

KRISTIN BOOSFELD

# Gewinnausgleich

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

334

---

**Mohr Siebeck**

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

334

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann





Kristin Boosfeld

# Gewinnausgleich

Vergleichende und systematisierende  
Gegenüberstellung der französischen,  
niederländischen und englischen Tradition

Mohr Siebeck

*Kristin Boosfeld*, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaften in Münster; seit 2011 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Rechtsgeschichte Münster; 2013–2014 Magister-Juris-Studium in Oxford; seit 2014 Referendarin am Landgericht Münster.

e-ISBN PDF 978-3-16-153915-2

ISBN 978-3-16-153910-7

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck, Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Diese Arbeit wurde im Januar 2015 von der juristischen Fakultät der Universität Münster als Dissertation angenommen. Mein herzlicher Dank gilt zuallererst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Nils Jansen. Er hat mich nicht nur bei der Erstellung dieser Arbeit unterstützt und sich immer, wenn es nötig war, Zeit für Gespräche genommen, sondern mich auch über sieben lehrreiche Jahre hinweg als studentische Hilfskraft und wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl gefördert. Der Zweitgutachterin, Frau Prof. Dr. Frauke Wedemann, danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Dank gebührt der rheinisch-westfälischen Graduiertenschule für konstruktive Hinweise und ertragreiche Gespräche mit Professoren und Teilnehmern. Rechtsanwalt Dr. J.G.A. Linssen danke ich für seine Hinweise zum niederländischen Recht und für das inspirierende Gespräch zu Beginn meiner Untersuchung, das mich in der Wahl meines Themas bestärkt hat. Auch danke ich Professor Dr. Sebastian Lohsse und den Teilnehmern der Digestenexegese im Sommersemester 2012 für die Anregungen zur römischen Quellenlage. Dr. Sandy Steel gebührt Dank für wertvolle Hinweise zum englischen Recht. Für Einblicke in die patentrechtliche Praxis danke ich Dr. Ulrich Harst und Wolrad Prinz zu Waldeck.

Saskia Rolfes danke ich für die vielen guten Gespräche bei einem Glas Wein, teilweise bis spät in die Nacht, in denen wir die Probleme des Gewinnausgleichs besprochen haben. Für anregende Gespräche über die philosophisch-theoretischen Grundlagen der Arbeit während meines Jahrs in Oxford 2013/2014 danke ich herzlich Dr. Anna Coninx und Prof. Joshua Getzler. Danken für ihre Unterstützung möchte ich auch Dr. David Julius Kästle, Viviana Kutz, Farina Clemens und Anja Schlichting.

Für die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts, die Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann bedanken. Der Studienstiftung *ius vivum* danke ich für den großzügigen Zuschuss zu den Druckkosten und dem Verlag Mohr Siebeck für die angenehme Zusammenarbeit.

Till Schürmann danke ich dafür, dass er in dieser manchmal auch anstrengenden Zeit Ruhe und Kraft spendend an meiner Seite gestanden hat.

Schließlich möchte ich mich bei meinem Großvater, Dr. Elmar Boosfeld, und meinen Eltern, Dirkje-Janny Boosfeld-Siebring und Dr. Walter Boosfeld, bedanken. Während meines gesamten Studiums und der Erstellung dieser Arbeit konnte ich stets auf ihren Rückhalt und ihre Unterstützung bauen.

*Münster, im Februar 2015*

*Kristin Boosfeld*

# Inhalt

Vorwort .....	VII
Graphische Darstellungen .....	XIV
Abkürzungen .....	XV
Einleitung: Ziel und Gegenstand der Untersuchung .....	1
I. Terminologische Fragen .....	6
II. Gang der Darstellung .....	8
III. Meinungsstand in Deutschland – ein Abriss .....	9
1. Teil: Länderberichte .....	13
§ 1 Frankreich .....	15
I. Ausgewählte Fälle der Gewinnherausgabe .....	16
1. Eigentumsverletzungen .....	16
a) Veräußerung fremder Sachen .....	17
b) Art. 1380 C. civ. als Sondertatbestand des Gewinnausgleichs? .....	20
c) Fruchtziehung .....	24
2. Immaterialgüterrechtsverletzungen .....	27
a) Geschichte .....	27
b) Aktuelle Rechtslage .....	33
II. Gewinnherausgabe bei „Geschäftsanmaßung“? .....	37
III. Bereicherungsrechtliche Gewinnabschöpfung? .....	42
IV. Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem .....	44

1. Gewinnabschöpfung nach der deliktischen Generalklausel, Art. 1382 C. civ.....	44
2. Exkurs: Haftung bei Verletzungen der Persönlichkeit.....	48
3. Sonderhaftung für <i>faute lucrative</i> .....	50
V. Ergebnisse Frankreich.....	55
§ 2 Niederlande.....	58
I. Rechtshistorischer Überblick.....	59
II. Ausgewählte Fälle der Gewinnherausgabe.....	61
1. Eigentumsverletzungen.....	61
a) Fruchtziehung.....	61
b) Veräußerung fremder Sachen.....	65
c) Veräußerung rechtsgrundlos geleisteter Sachen.....	68
2. Immaterialgüterrechtsverletzungen.....	70
a) Urheberrecht.....	71
(1) Historische Einordnung.....	71
(2) Art. 27a I Urheberrechtsgesetz ( <i>Auteurswet</i> ).....	76
b) Patentrecht.....	83
(1) Geschichtliche Einordnung.....	83
(2) Art. 70 V Patentgesetz ( <i>Rijksoctrooiwet</i> ).....	85
c) Besonderheiten bei anderen Immaterialgüterrechten.....	88
III. Bereicherungsrechtliche Gewinnabschöpfung.....	89
1. Tradition der allgemeinen Bereicherungsklage im 18. und 19. Jahrhundert.....	90
2. Entwicklungen im 20. Jahrhundert.....	92
IV. Gewinnherausgabe bei „Geschäftsanmaßung“?.....	94
V. Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem.....	97
1. Niederländische Haftungstradition.....	97
2. Schadensrechtliche Gewinnabschöpfung – Art. 6:104 BW.....	99
3. Art. 6:104 BW und die Entscheidung <i>Waeyen-Scheers/Naus</i> ...	102
4. Aktuelle Rechtsprechung zu Art. 6:104 BW.....	104
5. Begrenzungen des Ermessensspielraums.....	105
6. Ermittlung der Gewinnhöhe.....	107
7. Anwendungsfälle des Art. 6:104 BW.....	109
a) Mietrecht.....	110
b) Irreführende Werbung.....	111
c) Verletzungen der Persönlichkeit.....	112
VI. Ergebnisse Niederlande.....	113

