

### Anspruch auf Lizenzgebühr und Herausgabe des Verletzergewinns - atypische Formen des Schadensersatzes

#### I. Einleitung

1. Der Grundsatz der Naturalrestitution, wonach der Geschädigte so zu stellen ist als wäre das zum Ersatz verpflichtende Ereignis nicht eingetreten, hat in seiner naturrechtlich anmutenden Abstraktheit eine Überzeugungskraft, die Zweifel an seiner universellen Gültigkeit nur schwer aufkommen läßt. Auch für ein geschultes Rechtsgefühl ist es unmittelbar einleuchtend, daß es gerecht ist, die dem Geschädigten entstandene Vermögenseinbuße voll auszugleichen, ihn aber auch nicht besser zu stellen, als er ohne den Eingriff in seine Rechte stehen würde. Dennoch zeigt bereits ein erster Blick in die Rechtsgeschichte und in fremde Rechtsordnungen die historische Bedingtheit dieses Grundsatzes: Nach klassischem römischem Recht haftete der auf frischer Tat ertappte Dieb auf den vierfachen Wert des entzogenen Gutes, der auf andere Weise überführte auf das Doppelte<sup>1</sup>. Im US-Kartellrecht haftet ein gegen Antitrust-Vorschriften verstoßendes Unternehmen seinem Konkurrenten auf das Dreifache des diesem dadurch entstandenen Schadens<sup>2</sup>. Auch das deutsche Recht kennt trotz der apodiktischen Regelung des § 249 BGB eine Reihe von Ausnahmefällen, in denen die Naturalrestitution nicht die obere Grenze für den Ersatzanspruch des Geschädigten bildet. Einer der bedeutsamsten Fälle dieser Art soll hier Gegenstand der Erörterung sein.

2. Bereits gegen Ende des 19. Jahrhunderts vertrat das RG die Auffassung, bei Patent- und Urheberrechten könne der verletzte Rechtsinhaber anstelle des gewöhnlichen Schadensersatzes vom Schädiger Herausgabe des Gewinnes verlangen, ohne dabei nachweisen zu müssen, daß er selbst einen entsprechenden Vermögenszuwachs erwirtschaftet hätte. Es stehe ihm weiter frei, stattdessen Bezahlung einer angemessenen Lizenzgebühr zu fordern<sup>3</sup>.

a) In der eingehend begründeten Entscheidung vom 8. 6. 1895<sup>4</sup> stützte sich das RG auf folgende Erwägungen: § 18 VI des Urhebergesetzes vom 11. 6. 1870 bestimme, daß der „Veranstalter eines Nachdrucks“ für den entstandenen Schaden bis zur Höhe sei-

ner Bereicherung hafte, wenn er zwar rechtswidrig, aber nicht schuldhaft handle. Diese Vorschrift könne auf den Fall des schuldhaften Eingriffs entsprechend angewandt werden. Das Erfordernis eines Schadens veranlaßte das RG zu weiteren Erwägungen. In methodisch angreifbarer Weise gestattete es dem Geschädigten, das schadenstiftende Ereignis in seine Bestandteile zu zerlegen und sich einen davon als Grundlage für einen Schadensersatzanspruch auszusuchen. Der Urheber könne die Handlung des Schädigers in ihrer Totalität ablehnen und den ihm nachweislich entgangenen Gewinn verlangen. Er habe zweitens die Möglichkeit, sich nur darauf zu stützen, seine Genehmigung habe nicht vorgelegen. Da er bei erteilter Genehmigung eine Lizenzgebühr erhalten hätte, stelle sie in diesem Fall seinen entgangenen Gewinn dar. Drittens könne sich der Urheber ausschließlich dagegen wenden, daß der Schädiger in seinem eigenen Interesse gehandelt habe. Hätte er stattdessen seine - des Urhebers - Belange im Auge gehabt, hätte er ihm den Gewinn herausgeben müssen. Als dritte Möglichkeit der Schadensberechnung könne der Urheber daher Herausgabe des Verletzergewinns verlangen. Diesen Anspruch stützte das RG noch auf die zusätzliche Erwägung, nach Gemeinem Recht werde bei den prätorischen Deliktssklagen nach Ablauf eines Jahres „nur noch“ die Herausgabe des Gewinnes geschuldet<sup>5</sup>. In ähnlicher Weise müsste der Erbschaftsbesitzer den gezogenen Gewinn herausgeben<sup>6</sup>.

Die folgenden Entscheidungen des RG begnügten sich in der Regel mit einem Hinweis auf diese Ausführungen<sup>7</sup>. Bisweilen wurde bei der Gewinnherausgabe die Parallele zu § 687 II i. V. mit §§ 681, 667 BGB betont<sup>8</sup>. Der Anspruch auf Bezahlung einer angemessenen Lizenzgebühr wurde mit der zusätzlichen Erwägung gerechtfertigt, der schuldhaft Handelnde dürfe nicht besser als der Korrekte behandelt werden, der für die Erlaubnis zur Nutzung des Rechts ein angemessenes Entgelt bezahlen müsse<sup>9</sup>.

Die Literatur hat sich dieser einhelligen Rechtsprechung ganz überwiegend angeschlossen und ihren Anwendungsbereich auf das Gebrauchs- und Geschmacksmuster ausgedehnt<sup>10</sup>. Mit Recht konnte daher bereits damals von einem Gewohnheitsrecht gesprochen werden.

b) Der BGH schloß sich der Rechtsprechung des RG unter Hinweis auf ihre gewohnheitsrechtliche Geltung an<sup>11</sup>. Ihr Anwendungsbereich wurde erheblich erweitert: Anders als noch das RG<sup>12</sup>

5) D. 42.8.10. 24; D. 44.7.35 pr.

6) D. 5.3.22.

7) RGZ 46, 18; 50, 115; 84, 376; 95, 220 ff.; 126, 132; 130, 109; 156, 67; 156, 325; RG, GRUR 1934, 627.

8) RGZ 70, 250; 130, 110; 156, 326.

9) RGZ 144, 190; 156, 69.

10) A. A. waren im wesentlichen nur Marwitz-Möhring, LUG, 1929, § 36 Anm. 11 ff., und Riezler, UrheberR, 1909, S. 128.

11) BGHZ 20, 353; ebenso BayObLG, NJW 1965, 975; eine starke Betonung der Analogie zu § 687 II findet sich in BGHZ 34, 323.

12) RGZ 47, 100 ff.; 58, 325.

1) Kaser, Römisches PrivatR (Studienbuch), 5. Aufl. (1966), § 51 I 2, 3.

