Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 10

Grundsätze der Gewinnhaftung

Rechtsvergleichender Beitrag zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung

Von

Dr. Christof Kellmann

DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CHRISTOF KELLMANN

Grundsätze der Gewinnhaftung

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 10

Grundsätze der Gewinnhaftung

Rechtsvergleichender Beitrag
zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung

Von

Dr. Christof Kellmann

DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1969 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1969 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im wesentlichen im Herbst 1967 abgeschlossen und hat der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München Anfang 1968 als Dissertation vorgelegen. Herrn Prof. Dr. E. Steindorff, der die Arbeit anregte und förderte, möchte ich auch an dieser Stelle aufrichtig danken. Ebenso danke ich Herrn Prof. Buxbaum und Herrn Prof. Sweet für ihre wertvolle Unterstützung, die sie mir bei meinem Studienaufenthalt an der University of California in Berkeley/USA gewährten. Dem Deutschen Akademischen Austauschdienst danke ich für die finanzielle Unterstützung der Arbeit.

Bochum, im April 1969

Christof Kellmann

Inhaltsverzeichnis

I. Teil

Das Problem

I. Unzulänglichkeit des wettbewerblichen Rechtsschutzes 13

II. Kritischer Überblick über die bisherige Entwicklung des Gewinnhaftungsrechts 17

II. Teil

Die Gewinnhaftung im englischen und amerikanischen Recht

I. Vorbemerkung 20

II. Der Anspruch auf Gewinnherausgabe im Trust 21
1. Vorbemerkung 21
2. Überblick über die Entwicklung des Trust 22
3. Trust und Action on Account (and Payment) of Profits 24
a) Der wesensmäßige Zusammenhang beider Rechtsinstitut 24
b) Anwendungsbereich von Trust und Gewinnhaftung 28
c) Abgrenzung des herausgabepflichtigen Gewinns 29
d) Verhältnis von Gewinnherausgabe und Schadensersatz 30
e) Exkurs: Entwicklung und Natur der Rechtsstellung des beneficiary 31

III. Constructive Trust und Gewinnhaftung 34
1. Entwicklung und Bedeutung des Constructive Trust 34
2. Anwendungsfälle des Constructive Trust 35
3. Der Constructive Trust als bereicherungsrechtliche Generalklausel 38
4. Constructive Trust und ungerechtfertigte Bereicherung 41

IV. Waiver of Tort 42
1. Waiver of Tort im Zwiespalt von Fallrecht und Rechtsprinzip 42
2. Entwicklung und Anwendungsbereich 44
3. Property — seine Bedeutung für Waiver of Tort und sonstige Gewinnhaftungsfälle 46
a) Verwendung des Begriffs in Gewinnhaftungsfällen 46
b) Das Rechtsobjekt 48
c) Dinglichkeit 48
d) Absolutheit 49
e) Standpunkt der Rechtsprechung 50

f) Identifizierbarkeit des Rechtsobjekts als Kennzeichen von property und Ansatzpunkt der Gewinnhaftung 52
4. Right of Privacy und Grenzen der Gewinnhaftung 53

V. Rechtspolitische Gesichtspunkte 55
1. Interdependenz von Recht und Rechtspolitik 55
2. Präventionswirkung 56
3. Vereinfachte Schadloshaltung 56
4. Rechtliche Auswirkungen 57

VI. Auswertung und Versuch einer systematischen Übersicht; Behandlung von Zweifelsfragen 58
1. Grundlagen der Gewinnhaftung 58
a) Equity — Constructive Trust 58
b) Waiver of Tort — Common Law 61
c) Grenzen der Gewinnhaftung 61
2. Gegenstand der Gewinnhaftung 62
a) Vorbemerkung 62
b) Grundsatz: Orientierung am Trust-Recht 62
c) „Tracing“ 63
d) Beitragswerte 65
e) „Wegfall“ der Bereicherung 66
f) Geld 67
g) Verschulden 67