§ 3	England.....	117
I.	Instrumente der Gewinnherausgabe .....	119
1.	Persönliche Rechtsbehelfe im <i>common law</i> .....	119
2.	Persönliche Rechtsbehelfe in <i>equity</i> .....	123
3.	Dingliche Rechtsbehelfe .....	125
a)	<i>Substitution</i> und <i>tracing</i> .....	126
b)	<i>Constructive trust</i> .....	128
(1)	Entstehungsvoraussetzungen.....	129
(2)	Subsidiarität .....	132
(3)	Abgrenzung zum <i>resulting trust</i> .....	133
4.	Restitutiver Schadensersatz ( <i>restitutionary damages</i> ).....	134
5.	Entwicklung eines einheitlichen Gewinnherausgabetatbestandes? .....	135
II.	Ausgewählte Fälle der Gewinnherausgabe.....	138
1.	Eigentumsverletzungen .....	138
a)	Veräußerung fremder Sachen.....	138
b)	Nutzung fremder Sachen .....	139
2.	Patentverletzungen .....	141
a)	Geschichte .....	142
b)	Aktuelle Rechtslage .....	146
3.	Urheberrechtsverletzungen.....	151
a)	Geschichte .....	151
b)	Aktuelle Rechtslage .....	154
4.	Persönlichkeitsverletzungen.....	157
III.	Gründe für die Gewinnherausgabe .....	159
1.	Abschreckung.....	160
2.	Schadensberechnung .....	166
3.	Schutz absoluter Rechtspositionen .....	167
IV.	Grundwertungen des Gewinnausgleichs in England .....	169
1.	Höhe des herauszugebenden Gewinns.....	170
a)	Kausalitätsbeziehung und <i>remoteness</i> .....	170
b)	Eigenaufwand des Verletzers.....	172
2.	Anspruchsberechtigung des Verletzten .....	175
3.	Herausgabeverpflichtung des Verletzers .....	177
V.	Ergebnisse England.....	181
2. Teil:	Analyse .....	183
§ 4	Gewinnbegriff.....	185
I.	Arten vorteilsorientierter Haftung.....	185

II. Aktuell vertretene Gewinnbegriffe.....	186
III. Berücksichtigung des Verletzeraufwands .....	187
§ 5 Begründungen für den Gewinnausgleich .....	190
I. Abschreckung und Verhaltenssteuerung .....	190
1. Abgrenzung zur strafrechtlichen Prävention .....	192
2. Maß der Abschreckung .....	195
3. Anspruchsberechtigung? .....	198
II. Beweiserleichterung bei der Schadensermittlung.....	200
1. Widerlegliche Vermutung .....	201
2. Unwiderlegliche Vermutung .....	202
3. Art. 13 I Richtlinie 2004/48/EG .....	204
4. Dogmatisches Fundament?.....	208
III. Rechtsposition und eigentumsrechtliche Argumente.....	210
1. Fruchtziehung.....	210
2. <i>Proprietary approach</i> und Lehre vom Zuweisungsgehalt .....	213
3. Rechtsfortwirkung.....	218
a) Surrogation bei Eigentumsverletzungen im geltenden Recht.....	219
b) Wurzeln der Surrogation bei Eigentumsverletzungen.....	221
c) Anteilige Surrogation.....	223
4. <i>Hanoch Dagens</i> Kriterium der <i>control</i> .....	229
IV. Fiktion der Gewinnerzielung für einen Dritten .....	231
1. <i>Negotiorum gestio</i> .....	231
2. <i>Constructive trust</i> und <i>account of profits</i> .....	232
V. Zwischenergebnis.....	240
§ 6 Struktur des Gewinnausgleichs .....	243
I. Ausgangspunkt selbstbestimmter Gewinnerzielung .....	243
II. Formen rechtmäßiger Gewinnerzielung .....	244
III. Begrenzung der selbstbestimmten Gewinnerzielung.....	247
1. Verletzung einer Rechtsposition .....	249
2. Subjektive Voraussetzungen .....	251
3. Hypothetischer Vertrag .....	256
a) Dispositionsbefugnis des Rechtsinhabers .....	258
b) Mutmaßliche und ausdrückliche Ablehnung einer Disposition.....	261
c) Inhalt der Dispositionsbefugnis im konkreten Fall .....	262

(1) Rückwirkende Lizenzierung.....	262
(2) Anteilige und vollständige Gewinnerzielung für den Rechtsinhaber.....	267
4. Abgrenzung zu eigentumsrechtlichen Argumenten, zum Gewinnausgleich nach der Schutzrichtung des Rechts und zum Ansatz <i>Ripsteins</i> .....	269
IV. Gegenanspruch des Rechtsverletzers .....	273
V. Hypothetischer mehrseitiger Vertrag?.....	275
 Gesamtergebnis .....	 278
 Literatur.....	 283
Entscheidungen .....	309
Rechtsquellen .....	315
Sachregister .....	319

## Graphische Darstellungen

Graphik 1: Rechtsfortwirkung .....	224
Graphik 2: Rechtsfortwirkung bei Eigenaufwand I .....	225
Graphik 3: Rechtsfortwirkung bei Eigenaufwand II .....	226
Graphik 4: Gewinnerzielung für sich selbst .....	244
Graphik 5: Gewinnerzielung für einen Dritten .....	245
Graphik 6: Anteilige Gewinnerzielung für einen Dritten .....	246
Graphik 7: Gewinnerzielung für sich selbst, fremde Rechte nutzend .....	247
Graphik 8: Struktur des Gewinnausgleichs.....	281

# Abkürzungen

Bezüglich der verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf:

*Kirchner, Hildebert*

Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache (7. Auflage, Berlin 2012)

Ergänzend werden folgende Abkürzungen verwendet:

AC	Law Reports, Appeal Cases, House of Lords and Privy Council
Ad. & El.	Adolphus & Ellis' Queen's Bench Reports
All ER	All England Law Reports
All ER (D)	All England Law Reports Digest
AMI	Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht
Ann.	Annales de propriété industrielle, artistique et littéraire
Aw	Auteurswet
B. & Ad.	Barnwell and Adolphus' Reports
B. & C.	Barnwell and Cresswell's Reports
BCLC	Butterworth's Company Law Cases
BenGH	Benelux Gerechtshof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BIE	Bijblad bij de Industriële Eigendom
BMW	Benelux Merkenwet
BTMW	Benelux Tekeningen en Modellenwet
Bull.	Bulletin
B. U. L. Rev.	Boston University Law Review
Burr.	Burrow's King's Bench Reports
BVIE	Benelux-verdrag inzake Intellectuele Eigendom
BW	Burgerlijk Wetboek 1992
CA	Cour d'Appel
Cass.	Cour de Cassation
Cass. civ.	Cour de Cassation chambre civile
Cass. com.	Cour de Cassation chambre commerciale
Cass. req.	Cour de Cassation chambre des requêtes
C. civ.	Code civil (Frankreich)
Ch	Law Reports, Chancery Division
ChD	High Court, Chancery Division
Cl. & F.	Clark and Finnelly's House of Lords Cases
CLP	Current Legal Problems