2) § 4 Clayton Act; s. Frankfurter Komm. z. GWB, 1966, Einl. Anh. A Rdnr. 114.

3) RGZ 35, 66 ff. (Urheberrecht); RG, JW 1890, 162; RGZ 43, 58 (Patentrecht).

4) RGZ 35, 63.

gewährt der BGH auch bei Eingriffen in das Recht am Warenzeichen einen Anspruch auf Gewinnherausgabe oder angemessene Lizenzgebühr<sup>13</sup>. Außerdem werden auch Eingriffe in reine Persönlichkeitsrechte erfaßt, sofern es sich dabei um „vermögenswerte Ausschließlichkeitsrechte“ handelt, deren Nutzung durch Dritte üblicherweise nur gegen Entgelt gestattet wird. Bejaht wird daher ein Anspruch auf Lizenzgebühr bei einem Eingriff in das Recht am eigenen Bild<sup>14</sup>. Die Literatur hat diese Ausweitung im wesentlichen begrüßt<sup>15</sup>.

c) Auch der Gesetzgeber hat von diesem Gewohnheitsrecht Notiz genommen. Eine indirekte Anerkennung auf dem Gebiet des Patent- und Gebrauchsmusterrechts fand es durch § 47 II 2 PatG und § 15 II 2 GebrMG, wo bestimmt ist, der leicht fahrlässig handelnde Schädiger hafte nur auf einen Betrag, der zwischen dem Schaden des Rechtsinhabers und seinem Verletzergewinn liege. Der damit bejahte Anspruch auf Herausgabe des Gewinns hat zum ersten Mal in § 97 I 2 UrhRG eine ausdrückliche gesetzliche Normierung gefunden.

3. Zwei Fragenkomplexe bedürfen in Anbetracht dieser Rechtslage weiterer Erörterung:

Hat der BGH bereits die äußerste Grenze erreicht, bis zu der sich der Anwendungsbereich der skizzierten Gewohnheitsrechtssätze ausdehnen läßt? (unten II).

Wie sind die Ansprüche auf Lizenzgebühr und Gewinnherausgabe rechtlich zu behandeln? Unterliegen sie sämtlichen Regeln über Schadensersatzansprüche oder sind sie als Geschäftsführungs- und Bereicherungsansprüche anzusehen (unten III)? Wie verhalten sie sich materiell und prozessual zueinander (unten IV)?

## II. Beschränkung auf Immaterialgüterrechte?

1. Auf Grund der bisherigen Entwicklung sind die Ansprüche auf Lizenzgebühr und Herausgabe des Verletzergewinns nur bei Eingriffen in Immaterialgüterrechte anerkannten Rechts. Zu letzteren ist auch das Recht am Warenzeichen und an der Ausstattung (§ 25 WZG) zu rechnen<sup>16</sup>. Bei schuldhaften Eingriffen in Sachenrechte lehnte es das RG ab, eine angemessene Nutzungsentschädigung zuzusprechen<sup>17</sup>, bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten ist die Rechtslage noch nicht abschließend geklärt<sup>18</sup>. Eingriffe in andere Rechte wie etwa das Recht am Unternehmen haben in der Diskussion bislang keine Rolle gespielt.

2. Die Frage der Übertragbarkeit der bei Immaterialgüterrechten anerkannten Grundsätze auf andere Rechte kann nur dann befriedigend beantwortet werden, wenn zunächst der Normzweck der oben beschriebenen Gewohnheitsrechtssätze hinreichend bestimmt ist.

Eingehende Erwägungen zu dieser Frage hat das BayObLG in einer jüngeren Entscheidung angestellt<sup>19</sup>. Es sah den Grund für die

skizzierten Rechtsnormen einmal in der leichten Verletzbarkeit der Immaterialgüterrechte, die nach einem besonders wirksamen Schutz verlange. Zum andern würden diese Rechte in erster Linie dadurch verwertet, daß der Inhaber einem Dritten die Nutzung gegen Entgelt gestatte. Maße sich nun jemand die Position des Lizenznehmers an, so verbleibe dem Rechtsinhaber – im Gegensatz etwa zum Sacheigentümer – von seinem Recht praktisch nichts. Schließlich entspreche es der Billigkeit, den schuldhaft handelnden Verletzer nicht besser zu behandeln als den nur rechtswidrig oder gar rechtmäßig Handelnden, die beide eine Lizenzgebühr (aus Eingriffskondition bzw. Vertrag) zu bezahlen hätten<sup>20</sup>.

Bei der Bestimmung des Normzwecks kann es nicht auf die bei der Entstehung des Gewohnheitsrechtssatzes maßgebenden Motive ankommen. Auch bei der Interpretation von Gewohnheitsrecht muß auf den „verobjektivierten Willen des Gesetzgebers“<sup>21</sup> abgestellt werden, so daß die widerspruchsfreie Einfügung in das heutige Rechtssystem im Vordergrund steht, während die Intentionen des historischen „Gesetzgebers“ (hier des RG und der Lehre) höchstens noch indizielle Bedeutung haben.

a) Der Hinweis darauf, dem Rechtsinhaber verbleibe von seinem Recht gar nichts, wenn es von Dritten genutzt werde, überzeugt schwerlich. Schon die Voraussetzung ist unzutreffend: Beim Warenzeichen ist die Nutzung durch Lizenzgewährung eine Ausnahme, ja, die Einräumung einer „dinglichen“ Lizenz dürfte höchstens in bestimmten Grenzen zulässig sein<sup>22</sup>. Zum andern gibt es auch beim Sacheigentum Fälle, in denen sich die Nutzungsmöglichkeit auf die Gebrauchsüberlassung gegen Entgelt beschränkt (Mietshaus!). Schließlich wäre es ein unserer Rechtsordnung bislang fremder Gedanke, die völlige Entziehung eines Rechts grundsätzlich anders zu behandeln als seine bloße Beeinträchtigung. Für eine solche Differenzierung würde jeder innere Grund fehlen<sup>23</sup>.

