰¹⁵/Bergmann, § 687 Rn. 30.

268 Dazu Kapitel 4 D.I.1.a)aa).

269 BGH NJW 1988, 3018; NJW-RR 1989, 1255, 1256 f. Ausführlich Dornscheidt, Gewinnhaftung, S. 84 ff.

270 Dazu bereits Kapitel 4 D.I.1.a)aa). Eine ausführliche Analyse des historischen Willens des Gesetzgebers bei Helms, Gewinnherausgabe, S. 183 ff. mwN.

271 Oben Fn. 205.

272 Zu nennen ist hier das unlautere (§ 4 Nr. 4 UWG 2015) oder sittenwidrige (§ 826 BGB) Verleiten zum Vertragsbruch oder dessen Ausnutzung.

273 So im Ergebnis auch Larenz, SchuldR II/1¹³, § 57 II b (S. 452 f.); Schlechtriem, SchuldR BT⁶, Rn. 715; Hartmann, commodum, S. 293; Picker, AcP 183 (1983), 369, 512 f.; H. Roth, FS Niederländer, 363, 380 f.; Helms, Gewinnherausgabe, S. 183 ff., 193; Bock, Gewinnherausgabe, S. 253; Staudinger²⁰¹⁵/Bergmann, § 687 Rn. 30.

Es erscheint zwar auf den ersten Blick systematisch bedenklich, eine Norm eines besonderen gesetzlichen Schuldverhältnisses auf Vertragsverletzungen anzuwenden. Allerdings ist man sich heute einig, dass die systematische Einordnung der Norm ein wenig durchdachter Fehlgriff des Gesetzgebers war.²⁷⁴ Insofern kann man aus ihr kaum Rückschlüsse ziehen. Auch die Gesetzgebungsmaterialien geben keinen klaren Willen des historischen Gesetzgebers wieder, nur absolute Rechte vor vorsätzlicher Aneignung zu schützen.²⁷⁵ Es bestehen unbestritten erhebliche Sanktionslücken, vor allem bei der Durchsetzung von vertraglichen Unterlassungspflichten.²⁷⁶ Dann ist es wenig überzeugend, eine Gewinnabschöpfung mit dem Argument abzulehnen, es gebe ein abschließendes Haftungssystem für die Verletzung vertraglicher Pflichten.²⁷⁷

Weiter wird gegen eine vertragliche Gewinnabschöpfung vorgebracht, dass die Parteien sich gegen solche Vertragsbrüche schützen könnten, indem sie eine Vertragsstrafe vereinbaren.²⁷⁸ Allerdings ist dies eher ein Argument für die (analoge) Anwendung von § 687 II BGB. Die Vereinbarung von Vertragsstrafen zeigt ein Bedürfnis der Praxis, dass vertragliche Vereinbarungen nicht sanktionslos gebrochen werden dürfen.²⁷⁹ Die Rechtsordnung soll die Vertragsparteien mit interessengerechtem dispositivem Recht entlasten und ihnen ein Haftungsregime zur Verfügung stellen, das ihren mutmaßlichen Interessen und Willen entspricht.²⁸⁰ Damit Parteien vertragliche Regelungen weiter zur Grundlage ihrer Dispositionen machen können, sollten wichtige Vertragspflichten nicht vorsätzlich sanktionslos gebrochen werden können, weil die Vorteile der Rechtsverletzung typischerweise größer als der zu leistende Schadensersatz sind. Deswegen sollten vertragliche Verpflichtungen im Grundsatz genauso durch eine Gewinnabschöpfung geschützt werden wie absolut geschützte Rechtspositionen.²⁸¹ Es steht den Parteien weiter frei, über diese Haftung zu disponieren, und diese Sanktion vertraglich auszuschließen.