CLR	Cambridge Law Review
Co. Rep.	Coke's King's Bench Reports
com.	chambre commerciale
Cowp.	Cowper's Reports
CPI	Code de la propriété intellectuelle
Curt.	Curteis' Ecclesiastical Reports
D.	Recueil Dalloz
D. P.	Dalloz Périodique
De G. J. & S.	De Gex, Jones & Smith
DLR	Dominion Law Reports
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGLR	Estates Gazette Law Reports
El. & Bl.	Ellis' and Blackburn's Law Reports
EG	Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EWHC	High Court of England and Wales
EWCA Civ	Court of Appeal of England and Wales (Civil Division)
EWCA Ch	Court of Appeal of England and Wales (Chancery Division)
F	Federal Reporter
FSR	Fleet Street Reports
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Hare	Hare Law Reports
HKK	Historisch-kritischer Kommentar
HL	House of Lords
HR	Hoge Raad
IEPT	Rechtspraak, Intellectuele Eigendom en Marketingrecht
JCP	La semaine juridique
JCP éd E	La semaine juridique entreprise et affaires
Kay & J.	Kay and Johnson's Chancery Reports
KG	Kort geding
Ld. Raym.	Lord Raymond's King's Bench and Common Pleas Reports
LE	<i>Belinfante</i> , Letterkundig Eigendomsrecht in Nederland (1865)
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
LR	Law Reports
M. & G.	Manning & Grainger's Reports
M. & S.	Maule & Selwyn's King's Bench Reports
M. & W.	Meeson & Welsby's Reports
My. & K.	Mylnes and Keen's Chancery Reports
MünchKomm	Münchener Kommentar
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NSWSC	New South Wales Supreme Court
NSWCA	New South Wales Court of Appeal

OR	Obligationenrecht (Schweiz)
PatG	Patentgesetz
P. Wms.	Peere Williams' Chancery Report
QB	Court of Queen's Bench; Queen's Bench Reports
Rb.	Rechtbank
req.	chambre des requêtes
ROW	Rijksoctrooiwet
RPC	Reports of Patent, Design and Trademark Cases
S.	Recueil Sirey
sec.	section
Show. K. B.	Showers' King's Bench Reports
Swans.	Swanston's Chancery Reports
Taunt.	Taunton's Common Pleas Reports
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. civ.	Tribunal civil
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Ves. Jun.	Vesey Junior's Chancery Reports
W.	Weekblad van het Regt
WLR	Weekly Law Reports
WR	Tijdschrift van woon- en bedrijfsruimterecht



## Einleitung

# Ziel und Gegenstand der Untersuchung

Durch rechtswidriges Verhalten können Menschen einerseits Schäden zufügen und andererseits Gewinne erzielen. Verkauft A das Fahrrad des B, das einen Wert von 100 € hat, ohne dessen Einverständnis zu einem Preis von 150 €, so verursacht er bei B einen Schaden in Höhe von 100 €, während er selbst einen Gewinn von 150 € erzielt. Ebenso kann C durch eine Patentverletzung einen Gewinn erwirtschaften, wenn er ein Medikament entwickelt, das gegen ein Patent von D verstößt. Gleichzeitig fügt er dadurch D einen Schaden zu, wenn dessen Nutzungsmöglichkeit durch die Verletzung beeinträchtigt ist oder aber er für die Nutzung seines Patents die Zahlung einer Lizenzgebühr hätte verlangen können. Während Schadensersatzhaftung bedeutet, dass ein rechtswidrig zugefügter Schaden zu ersetzen ist, bezeichnet der Begriff Gewinnhaftung die Verpflichtung zur Herausgabe eines rechtswidrig erzielten Gewinns. Aufgrund dieser scheinbaren Gegensätzlichkeit ist oft irrtümlicherweise angenommen worden, dass Gewinnherausgabe und Schadensersatz Antonyme sind<sup>1</sup>. Jedoch unterscheiden sich Schadensersatz und Gewinnherausgabe in struktureller Hinsicht grundlegend<sup>2</sup>. Jeder Schadenszufügung haftet ein (moralischer) Unwert an. Hat jemand einem anderen einen Schaden zugefügt, liegt die Frage nach einem Schadensersatzanspruch auf der Hand. Soweit sich der Schädiger rechtswidrig und schuldhaft verhalten hat, wird er den Schaden ersetzen müssen<sup>3</sup>. Dagegen haftet der Gewinnerzielung kein prinzipieller Unwert an. Im Gegenteil, die Erzielung von Gewinnen ist gesellschaftlich und wirtschaftlich erwünscht<sup>4</sup>. Anders als bei der

---

<sup>1</sup> So etwa *Weinrib*, Restitutionary damages, S. 9: „The phenomenon of compensatory damages for wrongful loss is the counterpart to restitutionary damages for wrongful gain“; ebenso *Amrein*, Gewinnherausgabe, S. 3.

<sup>2</sup> *Levmore*, Explaining restitution, S. 67: „The law of benefits is apparently not the counterpart of the law of harms“. Zu soziologischen Hintergründen siehe *Zamir*, Loss aversion and the law, S. 852–860: Das gesellschaftliche Denken sei schadensorientiert, während Gewinne nur begrenzt wahrgenommen würden.

<sup>3</sup> *Dagan*, Just and unjust, S. 5; *Jaffey*, Nature and scope, S. 17; *Levmore*, Explaining restitution, S. 67.

<sup>4</sup> *Barker*, Responsibility for gain, S. 56: „[W]e must be free to set about enhancing our wealth through legitimate economic competition with others. The protection of this personal liberty may also, incidentally, have beneficial economic consequences for society as a whole“; *Dagan*, Just and unjust, S. 8: „[T]hree core humanistic values – autonomy,

Schadenszufügung bedarf es deswegen, wenn jemand Gewinne erwirtschaftet hat, zunächst einmal weder einer moralischen noch einer rechtlichen Begründung dafür, dass er sie behalten darf<sup>5</sup>.