b) Auch die Billigkeitserwägung, wonach der schuldhaft Handelnde nicht besser als der schuldlos-rechtswidrig oder gar der rechtmäßig Handelnde stehen darf, vermag nicht ratio der erwähnten Gewohnheitsrechtssätze zu sein. Was zunächst den Vergleich mit dem nur rechtswidrigen Eingriff angeht, so stützt er sich auf ein Erst-recht-Argument, das eine in Wahrheit nicht vorhandene quantitative Relation zwischen beiden Ansprüchen voraussetzt. Der Deliktsanspruch müßte nach dieser Auffassung ein Mehr gegenüber dem Bereicherungsanspruch sein; sein Inhaber müßte zumindest die Rechte des Bereicherungsgläubigers haben. Ein Blick ins Gesetz lehrt, daß dem nicht so ist: Nach § 852 BGB verjähren Deliktsansprüche in 3 Jahren; Bereicherungsansprüche unterliegen demgegenüber der 30-jährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB. Der Deliktsanspruch mindert sich bei mitwirkendem Verschulden des Geschädigten, der Bereicherungsanspruch ist von jeglicher Form des Verschuldens unabhängig. Beide Anspruchstypen sind daher qualitativ verschieden. Hinzu tritt folgende Erwägung: Wer schuldhaft handelt, handelt auch rechtswidrig. Der Schädiger erfüllt somit die Voraussetzungen eines Bereicherungsanspruchs, der Geschädigte kommt

20) Die sich aus dem Vergleich mit dem rechtmäßigen Verhalten ergebende Billigkeitserwägung findet sich u. a. auch in BGHZ 20, 353.

21) BVerfGE 1, 312.

22) Baumbach-Hefermehl II, Anh. § 8 WZG Rdnr. 18 m. Nachw.

23) Anders das römische Recht: Bei Tötung eines fremden Sklaven mußte nach dem 1. Kapitel der lex Aquilia der Höchstwert bezahlt werden, den er im letzten Jahr hatte (D. 9.2.1. pr.); bei bloßer Verletzung mußte nach dem 3. Kapitel lediglich der Höchstwert innerhalb der letzten 30 Tage als Schadensersatz geleistet werden (D. 9.2.27.5).

13) BGHZ 34, 320 (Gewinnherausgabe); 44, 380 = JuS 1966, 328 Nr. 4 (Lizenzgebühr); vgl. auch Storch, GRUR 1963, 9.

14) BGHZ 20, 353 („Dahlke“); BGH, GRUR 1961, 138 m. Anm. Kleine; OLG Frankfurt, NJW 1966, 254 m. Anm. Fromm.

15) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und WarenzeichenR, 9. Aufl., Bd. I, 1964, Allg. Rdnr. 146; II, 1967, § 24 WZG Rdnr. 30; Larenz, SchuldR I, 9. Aufl. (1968), § 15 III b; vgl. auch Söllner, JuS 1967, 450.

16) RGZ 108, 9; BGHZ 32, 113; Baumbach-Hefermehl II, Einl. WZG, Rdnr. 17; Esser, SchuldR, 2. Aufl. (1960), § 202 I b bb; Fikentscher, SchuldR, 1965, § 103 I 5 b (S. 559); Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, 1962, § 5 IV 1 d; Troller, Festschr. f. Möhring, 1965, S. 291, 311 (Warenzeichen); Hubmann, § 51 V 2 d (Ausstattung).

17) RGZ 97, 311; im Erg. auch RGZ 105, 409; a. A. Neumann-Duesberg, BB 1965, 731.

18) BGHZ 20, 345; 26, 349; 30, 7; Baumbach-Hefermehl I, Allg. Rdnr. 146; Emmeccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, 15. Aufl. (1959), § 101 IV 4; Fromm-Nordemann, UrhRG, 1966, § 97 Rdnr. 10; Hubmann, Urheber- und VerlagsR, 2. Aufl. (1966), § 58 I 5 b (S. 260); Larenz, I, § 15 III b.

19) NJW 1965, 975 = JuS 1965, 322 Nr. 2.

also jederzeit mit Hilfe des § 812 BGB zu seinem Recht. Es wäre unnötig, ja unverständlich, wollte man ihm mit Hilfe eines Deliktsanspruchs dasselbe noch einmal gewähren.

Der Vergleich mit dem rechtmäßig Handelnden führt ebenfalls nicht weiter. Auch hier gilt der Einwand, daß zwei letztlich unvergleichbare Ansprüche (Vertrag und Delikt) auf eine Ebene gestellt werden. Wäre die These richtig, daß der aus Delikt Verantwortliche mindestens dieselben Pflichten wie jemand hat, der das verletzte Recht auf Grund Vertrages in Anspruch nimmt, so könnte die Eingriffskondition als selbständige Anspruchsgrundlage nahezu völlig verschwinden. Die Pflicht zur Leistung einer Nutzungsentschädigung ergäbe sich bereits aus dem beschriebenen Erst-recht-Argument. Die Folge wäre außerdem eine uferlose Ausweitung des Rechtsinstituts des faktischen Vertrages. Immer, wenn jemand Rechtsgüter Dritter nützt, würde – jedenfalls im Ergebnis – ein faktischer Vertrag angenommen, der damit nicht auf die Fälle sozialtypischen Verhaltens beschränkt bliebe. Dies würde einen sachlich nicht gerechtfertigten Eingriff in die Vertragsfreiheit bedeuten, was der zu ihren Gunsten in Art. 2 GG getroffenen Wertentscheidung widerspräche. Vertragliches und deliktisches Verhalten sind prinzipiell verschieden; ein allgemeiner Rechtssatz, der den Deliktsschuldner (mindestens) mit den Pflichten eines Vertragspartners belegt, existiert nicht.

c) Lediglich der Hinweis auf die erhöhte Verletzbarkeit der Immaterialgüterrechte scheint berechtigt. Sie besteht in dreierlei Hinsicht. Der Rechtsinhaber kann wegen der unkörperlichen Natur des Gutes keine Vorkehrungen gegen Rechtsverletzungen treffen, während etwa der Eigentümer an einem Grundstück Hindernisse errichten, außerdem Notwehr üben kann. Der Träger eines Immaterialgüterrechts kann außerdem die Verletzung seines Rechts nur schwer feststellen, während dies beim Sacheigentum in aller Regel keine Schwierigkeiten macht. Schließlich gelingt es auch nach erkanntem Eingriff häufig nur mit Mühe, den Nachweis für einen bestimmten entgangenen Gewinn zu führen, da sich der hypothetische (ohne die Rechtsverletzung eingetretene) Geschehensablauf hier sehr schwer rekonstruieren läßt. Es besteht somit bei Immaterialgüterrechten in besonderem Maße die Gefahr, daß eine Rechtsverletzung ohne jede Sanktion bleibt. Dem muß die Rechtsordnung entgegenwirken, da sie sich letztlich mit sich selbst in Widerspruch setzen würde, gäbe sie dem Einzelnen zwar bestimmte subjektive Rechte, würde aber nicht dafür sorgen, daß sie auch von Dritten respektiert werden. Sinn der hier zur Erörterung stehenden Gewohnheitsrechtssätze ist es daher, die Durchsetzung und faktische Respektierung der erfaßten Rechte zu sichern<sup>24</sup>.