Dem wird teilweise die Theorie vom effizienten Vertragsbruch entgegengehalten.²⁸² So gebe es Fälle, in denen es wirtschaftlich sinnvoll sei, die vertraglich ge-

274 Dazu Kapitel 4 D.I.1.a)aa).

275 Helms, Gewinnherausgabe, S. 183 ff.; Nipperdey, FS Böhm, 163, 169; aA Dornscheidt, Gewinnhaftung, S. 91 f.

276 Dazu bereits oben A.IV.1.

277 So aber B. Ebert, Geschäftsanmaßung, S. 454 ff.; Bamberger/Roth³/Gehrlein, § 687 Rn. 5; Münch-KommBGB⁶/Seiler, § 687 Rn. 24.

278 OLG Karlsruhe OLGR 2001, 344, 346; Peukert, Güterzuordnung, S. 521. Dagegen Hofmann, AcP 213 (2013), 469, 488 f.

279 Helms, Gewinnherausgabe, S. 190 f.; B. Ebert, Geschäftsanmaßung, S. 441 f.; Hofmann, AcP 213 (2013), 469, 504.

280 Dazu bereits oben A.IV.1.

281 Picker, AcP 183 (1983), 369, 511 ff.; ders., JZ 1987, 1041, 1044; Nipperdey, FS Böhm, 163, 167; Helms, Gewinnherausgabe, S. 186 mwN; Hofmann, AcP 213 (2013), 469, 489 f., 491 f.

282 Diese ist vor allem im anglo-amerikanischen Raum populär (*efficient breach of contract*), vgl. etwa Campbell/Harris, Legal Studies 22 (2002), 208, 219 ff.; Posner, Economic Analysis, S. 117 ff., 120.

schuldeten Leistungen nicht *in natura* auszutauschen, sondern das Vertragsinteresse in Geld abzuwickeln. Wenn man in einzelnen Fällen einen solchen effizienten Vertragsbruch ermöglichen möchte, ist es nicht erforderlich, in *allen* Fällen eines vorsätzlichen Vertragsbruchs die Gewinnabschöpfung auszuschließen. Vielmehr muss dann durch Gesetz (zB § 275 II BGB), durch ergänzende Vertragsauslegung oder nach § 242 BGB bereits die vertragliche Verpflichtung zur Leistung oder Unterlassung eingeschränkt werden. Dann schuldet der Vertragspartner nicht mehr die Leistung, sondern nur noch das Interesse. In solchen Fällen scheidet der Gewinnabschöpfungsanspruch aus, weil die Verweigerung der Leistung keine Vertragsverletzung darstellt.

In allen anderen Fällen sollte das Tatbestandsmerkmal des „fremden Geschäfts“ in § 687 II BGB so ausgelegt werden, dass es bereits dann erfüllt ist, wenn jemand wissentlich und rechtswidrig in den fremden Rechtskreis einbricht.²⁸³ Der Vertragspartner, dessen Recht die Gewinnerzielung vereiteln kann, bietet sich als relativ besser Berechtigter für die Gewinnzuweisung an.²⁸⁴ Eingeschränkt wird die Reichweite des Gewinnabschöpfungsanspruchs dadurch, dass die Rechtsverletzung nach wertenden Kriterien den erzielten Gewinn des Verletzers zumindest mitgeprägt haben muss.²⁸⁵ Das ist insbesondere dann ausgeschlossen, wenn der Schutzzweck der gebrochenen Norm nicht darauf gerichtet war, den lukrativen Vertragsbruch zu verhindern. Zum Umfang der Gewinnherausgabe kann auf die Ausführungen oben Kapitel 4 D.V.3., 4. verwiesen werden.

Zum deutschen Recht: *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse⁵, S. 503 ff.; *U. Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, § 2 V 4. Dagegen *Dornscheidt*, Gewinnhaftung, S. 222 ff.

283 *Nipperdey*, FS Böhm, 163, 167, 174; *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 512 f.; *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 183 ff., 193; *Bock*, Gewinnherausgabe, S. 253; *Hartmann*, commodum, S. 293 mwN; *H. Roth*, FS Niederländer, 363, 380 f.

284 Zur Argumentationsfigur der relativ besseren Berechtigung Kapitel 4 D.I.1.a)bb).

285 Dazu Kapitel 4 D.V.2.b). Vgl. auch *Hofmann*, AcP 213 (2013), 469, 486.