Ein solch positives Verständnis der Gewinnerzielung hat freilich Grenzen. Ist die Gewinnerzielung rechtswidrig erfolgt, so erscheint es fragwürdig, ob dem Gewinnerzielenden sein Gewinn belassen werden sollte. Erlaubt man es demjenigen, der in rechtswidriger Weise einen Gewinn erzielt, diesen zu behalten, so gibt man einen Anreiz zu dieser Form der Gewinnerzielung. Sofern der Gewinn einen etwaigen (nachweislich) zugefügten Schaden übersteigt, ist das rechtswidrige Verhalten für den Handelnden nämlich lukrativ. Ein solcher Anreiz kann durch die Abschöpfung rechtswidrig erzielter Gewinne vermieden werden. Bei der Frage, ob und inwiefern eine solche Abschöpfung angemessen ist, muss allerdings Berücksichtigung finden, dass die Abschöpfung von Gewinnen die Gefahr birgt, wirtschaftliche Aktivität zu schwächen. Schließlich ist der Anreiz zur wirtschaftlichen Betätigung gering, wenn die Gefahr besteht, schon bei der unverschuldeten Missachtung unbedeutender Verhaltensregeln zur Herausgabe des Gewinns verpflichtet zu werden<sup>6</sup>.

Gewinnabschöpfung kann in öffentlich-rechtlicher Form (zu Gunsten des Staats) sowie in privatrechtlicher Form (zu Gunsten eines Klägers) erfolgen. Gegenstand dieser Untersuchung ist die privatrechtliche Gewinnabschöpfung. Anders als bei der öffentlich-rechtlichen Abschöpfung geht es im Privatrecht dabei nicht allein um die Frage, ob der Gewinnerzielende den Gewinn abgeben muss. Darüber hinaus muss ein Kläger glaubhaft machen können, dass gerade ihm – und nicht dem Gewinnerzielenden – der Gewinn zusteht.

Beispiele hierfür finden sich in verschiedenen Bereichen. Bringt etwa ein Automobilhersteller ein Fahrzeug auf den Markt, das er mit besonderen patentierten Schrauben zusammengebaut hat, ohne sich um eine Lizenz zu bemühen, so ist zu klären, wem der mit dem Verkauf der Fahrzeuge erzielte Gewinn zusteht. Der Automobilhersteller hat den Gewinn unter anderem durch die unerlaubte Nutzung des Schraubenpatents erlangt. Dies könnte dafür sprechen, ihm den Gewinn abzuspochen und dem Patentinhaber zuzuschreiben. Dieser hätte den Gewinn jedoch selbst nicht erzielen können,

---

utility, and community – explain law’s a priori approval of enrichments“. Die Europäische Union hat sich jüngst ausdrücklich zur Notwendigkeit einer wettbewerbsfähigen Marktwirtschaft bekannt, siehe Art. 3 III EUV, kritisch aber *Vogt*, Soziale Marktwirtschaft, S. 77–102 m.w.N.

<sup>5</sup> *Barker*, Responsibility for gain, S. 56.

<sup>6</sup> *Cane*, Exceptional measures, S. 321–322; *Birks*, Civil wrongs, S. 97; *Gordon*, Harms and benefits, S. 468. Auch die französische Rechtswissenschaft hat die Gewinnherausgabe über Jahre unter Verweis auf das – andernfalls gestörte – „développement économique“ abgelehnt, siehe sogleich § 1.

schließlich ist er kein Automobilhersteller. Außerdem hat der Automobilhersteller eigene Rechte eingebracht und besondere Anstrengungen unternommen, um den Gewinn zu erwirtschaften. Gerade wenn er darüber hinaus die Verletzung in nicht vorwerfbarer Weise begangen hat und darauf vertraute, den Gewinn für sich selbst zu erzielen, spricht vieles dafür, ihm den Gewinn zu belassen, um so die Beeinträchtigung von Anreizen zu wirtschaftlichem Tätigwerden zu vermeiden. Dies lässt die Frage unberührt, ob er dem Inhaber des Schraubenpatents möglicherweise nachträglich eine Lizenzgebühr zahlen muss.

Ein anderer, aber doch strukturell vergleichbarer Fall ist die bereits erwähnte Veräußerung eines fremden Fahrrads ohne das Einverständnis des Eigentümers. Wenn der Veräußerungserlös höher ist als der Wert des Fahrrads, erzielt der Veräußerer auch hier einen Gewinn, indem er ein fremdes Recht (Eigentum) verletzt. In diesem Fall liegt ein Gewinnausgleich schon näher. Der Eigentümer des Fahrrads hätte den Gewinn ebenso erzielen können. Freilich hat er dazu keine Anstalten gemacht. In der Regel wird er eine Veräußerung wohl auch nicht gewollt haben. Dennoch stammt der Gewinn primär aus der Rechtssphäre des Rechtsverletzers, weil der Verkäufer ihn unmittelbar durch die Verwertung des Eigentums erzielt hat. Während der Automobilhersteller auch andere Schrauben hätte benutzen können, die die Autoteile mit einer anderen Technik zusammenhalten, setzt die Erzielung eines Erlöses zwingend die Eigentumsverletzung in Form der Veräußerung des Fahrrads voraus. Damit sprechen hier gewichtigere Gründe für eine Gewinnherausgabe als im Schraubenfall.

Die komplexe Interessenlage in den Beispielen zeigt, dass ein Anspruch auf Gewinnherausgabe keinesfalls die selbstverständliche Folge rechtswidriger Gewinnerzielungen sein kann. Vielmehr muss ein solcher Anspruch immer erst positiv begründet werden. Wenn ein Gewinn in rechtswidriger Weise erzielt wurde, ist zu klären, ob eine Gewinnherausgabe angemessen ist und ob im Gegenzug möglicherweise ein Gegenanspruch des Rechtsverletzers auf Aufwendungsersatz besteht. Dabei spielen verschiedene Faktoren eine Rolle, so etwa die Vorwerfbarkeit des Verletzerverhaltens, die Schwere der Verletzung sowie die Kausalität zwischen Verletzung und Gewinnerzielung.

Das heutige wohlwollende Verständnis von Gewinnerzielung als Grundlage einer funktionierenden Wirtschaft ist keine Selbstverständlichkeit. Eine kritische Haltung bereits gegenüber der rechtmäßigen Erzielung von Gewinnen dürfte auch die Zuordnung von rechtswidrig erzielten Gewinnen nachhaltig beeinflussen. Das vorklassische römische Naturrecht bewertete die Erzielung eines Gewinns (*lucrum*) als anstößig. Verträge, wie der Kauf- oder Tauschvertrag, sollten gerecht und deswegen nur dann wirksam sein, wenn ein Leistungsgleichgewicht zwischen den Parteien bestand. Wenn also eine Partei einen für sich vorteilhaften gegenseitigen Vertrag abschloss, ging man davon aus, dass der Vertrag unwirksam sei, weil die Partei auf Kosten einer

anderen Partei einen Gewinn erzielt habe<sup>7</sup>. Dies ging so weit, dass der vor-klassische römische Jurist *Quintus Mucius Scaevola*<sup>8</sup> bei einem für ihn günstigen Grundstückskauf freiwillig einen zusätzlichen Betrag zahlen wollte, damit die ausgetauschten Leistungen gleichwertig seien und der Vertrag Wirksamkeit entfalte<sup>9</sup>.