3. Gegen eine Ausdehnung der beschriebenen Gewohnheitsrechtssätze auf andere als Immaterialgüterrechte bestehen keine prinzipiellen methodischen Bedenken. Richtig ist zwar, daß es sich um eine Sonderregelung handelt, die grundsätzlich eng auszulegen ist<sup>25</sup>. Dieses Prinzip der restriktiven Interpretation besteht jedoch nur insoweit, als bei anderen Rechten nicht dieselben exceptionellen Umstände vorliegen, die zur Ausbildung der Gewohnheitsrechtssätze geführt haben<sup>26</sup>. Die Gefahr einer völligen Überspielung des allgemeinen Scha-

densersatzrechts, insbesondere des Grundsatzes der Naturalrestitution, besteht bei diesem methodischen Ansatz nicht.

4. Eine Ausdehnung auf Persönlichkeitsrechte nimmt die Rechtsprechung – übrigens ohne methodische Skrupel – nur vor, wenn es sich um eine vermögenswerte Abspaltung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts handelt. Außerdem darf es nicht den Umständen nach ausgeschlossen erscheinen, daß der Berechtigte der vorgenommenen Verwendung seiner Rechte, etwa seines Bildes, zugestimmt hätte<sup>27</sup>. Das bedeutet, daß Eingriffe in den rein ideellen Bereich auch dann ohne Sanktion bleiben, wenn der Verletzer einen beträchtlichen Gewinn erzielte. Daraus folgt weiter, daß gerade schwerste Eingriffe, in die der Berechtigte nie eingewilligt hätte, für den Verletzer verhältnismäßig gefahrlos sind<sup>28</sup>.

Über die Analogie kann nur die Gleichheit der Interessenlage entscheiden. Es kommt daher darauf an, ob Persönlichkeitsrechte in gleicher Weise verletzbar sind wie Immaterialgüterrechte. Diese Frage wird man unbedenklich bejahen können. Der Rechtsinhaber kann wegen der unkörperlichen Natur seines Rechts in beiden Fällen keine wirksamen Schutzvorkehrungen treffen. Rechtsverletzungen kommen ihm nur schwer zur Kenntnis; man denke an den Fall des Mißbrauchs seines Namens oder der Verbreitung verleumderischer Behauptungen. Der Nachweis eines Schadens ist auch hier mit großen Schwierigkeiten verbunden.

Bei dieser Sachlage kann der Analogie auch nicht damit begegnet werden, durch den entsprechend § 847 BGB zu gewährenden Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens seien die Interessen des Rechtsinhabers ausreichend geschützt. Einmal ist die Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage noch keineswegs anerkannt<sup>29</sup>; zum andern erscheint es zweifelhaft, ob der BGH auch bei leichtem Verschulden einen Anspruch bejahen würde<sup>30</sup>. Außerdem wird auf diese Weise ein erhebliches Element der Unsicherheit in die Schadensliquidation hineingetragen, da das nicht vorherbestimmbare Ermessen des Gerichts letztlich über Grund und Höhe des Schadenersatzes entscheidet. Schließlich ist das Nebeneinanderbestehen eines Anspruchs auf Gewinnherausgabe oder Lizenzgebühr und eines Anspruchs auf Ersatz des ideellen Schadens nichts Außergewöhnliches, da der Gesetzgeber in § 97 UrhRG ausdrücklich beides gewährte. Es wäre im Gegenteil befremdlich, wäre ein Anspruch auf Lizenzgebühr oder Gewinnherausgabe neben einem Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens nur bei dem stark persönlichkeitsrechtlich gefärbten Urheberrecht gegeben, nicht aber bei reinen Persönlichkeitsrechten.

Auch der Einwand, dem Verletzten sei nicht zuzumuten, den Eingriff durch Fordern einer Lizenzgebühr gewissermaßen zu genehmigen<sup>31</sup>, vermag die Berechtigung der Analogie nicht zu erschüttern. Abgesehen davon, daß es sehr zweifelhaft erscheint, ob ein derartiges Verlangen des Geschädigten tatsächlich als Genehmigung anzusehen wäre, hat es der

27) BGHZ 26, 353; 30, 16; OLG Frankfurt, NJW 1966, 254 m. Anm. Fromm; übereinstimmend Larenz, § 15 III b; Steindorff, AcP 158, 454. Gegen jede Ausdehnung über den Bereich der Immaterialgüterrechte hinaus Palandt-Gramm, BGB, 27. Aufl. (1968), § 823 Anm. 12 b.

28) Für eine unbeschränkte Analogie Mertens, JuS 1962, 268.

29) S. die abl. Stellungnahmen von Hartmann, NJW 1962, 12; 1964, 793; Larenz, SchuldR II, 8. Aufl. (1967), § 66 I (S. 419); Löffler, NJW 1962, 225; Münzel, NJW 1960, 2025; Palandt-Gramm, § 823 Anm. 6; vgl. auch Flume u. Raiser, NJW 1966, 2049 bzw. 2053.

30) Vgl. etwa BGH, NJW 1965, 1374.

31) BGHZ 26, 353.

24) Ähnlich im Erg. Steindorff, AcP 158, 454.

25) So BayObLG, NJW 1965, 975 = JuS 1965, 322 Nr. 2.

26) Enneccerus-Nipperdey, § 48 I 2 a m. Nachw.

Verletzte ja in der Hand, seinen Anspruch nicht geltend zu machen und so allen Mutmaßungen zu entgehen.

Während der Anspruch auf Gewinnherausgabe in Grund und Höhe keinen Zweifeln mehr unterliegt, ergibt sich ein letztes Problem bei der Bestimmung der Höhe der Lizenzgebühr. Scheidet eine rechtsgeschäftliche Gestattung des Eingriffs etwa wegen Sittenwidrigkeit aus, so ist ein Rückgriff auf das üblicherweise bezahlte Entgelt naturgemäß ausgeschlossen. In diesem Fall muß das Gericht durch Schätzung gemäß § 287 ZPO selbst den Geldbetrag ermitteln, der ein angemessenes Äquivalent für die dem Schädiger zugeflossenen Vorteile darstellt. Insofern gilt dasselbe wie bei Eingriffen ins Warenzeichen, bei denen nach Auffassung des BGH<sup>32</sup> auch dann eine Lizenzgebühr zu bezahlen ist, wenn die Einräumung einer Lizenz rechtlich gar nicht möglich gewesen wäre<sup>33</sup>.