VII. Zusammenfassung 69

III. Teil

Gewinnhaftung im deutschen Recht

I. Verhältnis von Schadensersatz und Gewinnhaftung 71

II. Gewinnhaftung im Bereicherungsrecht, im Recht der unechten Geschäftsführung und „faktischen“ Vertragsverhältnisse 75

A. Grundlagen der Gewinnhaftung 75
1. Die Lehre von der Vermögensverschiebung als Voraussetzung der Bereicherungshaftung 76
a) Entwicklung und Stand der Meinungen 76
b) Durchbrechungen der Fiktionen 79
c) Lösungsvorschlag 84
2. Die Verletzung eines absoluten Rechts als Voraussetzung der Gewinnhaftung 86
a) Entwicklung und Stand der Meinungen 86
b) Der sog. Zuweisungsgehalt 90
c) Bedeutung der Drittwirkung (sog. Absolutheit) 92
3. Die gemeinsamen Grundlagen von Leistungs- und Eingriffskondiktion 97
a) Verhältnis von Bereicherung durch Leistung zur Bereicherung in sonstiger Weise 97

b) Verhältnis der Bereicherung „ohne rechtlichen Grund" zur Bereicherung „auf Kosten eines anderen" ... 98
aa) Eingriffskondiktion und Mangel der Causa ... 98
bb) Leistungskondiktion und Mangel der Causa ... 100
cc) Das Tatbestandsmerkmal „ohne rechtlichen Grund" und seine Bedeutung für beide Kondiktionsarten ... 102
dd) Das Tatbestandsmerkmal „auf Kosten" und seine Bedeutung für beide Kondiktionsarten ... 103
c) Ergebnis ... 106
4. Gewinnhaftung aus widerrechtlichem Handeln? ... 108
5. Gewinnhaftung auf Grund Ausnutzung eines fremden identifizierbaren Rechtsobjekts ... 110
6. Der Vertrauensschutz gegenüber Kondiktionsansprüchen ... 115
a) Versionsfälle und Doppelmangel ... 116
b) Verfügungen eines Nichtberechtigten ... 117
c) Bereicherungsausgleich in den Fällen des § 951 BGB ... 118
d) Dreiecksverhältnisse ... 120
e) Unzulänglichkeit anderweitiger Erklärungsversuche ... 121
7. Gewinnhaftung auf Grund faktischer Vertragsverhältnisse? ... 124
a) Der verfehlte Ansatzpunkt ... 125
b) Praktische Lösungsmöglichkeiten ... 127
c) Die lückenhafte Verwirklichung des Gedankens der Gewinnhaftung durch faktische Vertragsverhältnisse ... 129
B. Gegenstand der Gewinnhaftung ... 130
1. Der Zuweisungsgehalt als Kriterium für den Umfang der Herausgabepflicht ... 130
2. Die Rolle des Verschuldens (Gewinn oder Wert?) ... 132
3. Kausalprinzipien ... 134
a) Die theoretische und praktische Fragwürdigkeit des Kausalaxioms ... 134
b) Die Adäquanztheorie ... 136
4. Am Zweck der Gewinnhaftung orientierte wirtschaftliche Betrachtungsweise ... 137
a) Grundlegung ... 137
b) Kombinationseingriffe ... 139
c) Der Anspruch auf „Angemessene Vergütung" ... 142
C. Ergebnis ... 143

IV. Teil

Gewinnhaftung im Wettbewerbsrecht

I. Zulässigkeit der Gewinnhaftung ... 144
II. Schutzgüter des Wettbewerbsrechts ... 146
III. Einzelne Tatbestandsgruppen ... 151
Zusammenfassung ... 155
Schrifttum ... 161

Abkürzungsverzeichnis

1. Deutsche Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BGE	Entscheidungen des Schweizer Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
GRUR (GR)	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Jher. Jahrb.	Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MuW	Markenschutz und Wettbewerb, Monatsschrift für Marken-, Patent-, Muster-, Urheber- und Verlagsrecht
N.	Fußnote
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht, Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OR	Schweizer Obligationenrecht
Preuß. ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des RG in Zivilsachen
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
ROHG	Reichsoberhandelsgericht, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Seuff. A.	Seufferts Archiv
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
WPM	Wertpapier-Mitteilungen, Rechtsprechungsteil
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis

2. Abkürzungen engl. und am. Entscheidungssammlungen

A. C.	Law Reports, Appeal Cases, House of Lords and Privy Council
All E. R.	All England Law Reports

Beav.	Beavan's Reports, Roll's Court 1838—1866
Burr.	Burrow's Reports, King's Bench 1756—1777
C. A.	Court of Appeal Reports 1867—1877
Ch.	Law Reports, Chancery Division
Ch. App.	Law Reports, Chancery Appeals 1868—1875
De. G. J.	De Gex and Jones's Reports, Chancery
Drew.	Drewry's Reports, Chancery
Eden	Eden's Reports, Chancery
Eng. Rep.	England Reports
Freem. Ch.	Freeman's Reports, Chancery
Freem. K. B.	Freeman's Reports, King's Bench and Common Pleas
Fed.	Federal Reporter
F. 2nd	Federal Reporter 2. Folge (seit 1924)
F. Supp.	Fed. Supplement
Hare	Hare's Reports, Chancery
H. L. (R.)	Law Reports, House of Lords
K. B.	Law Reports, King's Bench Division
Ld. Ray (m)	Lord Raymond's Reports, King's Bench and Common Pleas
M. & S.	Maule & Selwyn's Reports, King's Bench
N. E.	North Eastern Reporter
Q. B.	Queen's Bench Reports
Q. B. D.	Law Reports, Queen's Bench Division
R. P. C.	Reports on Patent Cases
Sel. Cas. Ch.	Select Cases in Chancery
S. W.	South Western Reporter
Taunt.	Taunton's Reports, Common Pleas
U. S.	U. S. Supreme Court Reports
Vern.	Vernon's Reports, Chancery
Ves.	Vesey Jun.'s Reports, Chancery
	Reports aus U. S. Einzelstaaten z. B. Mass.(achusetts) Nebr.(aska) Ohio St. (Ohio State) N. Y. S. (New York State)

3. Sonstige engl. und am. Abkürzungen

A. G.	Attorney General
C. A.	Court of Appeal
Columbia L. R.	Columbia Law Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
H. L.	House of Lords
J.	Justice
L. C.	Lord Chancellor
L. C. J.	Lord Chief Justice
L. J.	Lord Justice
L. Q. R.	Law Quarterly Review
Mod. L. R.	Modern Law Review
M. R.	Master of the Rolls
N. Y. L. Forum	New York Law Forum
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal

Erster Teil

Das Problem

I. Unzulänglichkeit des wettbewerbsrechtlichen Rechtsschutzes

Vor einiger Zeit hatte der BGH[1] über folgenden Streitfall zu entscheiden: Der Kläger, der sich mit dem Vertrieb von Handstrickapparaten befaßte, hatte ein neues — unpatentiertes — sog. „Rita"-Strickverfahren entwickelt und mit der beklagten Firma über den Abschluß eines Lizenzvertrages verhandelt, durch den die Beklagte das Recht zur Benutzung und zum Vertrieb des Verfahrens im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland erhalten sollte. Die beklagte Firma, die vom Kläger im Laufe dieser Verhandlungen Beschreibung, Zeichnungen und eine schriftliche Anweisung zum Gebrauch des neuen Strickverfahrens erhalten hatte, brachte, als die Verhandlungen scheiterten, unter Ausnutzung der ihr vom Kläger vermittelten Kenntnisse ein ähnliches Verfahren heraus. Der Kläger verlangte — gestützt auf §§ 18, 19 UWG (Vorlagenfreibeuterei) — Unterlassung des Vertriebs, Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht.

Der BGH wies den Unterlassungsanspruch zurück, da das Verfahren inzwischen offenkundig geworden sei. Den Anspruch auf Schadensersatz, den das Berufungsgericht zurückgewiesen hatte, weil der Kläger „seiner Pflicht, den behaupteten, nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts zu berechnenden Schaden darzulegen, trotz ausdrücklicher Aufforderung nicht genügt" habe, erkannte der BGH dagegen dem Grunde nach an. Einen Anspruch auf Herausgabe des von der Beklagten durch die widerrechtliche Benutzung der Vorlagen erzielten *Gewinns* lehnte der BGH in Anlehnung an die Zuweisungstheorie ab. Bei der sog. Vorlagenfreibeuterei handle es sich „nicht um Eingriffe in ein Ausschließlichkeitsrecht oder Rechtsgut, das von der Rechtsordnung mit ausschließender Wirkung einer bestimmten Person zugewiesen ist"[2]. Ein Gewinnherausgabeanspruch stehe dem Kläger auch nicht unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zu, da § 816 BGB „ersichtlich" nicht anwendbar sei und § 818 II BGB, „der somit anzuwenden wäre"[3], die Pflicht zur Herausgabe auf