Diese skeptische Grundhaltung gegenüber der Gewinnerzielung hatte bereits im klassischen römischen Recht an Kraft verloren. *Marcus Tullius Cicero* bezeichnete die Absicht des *Quintus Mucius* ein knappes Jahrhundert später als „rechtschaffen, aber nicht weise“<sup>10</sup>. Eine negative Konnotation des Begriffs Gewinn ist freilich noch bei einigen klassischen römischen Juristen festzustellen; so etwa bei *Gaius*<sup>11</sup>, der eine bewusste Ersitzung auf Kosten eines anderen als „lukrative“ Ersitzung und den daraus erlangten Vorteil als herauszugebenden ungerechtfertigten Vermögensvorteil verstanden hat<sup>12</sup>. Ebenso hat *Paulus*<sup>13</sup> Gewinnerzielungen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Diebstahl gestellt. Diebstahl sei letztlich nichts anderes als ein arglistiges Verhalten mit Gewinnerzielungsabsicht<sup>14</sup>.

Nach über 1.500 Jahren Wirtschafts- und Rechtsentwicklung hatte dieses römische kritische Gewinnverständnis keinen Einfluss auf den ebenfalls naturrechtlichen und am Institutionensystem des *Gaius* orientierten Code civil. Gewinnherausgabebetragbestände haben jedenfalls im französischen Recht des 19. Jahrhunderts keine große Bedeutung erlangt. Gewinne zu erzielen, war zulässig, soweit dies keine unmittelbare Schädigung Dritter verursachte. Die Bestrebungen, in bestimmten Fällen einen Gewinnausgleich vorzunehmen, auch wenn kein oder nur ein geringer Schaden feststellbar ist, stammen im französischen sowie im ursprünglich eng daran angelehnten niederländischen Recht weitgehend erst aus den vergangenen Jahrzehnten. Überraschenderweise weist dagegen gerade das englische Recht – bei dem es sich um ein besonders wirtschaftliches und damit vermeintlich gewinnfreundliches Recht handelt – eine ausgeprägte Tradition der Gewinnherausgabe auf.

---

<sup>7</sup> Dazu *Behrends*, Institut und Prinzip, Bd. II, S. 632.

<sup>8</sup> *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, S. 138–139.

<sup>9</sup> *Cicero*, De officiis 3,15,62. Dies erinnert an die englische *consideration*-Doktrin. Nach dieser Lehre sollen Verträge nur durchsetzbar (*enforceable*) sein, wenn jeder Leistung eine Gegenleistung gegenübersteht, *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 384.

<sup>10</sup> *Cicero*, De officiis 3,15,62.

<sup>11</sup> Hochklassischer römischer Rechtslehrer, vgl. *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, S. 159–160.

<sup>12</sup> *Gaius* Inst. 2,56: „Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur: nam sciens quisque rem alienam lucrificat“; dazu *Avenarius*, Liber singularis regulatum, S. 375, Fn. 78 und S. 126.

<sup>13</sup> Hochklassischer römischer Jurist, vgl. *Kunkel/Schermaier*, Römische Rechtsgeschichte, S. 148–149.

<sup>14</sup> *Paulus* D. 47,2,1,3: „Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia [...]“.

Ziel der Abhandlung ist es, auf Grundlage einer rechtsvergleichenden Analyse, die die Entwicklung des Verständnisses der Gewinnherausgabe in verschiedenen Rechtsordnungen untersucht, verallgemeinerbare Wertungen für die Zuordnung und den Ausgleich von Gewinnen zu ermitteln. Die Systematisierung dieser Frage ist schon seit einiger Zeit Gegenstand des rechtswissenschaftlichen Diskurses<sup>15</sup>. Verschiedene Rechtswissenschaftler haben jeweils ausgewählte Erscheinungsformen der Gewinnherausgabe rechtsvergleichend untersucht<sup>16</sup>. Vor diesem Hintergrund soll die Arbeit nicht jeden Aspekt der Gewinnherausgabe in den verschiedenen Rechtsordnungen herausarbeiten und damit ein abschließendes Bild schaffen. Vielmehr sollen zunächst Wertungen für die Verteilung rechtswidrig erzielter Gewinne in unterschiedlichen Rechtsbereichen der jeweiligen Länder herausgearbeitet werden. In einem zweiten Schritt sollen dann Schlüsse auf eine gemeinsame Rechtstradition gezogen werden, um auf dieser Basis verallgemeinerbare Strukturen des Gewinnausgleichs offenzulegen<sup>17</sup>.

In der Arbeit werden die französische, die niederländische sowie die englische Rechtstradition einander gegenübergestellt und vergleichend analysiert. Die Gründe für die Wahl dieser Rechtsordnungen sind vielfältig, bieten sie doch jeweils Besonderheiten bei der Zuordnung von Gewinnen. Im französischen Code civil, dem Prototyp der kontinentaleuropäischen Kodifikation, ist eine ausdrückliche Gewinnausgleichsregelung nicht angelegt. Dies hat dazu geführt, dass sich französische Juristen lange Zeit nur am Rande mit Fragen des Gewinnausgleichs beschäftigt haben. Gerade in den vergangenen Jahren hat sich nun aber ein verstärktes Bedürfnis nach einem Ausgleich von Gewinnen gezeigt, und in den aktuellen Entwürfen zu einer französischen Schuldrechtsreform hat sich diese Erkenntnis in Form des Vorschlags einer Haftung für sogenannte *faute lucrative* niedergeschlagen. Eine genauere Auseinandersetzung mit dem niederländischen Recht bietet sich an, weil es sich in den vergangenen Jahren bewusst vom ursprünglich starken französischen Einfluss gelöst hat. Das 1992 in Kraft getretene Bürgerliche Gesetzbuch (Burgerlijk Wetboek) basiert auf rechtsvergleichenden Erkenntnissen. Im Rahmen des Schadensrechts ermöglicht der neu eingefügte Art. 6:104 BW einen Gewinnausgleich als Alternative zum Schadensersatz.

---

<sup>15</sup> Um besonders umfangreiche Darstellungen handelt es sich bei *Helms*, Gewinnherausgabe (2007); *Linssen*, Voordeelsafgifte (2000); *Edelman*, Gain-based damages (2002); *Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung (erscheint 2015).