5. Eingriffe in Leben, Gesundheit und Freiheit können nicht mit denselben Sanktionen belegt werden wie Verletzungen von Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechten. Es fehlt die für diese Rechte charakteristische leichte Verletzbarkeit – gegen Eingriffe kann der Rechtsgutträger weithin Vorsorge treffen, ihr Vorliegen ist jederzeit ersichtlich, der Schaden verhältnismäßig leicht feststellbar. Von einer Gleichheit der Interessenlage kann daher nicht die Rede sein.

6. Ähnlich verhält es sich bei Eingriffen in Sachenrechte. Wie bereits oben<sup>34</sup> am Beispiel des Eigentums gezeigt, befindet sich der Inhaber eines dinglichen Rechts in einer grundsätzlich anderen Situation als der Inhaber eines Immaterialgüterrechts. Eingriff und Schaden sind für ihn jederzeit evident. Unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes kann daher kein Anspruch auf Gewinnherausgabe oder angemessene Nutzungsvergütung verlangt werden<sup>35</sup>.

7. Verstöße gegen Vorschriften, die selbst keine subjektiven Rechte gewähren (§§ 823 II, 826 BGB, 1 UWG), oder Eingriffe in Rechtspositionen, die noch nicht zum subjektiven Recht erstarkt sind (Ausbeutung eines fremden Betriebsgeheimnisses), haben keinen Anspruch auf Gewinnherausgabe oder angemessenes Nutzungsentgelt zur Folge. Dies ergibt sich aus dem Sinn dieses Anspruchs, der letztlich der Durchsetzung und Respektierung subjektiver Rechte dient. Hat die Rechtsordnung einer bestimmten Position nicht die Qualität eines subjektiven Rechts zuerkannt, so hat sie sich damit gegen eine besondere Schutzwürdigkeit ausgesprochen. Es wäre deshalb sinnwidrig, wollte man Normen entsprechend anwenden, die nur auf den Teil der subjektiven Rechte Anwendung finden, die besonders gefährdet sind<sup>36</sup>.

8. Von großer praktischer Bedeutung ist die Frage nach der Behandlung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Stellt man auch hier auf die leichte Verletzbarkeit ab, so ist eine Analogie zu bejahen. Der Unternehmer kann sich schwer gegen Verletzungen seines Rechts schützen, auch wird die Verletzungshandlung häufig nicht sogleich zu seiner Kenntnis gelangen. Die Höhe des Schadens läßt sich oft gar nicht oder nur mit Mühe beweisen. Der Unternehmer steht etwa im Falle der gewerbestörenden Kritik oder des unberechtigten Gebrauchs einer berühmten Marke („Verwässerungsgefahr“) nicht anders als der Inhaber

eines Persönlichkeits- oder Immaterialgüterrechts. Anders wäre es freilich im Falle des rechtswidrigen Streiks – hier bestünden in jeder Beziehung klare Verhältnisse. Doch erscheint dies als Ausnahme; typischerweise ist das Recht am Unternehmen in erhöhtem Maße verletzbar.

Dennoch bestehen gegen eine analoge Anwendung der hier erörterten Gewohnheitsrechtssätze erhebliche Bedenken. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb hat in zweierlei Hinsicht bloße Lückenfüllungsfunktion<sup>37</sup>: Es tritt zurück hinter den Normen des Wettbewerbsrechts, insbesondere des UWG<sup>38</sup>, und es kommt dann nicht zum Tragen, wenn sich der Eingriff gegen „ablösbare Rechtsgüter“ des Unternehmers wie Eigentum oder Gesundheit richtet<sup>39</sup>. Bei Verstößen gegen Vorschriften des Wettbewerbsrechts wie bei Eingriffen in Eigentum und Gesundheit kann jedoch weder Gewinnherausgabe noch angemessene Nutzungsentschädigung verlangt werden. Es wäre unverständlich, wollte man diese Ansprüche bei den oft viel weniger weitgehenden Eingriffen in das subsidiäre Recht am Unternehmen gewähren. Dieses ordnet außerdem seiner Funktion nach nicht in erster Linie Vermögensgegenstände zu, sondern stellt eine auf das Gebiet der gewerblichen Betätigung beschränkte Generalklausel dar<sup>40</sup>. Bei Verstößen gegen Generalklauseln wie §§ 823 II, 826 BGB können aber die hier erörterten Gewohnheitsrechtssätze keine Anwendung finden. Die Rechte des Unternehmers beschränken sich somit darauf, Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB zu verlangen<sup>41</sup>.

III. Rechtliche Behandlung der Ansprüche auf Gewinnherausgabe und angemessene Lizenzgebühr.

1. So anerkannt die gewohnheitsrechtliche Natur dieser Ansprüche ist, so wenig hat man die Frage erörtert, welchen Vorschriften sie im einzelnen unterliegen. Greift auch bei ihnen die Vorteilsausgleichung Platz, sofern dies Treu und Glauben entspricht? Verjähren die Ansprüche in drei Jahren nach den deliktischen Vorschriften der §§ 852 BGB, 48 PatG, 15 III GebrMG oder unterliegen sie der 30-jährigen Verjährung nach § 195 BGB? Haftet bei Verletzung durch mehrere jeder „Mittäter“ nach § 840 BGB als Gesamtschuldner oder muß der einzelne nur das von ihm selbst Erlangte herausgeben? Ist der Verletzer entsprechend § 848 BGB auch dann zur Gewinnherausgabe verpflichtet, wenn das Erlangte durch Zufall verlorenging, oder kann er sich nach § 818 III BGB auf den Wegfall der Bereicherung berufen?

2. Es liegt nahe, diese Fragen danach zu entscheiden, ob es sich um Delikts-, Bereicherungs- oder Geschäftsführungsansprüche handelt. Das Problem der Rechtsnatur der behandelten Ansprüche hat zwar eingehende Erörterung, aber noch keine überzeugende Lösung gefunden.

Das RG vertrat die Auffassung<sup>42</sup>, es handle sich um besondere Formen der Schadensberechnung, also um Schadensersatzansprüche. Der BGH hat sich dem angeschlossen, freilich auch Eventualerwägungen für den Fall angestellt, daß es sich bei dem Anspruch auf Gewinnherausgabe um einen Anspruch aus Geschäfts-

32) BGHZ 44, 372 = JuS 1966, 328 Nr. 4; übereinstimmend Steindorff, AcP 158, 455.

33) Im Erg. übereinstimmend Mertens, JuS 1962, 268.

34) I 2 c.

35) A. A. Neumann-Duesberg, BB 1965, 731, der sich auf die fehlerhafte Erst-recht-Argumentation stützt.

36) Ebenso Steindorff, AcP 158, 458, für Wettbewerbspositionen.

37) BGHZ 38, 204; Baumbach-Hefermehl I, Allg. Rdnr. 115.

38) BGHZ 36, 256; 43, 361; Baumbach-Hefermehl I, Einl. UWG Rdnr. 43 ff.; Erman-Drees, BGB, 4. Aufl. (1967), § 823 Anm. 7; Palandt-Gramm, § 823 Anm. 6 g.

39) BGHZ 29, 74.

40) Vgl. Baumbach-Hefermehl I, Allg. Rdnr. 115 („wie eine Generalklausel“); Deutsch, JuS 1967, 153; Larenz II, § 66 I d (S. 424).

41) Vgl. BGHZ 7, 218.

42) RGZ 35, 67; 46, 17; 126, 132; 130, 110; 156, 67.

führung ohne Auftrag handle<sup>43</sup>. Steindorff<sup>44</sup> und Mertens<sup>45</sup> schließen sich im Ergebnis der Rechtsprechung an; die übrigen Vertreter der Lehre stimmen in der Ablehnung der Auffassung des RG überein<sup>46</sup>. Unter sich sind sie jedoch keineswegs einig. Während v. Caemmerer, Staudinger-Nipperdey und wohl auch Ulmer das Vorliegen eines Anspruchs aus Geschäftsführung bzw. Bereicherung bejahen und Jakobs immer einen Bereicherungsanspruch annimmt, spricht Larenz davon, es handle sich nicht um eine Art des Schadensersatzes, sondern um „etwas anderes, allenfalls Verwandtes“. Dies läuft auf die Annahme eines Anspruchs sui generis hinaus.

Die bisherige Erörterung der Rechtsnatur der behandelten Ansprüche ist jedoch nur von theoretischem Interesse, da Rechtsprechung wie Literatur aus ihren jeweiligen Auffassungen keine oder nur beschränkte Konsequenzen gezogen haben. Das RG ließ sich nicht daran hindern, die Möglichkeit einer Vorteilsausgleichung abzulehnen<sup>47</sup> und einen Auskunftsanspruch auf die analoge Anwendung der §§ 687 II, 681, 666 BGB zu stützen<sup>48</sup>. Auf der anderen Seite wird wohl kein Vertreter der Literatur so weit gehen wollen, § 254 BGB völlig zu eliminieren und einen Anspruch auf Herausgabe des gesamten Gewinns auch dann zu gewähren, wenn den Rechtsinhaber ein erhebliches mitwirkendes Verschulden trifft.

3. Die schematische Unterstellung unter die Normen des Delikts-, Bereicherungs- oder Geschäftsführungsrechts kann kaum zu sinnvollen Ergebnissen führen. In jedem Fall würde ein Aspekt der Ansprüche übersehen, was zwangsläufig zu sachwidrigen Resultaten führen muß. Behandelt man den Anspruch auf Gewinnherausgabe ausschließlich nach den §§ 687 II, 681 BGB, so läßt man damit die Tatsache außer acht, daß es sich der Entstehung nach um einen Schadensersatzanspruch handelt, der nicht wie § 687 II Vorsatz voraussetzt, sondern schon leichte Fahrlässigkeit genügen läßt. Wendet man umgekehrt nur die §§ 823 ff. BGB an, so übergeht man stillschweigend alle bestehenden Affinitäten mit Bereicherungs- und Geschäftsführungsansprüchen, die einen Auskunftsanspruch analog § 666 BGB fordern und die Möglichkeit einer Vorteilsausgleichung ausschließen. Zu sachgerechten Ergebnissen kommt man nur, wenn man beide Aspekte in gleicher Weise berücksichtigt. Dies kann ausschließlich in der Weise erfolgen, daß man alle Fragen der Entstehung der Ansprüche (Schuldform, mitwirkendes Verschulden nach § 254 BGB) dem Recht der unerlaubten Handlungen unterstellt, während die Rechtsfolgen im Falle der Lizenzgebühr dem Bereicherungsrecht, im Falle der Gewinnherausgabe dem Geschäftsführungsrecht zu entnehmen sind. Praktisch kommt dies einer Rechtsfolgenverweisung auf die §§ 812 ff., §§ 687 II, 681 BGB gleich. Die genannten Vorschriften finden freilich nur „entsprechende“ Anwendung, treten also dann zurück, wenn die Besonderheiten der hier erörterten Ansprüche dies erfordern.

43) BGH, GRUR 1959, 383. Zweifel hinsichtlich der rechtlichen Qualifizierung auch bei BGH, GRUR 1962, 511.

44) AcP 158, 453.

45) Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 226.

46) v. Caemmerer, Festschr. f. Rabel I, 1954, S. 334, 360; Jakobs, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung, 1964, S. 81 ff.; Larenz I, § 15 III b; Staudinger-Nipperdey, BGB, 11. Aufl. (1958), § 687 Rdnr. 10; Ulmer, Urheber- und VerlagsR, 2. Aufl. (1960), S. 406. Diesem Standpunkt hat sich neuerdings auch der Gesetzgeber angeschlossen, der in § 97 I 2 UrhRG ausdrücklich davon spricht, „an Stelle“ des Schadensersatzes könne Herausgabe des Gewinns verlangt werden. S. dazu Fromm-Nordemann, § 97 Anm. 10c.

47) RGZ 35, 69. 48) RGZ 70, 250.

Diese Lösung hat den zusätzlichen Vorteil, daß sie sich im Rahmen des Möglichen an das geltende Recht anschließt und keinen völlig neuen Anspruchstyp mit eigenen Regeln schafft. Sie vermeidet auch eine Kumulierung der Rechtsfolgen in der Weise, daß bestimmte Vorteile oder Nachteile des Schadensersatz- und Geschäftsführungsrechts nebeneinander dem Anspruch das Gepräge geben, was etwa der Fall wäre, wenn die Zufallhaftung des § 848 BGB mit der 30jährigen Verjährungsfrist bei Geschäftsführungs- und Bereicherungsansprüchen verbunden würde. Dies verstieße letztlich gegen den anerkannten Satz, daß der Rechtsinhaber nur alternativ Schadensersatz oder Nutzungsentschädigung oder Gewinnherausgabe verlangen kann.