<sup>16</sup> So etwa zu Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts *Amelung*, Schutz der Privatheit (2002); zu Verletzungen von Treuhandverhältnissen *Rusch*, Gewinnhaftung (2003); *Böger*, System der vorteilsorientierten Haftung (2009) und *Soeffky*, Gewinnhaftung (2004) und zum Kartellrecht *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung (2010), S. 437–604.

<sup>17</sup> Zur Legitimität solcher rechtsvergleichender Argumente siehe *Stoll*, Relevanz rechtsvergleichender Argumente, S. 429–456.

Die Gewinnausgleichsmechanismen im englischen Recht weisen große Unterschiede zum kontinentaleuropäischen Recht auf und bieten sich deswegen ebenfalls für eine rechtsvergleichende Untersuchung an. So ist das Prinzip, dass in rechtswidriger Weise erzielte Gewinne herausgegeben werden müssen, tief im englischen Recht verwurzelt (*tort does not pay*).<sup>18</sup> Allerdings sind die Formen, in denen im englischen Recht Gewinne ausgeglichen werden, keineswegs einheitlich. In den vergangenen Jahren haben englische Rechtswissenschaftler deswegen versucht, die Masse der Fälle zu systematisieren und mögliche einheitliche Wertungen aufzudecken<sup>19</sup>. Ein inhaltlicher Konsens konnte bislang freilich nicht gefunden werden.

Neben diesen Entwicklungen hat im vergangenen Jahrzehnt die Europäische Union den Gewinnausgleich der untersuchten Rechtsordnungen nachhaltig geprägt. In Art. 13 I lit. a der Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum 2004/48/EG vom 29. April 2004 hat sie für Immaterialgüterrechtsverletzungen angeordnet, dass die Mitgliedstaaten dem Richter die Möglichkeit einer Schadensberechnung anhand des Gewinns einräumen sollen. In der Arbeit soll auch untersucht werden, inwiefern sich diese Regelung in das geltende Recht der Mitgliedstaaten einfügen lässt und ob sie in den untersuchten Rechtsordnungen ein kohärentes Gewinnausgleichsrecht ermöglichen konnte.

## I. Terminologische Fragen

Angesichts der verschiedenen Sprachen in den zu untersuchenden Rechtsordnungen ist eine exakte Terminologie unerlässlich, um zu klaren Ergebnissen zu kommen. Die Erörterung der französischen, niederländischen und englischen Terminologie erfolgt in den jeweiligen Abschnitten. Darüber hinaus ist jedoch bereits an dieser Stelle eine Präzisierung der deutschen Begrifflichkeiten nötig, da die vergleichende Gegenüberstellung und Analyse in deutscher Sprache erfolgt.

In der deutschen Rechtssprache haben sich im vergangenen Jahrhundert verschiedene Begrifflichkeiten herausgebildet, die bei der Umverteilung von Gewinnen verwendet werden. Die *Gewinnherausgabe* bezeichnet dabei einen konkreten Anspruch, mit dem Gewinne herausverlangt werden können. Der

---

<sup>18</sup> *Broome v. Cassell & Co.* [1972] AC 1027 (HL) 1073; *Jegon v. Vivian* [1871] LR 6 ChA 742, 762; *Attorney General v. Blake* [2001] 1 AC 268, 278: „[A] wrongdoer should not be allowed to profit from his wrong“; *Attorney General v. Guardian Newspaper Ltd.* (No. 2) [1996] Ch 217, 229.

<sup>19</sup> So etwa *Burrows*, Restitution, S. 622–705; *Virgo*, Restitution, S. 425–537; *Birks*, Civil wrongs, S. 55–112.

Begriff der *Gewinnhaftung*<sup>20</sup> wird zumeist synonym verwendet, ist aber vielfach irreführend, weil unter einer Haftung nach allgemeinem Verständnis ein Ausgleich für eine rechtswidrige Schadenszufügung verstanden wird. Ein weiterer häufig verwendeter Begriff ist die *Gewinnabschöpfung*<sup>21</sup>. Auch diese Bezeichnung verursacht Schwierigkeiten. Denn im Gegensatz zur *Gewinnherausgabe* wird sie zumeist nicht im Zusammenhang mit einem Anspruch verwendet. Vielmehr bezieht sich die Abschöpfung primär auf den Gewinnerzielenden. Seine Gewinne sollen ihm aus bestimmten Gründen nicht zugutekommen. Dabei spielt ein möglicher Anspruchsberechtigter keine Rolle, sodass der Begriff der *Gewinnabschöpfung* auch im öffentlich-rechtlichen Kontext Anwendung findet<sup>22</sup>. Soweit es lediglich um die Person des Gewinnerzielenden geht, Gewinne also ausschließlich aus Abschreckungserwägungen abgeschöpft werden, mag sich der Begriff *Gewinnabschöpfung* zwar durchaus eignen. Diskussionsbedarf besteht aber auch bei der Frage, weshalb und in welchem Umfang einer anderen Person der Gewinn zustehen soll. Diese Frage lässt sich im Rahmen einer bloßen *Gewinnabschöpfung* nicht angemessen beantworten.

Im Rahmen des Privatrechts muss ein geeigneter Begriff die bipolare Struktur der Gewinnverteilung zwischen zwei Parteien angemessen berücksichtigen<sup>23</sup>. Hat ein Rechtsverletzer Gewinne erzielt, so ist einerseits zu klären, ob er diese herausgeben muss und andererseits, ob dem Rechtsinhaber der durch den Rechtsverletzer erzielte Gewinn zusteht. Besteht ein solcher Anspruch auf *Gewinnherausgabe*, so ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob der Rechtsverletzer möglicherweise einen Anspruch auf Aufwendungsersatz für die Gewinnerzielung oder sonstige Gegenrechte hat. Erst durch diese Prüfung finden die Interessen beider Parteien jeweils hinreichend Berücksichtigung. Dieses Zusammenspiel wird im Folgenden mit dem Begriff *Gewinnausgleich* bezeichnet.

---

<sup>20</sup> Dieser Begriff wurde von *Christoph Kellmann* und *Detlev König* geprägt: *Kellmann*, Gewinnhaftung (1969), *König*, Gewinnhaftung (1978); so auch noch *Rusch*, Gewinnhaftung (2003) und *Soeffky*, Gewinnhaftung (2004). *Tobias Helms* hat sich hingegen von dem Begriff distanziert: *Helms*, Gewinnherausgabe (2007).

<sup>21</sup> So etwa *Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung (erscheint 2015).