4. Im einzelnen ergeben sich für die rechtliche Behandlung der Ansprüche auf Lizenzgebühr und Gewinnherausgabe folgende Konsequenzen:

a) Die Ansprüche setzen eine zumindest leicht fahrlässige Rechtsverletzung voraus. Sie werden gemäß § 254 BGB gemindert, wenn den Rechtsinhaber der Vorwurf des mitwirkenden Verschuldens trifft. Dieses kann darin liegen, daß er durch unaufmerksames Verhalten den Eintritt der Rechtsverletzung erleichterte oder später in vorwerfbarer Weise nichts zum Schutze seiner Rechte unternahm. Damit wird insbesondere dem Fall vorgebeugt, daß der Rechtsinhaber möglichst lange mit der Geltendmachung seiner Ansprüche wartet, um einen umso höheren Gewinn herauszuverlangen.

b) Eine Vorteilsausgleichung kann nicht stattfinden, da sich der Inhalt der Ansprüche nach den §§ 687 II, 812 ff. BGB bestimmt, die ein derartiges Institut nicht kennen. Auch der mit den Ansprüchen verfolgte Schutzzweck legt dieses Ergebnis nahe: in vielen Fällen würden bei einer Bejahung der Vorteilsausgleichung beide Ansprüche in Wegfall kommen, da der etwa einem unbekanntem Autor durch die Veröffentlichung zugeflossene Vorteil häufig sowohl die Lizenzgebühr wie auch den Verletzergewinn übersteigen wird. In allen diesen Fällen bliebe der Eingriff ohne Sanktion – ein Ergebnis, das durch die Gewohnheitsrechtsätze gerade vermieden werden soll<sup>49</sup>.

c) Die Verjährung der Ansprüche tritt mangels irgendwelcher Sonderregelungen im Bereicherungs- und Geschäftsführungsrecht gemäß § 195 BGB erst nach 30 Jahren ein. Eine Heranziehung der §§ 852 BGB, 48 PatG, 15 III GebrMG scheidet aus.

d) Erfolgt die Rechtsverletzung durch mehrere gemeinsam, so haftet jeder nur in Höhe des von ihm erzielten Gewinns bzw. auf Bezahlung der Lizenzgebühr, die der von ihm gezogenen Nutzung entspricht. Dies ergibt sich daraus, daß Rechtsprechung und Literatur bei Geschäftsführungs- wie bei Bereicherungsansprüchen eine gesamtschuldnerische Haftung ablehnen<sup>50</sup> und neuerdings nur für den hier nicht interessierenden Fall des Vorhandenseins mehrerer Geschäftsherrn eine Ausnahme machen<sup>51</sup>. Die abweichende Ansicht des BGH<sup>52</sup>, die sich auf § 840 BGB stützt, beruht auf der unzutreffenden schematischen Einordnung der Ansprüche in die Kategorie der Schadensersatzansprüche. Die vom BGH selbst vorgesehene Möglichkeit der Korrektur der gesamtschuldnerischen Haftung mit Hilfe des § 242 BGB zeigt deutlich, daß die Anwendung des § 840 BGB im Gegensatz zur hier vorgeschlagenen Lösung nicht immer zu sachgerechten Ergebnissen führt.

e) Für den Anspruch auf Herausgabe des Gewinns ergeben sich zwei weitere Feststellungen: § 666 BGB ist anwendbar, so daß der Schädiger verpflichtet ist, über den von ihm gemachten Gewinn

49) Oben II 2c.

50) RG, LZ 1922, 685; OLG Hamburg, MDR 1952, 548; Palandt-Gramm, § 812 Anm. 7 (Bereicherungsansprüche); Mot. II, 858; RG, Recht 1919 Nr. 249; Staudinger-Nipperdey, Vorb. § 677 Rdnr. 50; Soergel-Erdiek-Mühl, BGB, 9. Aufl. (1962), § 683 Rdnr. 7 (Geschäftsführungsansprüche).

51) BGH, BB 1966, 1413 im Anschluß an Enneccerus-Lehmann, SchuldR, 15. Bearb. (1958), § 165 III 2a.

52) BGH, GRUR 1959, 383. Der Hinweis auf RGZ 154, 71 ist unzut., da die dort bejahte gesamtschuldnerische Haftung sich aus § 427 BGB ergibt.

Rechenschaft abzulegen. § 97 I 2 UrhRG hat für den Fall der Urheberrechtsverletzung ausdrücklich eine entsprechende Regelung getroffen. – Bei *nachträglichem Wegfall des Gewinns* haftet der Verletzer grundsätzlich auch dann auf Herausgabe, wenn ihn an dem Wegfall kein Verschulden trifft. Dies ergibt nicht etwa eine entsprechende Anwendung des § 848 BGB; vielmehr greift § 279 BGB auch dann Platz, wenn es sich um die Pflicht zur Geldzahlung aus Auftrag oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag handelt. Bedenken entstehen dabei jedoch, wenn lediglich eine fahrlässige Rechtsverletzung vorliegt. Während der Beauftragte wie der Geschäftsführer weiß, daß ihn eine Herausgabepflicht trifft, und deshalb die nötigen Vorkehrungen gegen einen Verlust des Geldes treffen kann, ist der fahrlässig handelnde Schädiger in einer grundsätzlich anderen Situation. Die analoge Anwendung der Geschäftsführungsregeln muß daher insoweit eine Einschränkung erleiden. Zu sachgerechten Ergebnissen führt allein die Übernahme der für Bereicherungsansprüche in §§ 818, 819 BGB getroffenen Regelung. Sie läßt den Bereicherungsschuldner auch bei fahrlässiger Unkenntnis seiner Verpflichtung frei werden, wenn die Bereicherung nachträglich wegfällt<sup>53</sup>.

#### IV. Verhältnis der Ansprüche zueinander.

1. Die Rechtsprechung vertrat von Anfang an die Auffassung, der Geschädigte habe die Wahl zwischen einem nach §§ 249 ff. BGB berechneten Schadensersatzanspruch, einem Anspruch auf angemessene Nutzungsvergütung und einem Anspruch auf Gewinnherausgabe<sup>54</sup>. Der Ausschluß einer Kumulierung dieser Rechte hat gewohnheitsrechtliche Geltung, da auch in der Literatur insoweit keine abweichenden Stimmen vorhanden sind.