<sup>22</sup> Vgl. *Schmidt*, Gewinnabschöpfung im Straf- und Bußgeldverfahren (2006). Ähnlich ist es beim französischen Begriff des *prélèvement du bénéfice*, der allerdings nur im öffentlich-rechtlichen Bereich Verwendung findet. Ein vergleichbarer Begriff für das Zivilrecht besteht nicht, vgl. dazu sogleich § 1.

<sup>23</sup> Zur Bipolarität siehe *Weinrib*, Corrective justice, S. 3.

## II. Gang der Darstellung

Nach einer knappen Darstellung der Rechtslage in Deutschland folgen im ersten Teil der Arbeit die ausführlichen rechtsvergleichenden Länderberichte zur Tradition des Gewinnausgleichs im französischen, niederländischen und englischen Recht. Im Rahmen des jeweiligen Länderberichts sollen einerseits ausgewählte Fälle des Gewinnausgleichs untersucht werden, um so Stimmigkeiten sowie Wertungswidersprüche innerhalb der jeweiligen Rechtsordnung feststellen zu können. Andererseits werden die Begründungsansätze, die von der Literatur des jeweiligen Landes in verschiedenen Konstellationen rechtswidriger Gewinnerzielung für den Gewinnausgleich verwendet werden, kritisch analysiert.

Hierauf aufbauend widmet sich der zweite Teil der Arbeit der Entwicklung einer einheitlichen Konzeption des Gewinnausgleichs. Dazu werden zunächst der Begriff des Gewinns sowie die vertretenen Begründungen für den Gewinnausgleich analysiert. Auf dieser Basis soll sodann in einem zweiten Schritt die dem Gewinnausgleich zugrundeliegende Struktur offengelegt werden. Aus den rechtsvergleichenden und rechtshistorischen Erkenntnissen soll ein normatives Kriterium abgeleitet werden, anhand dessen sich beantworten lässt, in welchen Fällen und in welchem Maß Gewinne ausgeglichen werden müssen. Dieses Kriterium muss verschiedenen Ansprüchen gerecht werden. Es muss nicht nur begründen, weshalb der Gewinnerzielende den Gewinn herausgeben muss, sondern es muss darüber hinaus eine Basis für die Frage bieten, weshalb jemand anderes einen Anspruch auf diesen Gewinn haben soll. Außerdem muss gewährleistet sein, dass auch die Interessen des Gewinnerzielenden hinreichend berücksichtigt sind. Wenn er bei der Gewinnerzielung davon ausging, den Gewinn für sich zu erzielen und ihm eine etwaige Rechtsverletzung dabei weder bewusst noch vorwerfbar war, so birgt ein Gewinnausgleich die Gefahr, wirtschaftliche Aktivität zu beeinträchtigen. In Anbetracht der gegensätzlichen Interessen der Parteien liegt die Notwendigkeit eines flexiblen Ansatzes auf der Hand, anhand dessen ermittelt werden kann, ob und in welcher Form ein Gewinnausgleich erfolgen muss. Ein solcher wird im zweiten Teil der Arbeit auf der Grundlage eines hypothetischen Vertragsschlusses entwickelt und hinsichtlich seiner Eignung überprüft.

### III. Meinungsstand in Deutschland – ein Abriss

Im deutschen Rechtsdiskurs ist der Gewinnausgleich seit der grundlegenden Abhandlung von *Fritz Schulz*<sup>24</sup> immer wieder Gegenstand juristischer Auseinandersetzungen gewesen<sup>25</sup>. Insbesondere in Anbetracht der Habilitationsschriften von *Tobias Helms* und *André Janssen* zur Verankerung der Gewinnherausgabe im deutschen Recht<sup>26</sup> wird im Folgenden auf eine ausführliche Darstellung der deutschen Rechtslage verzichtet. Eine kurze, zusammenfassende Darstellung, ob und inwiefern der Gewinnausgleich im deutschen Recht verankert ist, soll dennoch erfolgen.

Die deutsche Rechtswissenschaft hat die Frage nach dem Gewinnausgleich in unterschiedlichen Rechtsgebieten angesiedelt. *Fritz Schulz*<sup>27</sup>, dessen Lehren das deutsche Bereicherungsrecht nachhaltig geprägt haben<sup>28</sup>, ist davon ausgegangen, dass alle rechtswidrigen Verhaltensweisen eine Gewinnherausgabe zur Folge haben müssen, soweit der rechtswidrig Handelnde einen Gewinn erzielt hat. Diese Rechtswidrigkeitslehre der Eingriffshaftung hat sich als zu weit erwiesen, weil sogar minimale und leicht fahrlässige Rechtsverletzungen eine Gewinnherausgabe nach sich zogen. Im deutschen Recht konnte sie sich dementsprechend nicht durchsetzen.

Die wenig später von *Walter Wilburg* entwickelte Lehre vom Zuweisungsgehalt bildet den Grundstein für das geltende deutsche Bereicherungsrecht. Danach sollte der Eingreifer in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts alles, was er durch den Eingriff erlangt hatte, an den Inhaber des Rechts herausgeben<sup>29</sup>, also auch die dabei erzielten Gewinne. *Ernst von Caemmerer* hat *Wilburgs* Theorie schon wenige Jahre später dahingehend eingegrenzt, dass sich der Herausgabeanspruch nur auf den Wert des Erlangten beziehen könne, nicht aber auf den durch den Eingriff erzielten Gewinn<sup>30</sup>. Diesen könne der Rechtsinhaber im Sinne des § 687 II S. 1 BGB i.V.m. §§ 681 S. 2, 667 2. Var. BGB nur bei vorsätzlichen Rechtsverletzungen verlangen, weil es in diesen Fällen unangemessen sei, wenn bei einem schwieri-

---

<sup>24</sup> *Schulz*, System der Rechte auf den Eingriffserwerb (1909). Davor bereits von *Monroy*, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte (1878).

<sup>25</sup> *Wilburg*, Ungerechtfertigte Bereicherung (1934); *Kellmann*, Gewinnhaftung (1969); *König*, Gewinnhaftung (1978); *Roth*, Gewinnhaftung (1991); *Jakobs*, Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung (1993); *Köndgen*, Gewinnabschöpfung als Sanktion (2000).

<sup>26</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe (2007); *Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung (erscheint 2015).

<sup>27</sup> *Schulz*, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, S. 1–488.

<sup>28</sup> *Jakobs*, Eingriffserwerb, S. 26–27; *Haines*, Bereicherungsansprüche, S. 49–53.

<sup>29</sup> *Wilburg*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 106–108, 114. Diese Auffassung ist in den vergangenen Jahren vermehrt hinterfragt und abgelehnt worden, dazu ausführlich *Jansen*, in: HKK § 687 II, Rn. 45–55.