Wenig erörtert war bislang die Frage, ob Lizenzgebühr und Gewinnherausgabe jede Art von Schadensersatz ausschließen. Erst in der neueren Rechtsprechung des *BGH* wurde im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes die These vertreten, die Geltendmachung eines „Marktverwirrungsschadens“ werde durch die beiden gewohnheitsrechtlich anerkannten Ansprüche nicht ausgeschlossen<sup>55</sup>.

Wird etwa ein fremdes Warenzeichen für schlechte Waren verwandt und dadurch sein Wert erheblich gemindert, so kann der Zeicheninhaber mit Recht neben einer Lizenzgebühr oder der Herausgabe des Gewinns Ersatz des Betrages verlangen, den er aufwenden muß, um dem Warenzeichen wieder zu seinem alten Ansehen zu verhelfen.

Die Ansprüche auf Lizenzgebühr und Gewinnherausgabe sind nur eine Sanktion für die unberechtigte Nutzung als solche, nicht jedoch für darüber hinausgehende schädigende Handlungen. Unberührt bleibt auch der Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens, was bei Eingriffen in Persönlichkeitsrechte und in dem gesetzlich geregelten Fall des § 97 UrhRG von besonderer Bedeutung ist.

2. Die Dauer der Wahlmöglichkeit wurde vom *RG* nicht fixiert. Indirekt lehnte es aber die Annahme eines Wahlschuldverhältnisses ab, da es dem Geschädigten auch noch während eines gerichtlichen Verfahrens die Möglichkeit des Übergangs von einer „Berechnungsart“ zu einer andern gewährte<sup>56</sup>. Der *BGH* sprach sich zum ersten Mal ausdrücklich gegen ein Wahlschuldverhältnis aus<sup>57</sup>.

53) Wenig überzeugend *BGH*, GRUR 1962, 512, der unter Hinweis darauf, es handle sich um einen Entschädigungs- und keinen Bereicherungsanspruch, die Berücksichtigung des Gewinnwegfalls ablehnte. Wie hier im Erg. *Jakobs*, S. 87 f., der allerdings den Anspruch auf Gewinnherausgabe immer dem BereicherungsR unterstellt.

54) S. o. Fußn. 7–9.

55) *BGHZ* 34, 320; 44, 372 = JuS 1966, 328 Nr. 4; zust. *Baumbach-Hefermehl* II, § 24 WZG Rdnr. 30.

56) *RGZ* 43, 61; 50, 115; 156, 67.

57) *BGHZ* 44, 372 = JuS 1966, 328 Nr. 4.

In der Tat würde eine Festlegung des Geschädigten auf eine einmal gewählte Anspruchsart seine Rechte weithin entwerten, da sich oft von vorneherein nicht sicher bestimmen läßt, ob die Voraussetzungen eines bestimmten Anspruchs vorliegen. Der erhöhten Schutzbedürftigkeit des Rechtsinhabers und damit dem Schutzzweck des Gewohnheitsrechts wird man am ehesten dadurch gerecht, daß man die Wahlmöglichkeit bis zur Erfüllung andauern läßt. Diese „Solutionskonkurrenz“ hat zwar im Allgemeinen Schuldrecht keine Regelung gefunden, wird auch in den Erläuterungswerken meist nicht erwähnt, stellt aber trotzdem kein juristisches Novum dar, da für den Fall der Konkurrenz des Bereicherungsanspruchs aus § 951 I BGB mit dem Wegnahmerecht aus § 951 II BGB in Rechtsprechung und Literatur dieselbe Auffassung vertreten wird<sup>58</sup>.

3. In prozessualer Hinsicht fragt sich, ob der Übergang von einem Anspruch zu einem andern eine Klagänderung gemäß § 264 ZPO darstellt und ob die rechtskräftige Aberkennung eines Anspruchs auch die Geltendmachung der andern ausschließt.

a) Das *RG* lehnte das Vorliegen einer Klagänderung mit dem Argument ab, es handle sich in allen Fällen um die Verfolgung desselben Anspruchs, dem nur jeweils eine andere rechtliche Begründung beigegeben werde<sup>59</sup>. Dabei scheint die Auffassung Pate gestanden zu haben, es lägen nur besondere Arten der Schadensberechnung vor.

Heute kann dies nicht mehr befriedigen. Einmal steht fest, daß es sich keinesfalls in allen drei Fällen um reine Schadensersatzansprüche handelt<sup>60</sup>. Zum andern sind die Tatsachen, die zur Begründung des jeweiligen Anspruchs herangezogen werden, keineswegs immer dieselben.

Lediglich die Frage des schuldhaften Eingriffs in ein geschütztes Recht bestimmt sich bei allen drei Ansprüchen gleich. Die übrigen Probleme (Vorliegen und Höhe eines entgangenen Gewinns, Angemessenheit einer Nutzungsschädigung, Vorhandensein und Umfang des Verletzergewinns) beurteilen sich völlig unabhängig voneinander. Ändert sich aber nicht nur der im Prozeß gestellte Antrag und die Rechtsnatur der Ansprüche, sondern auch das vorgetragene Tatsachenmaterial, so liegt ein neuer Streitgegenstand und damit eine Klagänderung vor. Diese bedarf der Einwilligung des Beklagten oder der Zulassung durch das Gericht, da keiner der privilegierten Fälle des § 268 ZPO vorliegt. Die für die gerichtliche Zulassung erforderliche Sachdienlichkeit dürfte in praktisch allen Fällen zu bejahen sein.

b) Die Entscheidung der Frage, welche Wirkung eine rechtskräftige Entscheidung über einen der drei Ansprüche hat, ist dadurch schon vorgezeichnet. Da es sich um verschiedene Streitgegenstände handelt, schließt die Abweisung des einen Anspruchs die gerichtliche Geltendmachung eines andern nicht aus<sup>61</sup>. Der Beklagte kann sich mit Hilfe einer Feststellungs-(wider)klage dagegen schützen, mehrere Male mit einem gerichtlichen Verfahren überzogen zu werden.

58) *BGH*, NJW 1954, 265; *Baur*, SachenR, 3. Aufl. (1966), § 53c IV 1 a. E. (S. 476); *Westermann*, SachenR, 5. Aufl. (1966), § 54 6; a. A. (facultas alternativa) *Palandt-Degenhart*, § 951 Anm. 3c.

59) *RGZ* 43, 61; 50, 115.

60) S. o. III 3.

61) Anders hätte wohl auch hier das *RG* entschieden, das in dem vergleichbaren Fall der Ersatzansprüche nach § 249 S. 1 und § 249 S. 2 BGB ein zweites Verfahren für unzulässig hielt (*RGZ* 126, 403).