<sup>30</sup> *von Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, S. 356–359, 376–377.

gen Schadensnachweis überhaupt kein Anspruch bestünde<sup>31</sup>. Mit dieser Auffassung konnte er sich in der deutschen Rechtsliteratur weitgehend durchsetzen, und auch die Rechtsprechung folgt ihr bis heute<sup>32</sup>. Ein allgemeines Prinzip einer bereicherungsrechtlichen Gewinnherausgabe besteht im deutschen Recht deswegen nicht. Auch *Tobias Helms* hat sich in seiner 2007 erschienenen Habilitationsschrift gegen eine bereicherungsrechtliche und für eine haftungsrechtliche Gewinnherausgabe ausgesprochen. Dabei wies er darauf hin, dass eine verschuldensunabhängige Gewinnherausgabe nicht in Betracht kommen könne, weil Investitionsentscheidungen, die im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit der Gewinnerzielung getätigt werden, zur Verwirklichung einer erfolgreichen freien Wirtschaft nicht frustriert werden dürften<sup>33</sup>.

Obwohl der wissenschaftliche Diskurs über die Gewinnherausgabe hauptsächlich im Bereicherungsrecht und im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag verwurzelt ist, wählt die Rechtsprechung in Fällen der Verletzung von Immaterialgüterrechten und des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Anspruchsgrundlage für die Gewinnherausgabe den deliktischen Anspruch aus § 823 I BGB. Dies verwundert, handelt es sich doch um eine Norm, die nach ihrem Wortlaut einen Schadensersatzanspruch gewährt, also der Kompensation von Schäden dient, nicht aber den Ausgleich von Gewinnen bezweckt. Gleichwohl haben deutsche Gerichte seit dem frühen 20. Jahrhundert anhand des § 823 I BGB in Verbindung mit der sogenannten „dreifachen Schadensberechnungsmethode“ Gewinne abgeschöpft<sup>34</sup>. Bei Verletzungen von Immaterialgüterrechten und des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts besteht ein Schaden häufig nur in Form eines entgangenen Gewinns. Dieser ist in der Regel schwer nachweisbar, weil der Kläger beweisen muss, dass er den Gewinn hypothetisch auch selbst erzielt hätte. Deswegen sollten nach dem Reichsgericht Richter im Rahmen des § 823 I BGB die Möglichkeit haben, anstelle des Ersatzes für den nachweislich zugefügten Schaden einen Anspruch auf eine angemessene Lizenzgebühr oder aber auf den sogenannten Verletzergewinn zu gewähren. Zur Begründung dieser dritten „Schadensberechnungsmethode“ auf den Verletzergewinn hat die Rechtsprechung zwar vereinzelt auf die Geschäftsmaßung nach § 687 II S. 1 BGB i.V.m. §§ 681 S. 2, 667 2. Var. BGB verwiesen. Ausdrückliche und einzige Grundlage für die Haftung war jedoch stets § 823 I BGB<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> *von Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, S. 359–360.

<sup>32</sup> Zu alldem ausführlich § 5 III 2. Siehe auch *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 34 m.w.N. Anders insbesondere *Jakobs*, Eingriffserwerb, S. 26–27.

<sup>33</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 67.

<sup>34</sup> *Lange/Herrmann*, Schadensersatz, S. 355–361; *Oetker*, in: MünchKomm § 252, Rn. 53–56.

<sup>35</sup> Dem ist nun auch *Tobias Helms* gefolgt, der eine deliktische Gewinnherausgabe mit der Erwägung befürwortet, dass sie der Gewährleistung einer vollständigen Schadenskompensation dient, *Helms*, Gewinnherausgabe, S. 493: „Auslöser dieser Rechtsinstitute sind

Trotz der richterrechtlichen Verfestigung der dreifachen Schadensberechnungsmethode bestand über viele Jahre hinweg dennoch nur die theoretische Möglichkeit, einen Gewinnausgleich zu erreichen. Kläger verlangten nur selten Gewinnherausgabe, weil jede Eigenbeteiligung des Rechtsverletzers an der Gewinnerzielung berücksichtigt und der Rechtsverletzer insoweit in der Regel am erzielten Gewinn beteiligt wurde<sup>36</sup>. Durch das Gemeinkosten-Urteil<sup>37</sup> im Jahr 2000 ist es in dieser Hinsicht zu einem Wandel gekommen. Zwar soll der Kläger weiterhin nur dasjenige herausverlangen können, was der Verletzer gerade durch die Rechtsverletzung erlangt hat. Jedoch sollen hierbei die Kosten für die Gewinnerzielung nur dann berücksichtigt werden, wenn sie in unmittelbarem Zusammenhang mit der Rechtsverletzung stehen<sup>38</sup>. Dies hat zu erhöhten Erfolgsaussichten und einer Verkürzung der Dauer der Verfahren geführt sowie dazu, dass Kläger vermehrt eine Schadensermittlung anhand des Gewinns beantragen<sup>39</sup>. Damit fügt sich Art. 13 I lit. a der Immaterialgüterrechtsrichtlinie<sup>40</sup> ohne Weiteres in das deutsche Recht ein<sup>41</sup>. Die hier angeordnete Schadensberechnung anhand des Gewinns hatte in Deutschland bereits Tradition.

---

bekanntermaßen die Schwierigkeiten, die mit einer konkreten Schadensberechnung verbunden sind [...]. Soll der Rechtsbehelf des Schadensersatzes seine Ausgleichs- und Präventionsfunktion nicht vollkommen verfehlen, müssen diese alternativen Formen des Nachteilsausgleichs anerkannt werden, wobei die Erzielung eines rechtswidrigen Gewinns eine besondere Legitimation dafür liefert, von den allgemeinen Ausgleichsmaßstäben abzuweichen“.

<sup>36</sup> *Meier-Beck*, Herausgabe des Verletzergewinns, S. 617.

<sup>37</sup> BGHZ 144, 366.

<sup>38</sup> Hiermit ist der Bundesgerichtshof dem Vorschlag von *Lehmann*, Juristisch-ökonomische Kriterien, S. 1684, gefolgt: Es sei ökonomisch nicht gerechtfertigt, die Kosten des Rechtsverletzers vom konkret durch die Rechtsverletzung erzielten Gewinn abzuziehen. Der Rechtsverletzer solle seine Gemeinkosten nur dann abziehen können, wenn sie ausschließlich der Produktion der schutzrechtsverletzenden Gegenstände zugerechnet werden können.

<sup>39</sup> Kritisch zu dieser Entwicklung *Meier-Beck*, Herausgabe des Verletzergewinns, S. 619–622.

<sup>40</sup> Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum 2004/48/EG vom 29. April 2004.

<sup>41</sup> Zum Einfluss dieser Norm ausführlich unter § 5 II 3.