---

[1] BGH Urt. vom 17. 5. 1960 GRUR 1960, 554 (Handstrickverfahren).
[2] a.a.O. S. 557 1. Sp.
[3] In Wirklichkeit wäre nicht § 818 II, sondern § 812 anzuwenden. Der BGH übernimmt hier den Fehler *v. Caemmerers* (Festschr. Rabel S. 357), der den

den Wert des Erlangten beschränke. *Wer*tersatz will der BGH „bei gebührender Beachtung des § 287 I ZPO" aber schon im Wege des Schadensersatzes gewähren, so daß die strittige Frage, ob die gewinnbringende Verletzung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften für den Betroffenen einen Bereichungsanspruch auslösen kann, unentschieden blieb.

Diese Entscheidung, die den Gewinnherausgabeanspruch bei Wettbewerbsverstößen, die kein Ausschließlichkeitsrecht verletzen, definitiv versagt, enthüllt nicht nur die theoretische Verwirrung des heutigen Gewinnhaftungsrechts, sondern auch die Unzulänglichkeit des daraus resultierenden Rechtsschutzes.

Unterlassungsansprüche sind, das zeigt nicht zuletzt diese Entscheidung, im Kampf gegen den unlauteren Wettbewerber meist eine stumpfe Waffe. Ein Unterlassungsanspruch verhilft dem Kläger allenfalls dazu, zukünftige Beeinträchtigungen durch den betreffenden Rechtsverletzer zu verhindern. Da der Unterlassungsanspruch als solcher keine wirksame Sanktion gegenüber der Rechtsverletzung darstellt, bleibt der Kläger außerdem der Gefahr weiterer Rechtsverletzungen durch andere Firmen, die von dem Verfahren Kenntnis erlangt haben, ausgesetzt. Dem Unterlassungsanspruch fehlt damit die Präventivwirkung, um weiteren Rechtsverletzungen vorzubeugen. Er ist außerdem ungeeignet, den Verletzten für den entstandenen Schaden (Verdienstausfall, vergebliche Investitionen) zu entschädigen. Daneben mangelt es, worauf *Pastor*[4] mit Recht hingewiesen hat, dem wettbewerblichen Unterlassungsanspruch an einer seiner Bedeutung entsprechenden durchschlagenden Vollstreckungsmöglichkeit. Zwar läßt sich, da die Wiederholungsgefahr im Wettbewerbsrecht vermutet wird, eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung im allgemeinen relativ schnell erwirken, doch ist damit meist wenig anzufangen, da die Gerichte vor Ausspruch einer Strafe nach § 890 ZPO meist umständliche und langwierige Beweisaufnahmen durchführen und, wenn es schließlich doch zu einer Bestrafung kommt, viel zu milde urteilen. Trotz Vorliegen eines Unterlassungstitels setzt der Schuldner daher häufig seine gewinnbringenden Wettbewerbsverstöße fort, um zumindest noch die Kosten des Rechtsstreits, die oft von vorneherein einkalkuliert sind, hereinzubekommen. Auf diese Weise bewahrheitet sich, wie *Pastor* meint, der alte Erfahrungssatz, daß sich per saldo jeder Wettbewerbsverstoß bezahlt macht.

Daß die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruches auf noch größere Schwierigkeiten stößt, ist offensichtlich, denn der Nachweis eines

---

Begriff des „Erlangten" nach § 818 II bestimmen will; vgl. dazu die Ausführungen unten S. 131 N. 304, S. 132.

[4] Recht im Wandel 1965 S. 432 f.; vgl. auch schon *Marcus*, Unlauterer Wettbewerb, Monatsschrift für gew. Rechtsschutz 1,20; 3,87.

Schadens und die Beibringung konkreter Bemessungstatsachen dürfte im Wettbewerbsrecht i. a. auf fast unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen. Hinzu kommt, daß sich die Rechtsprechung mit der Zubilligung von Ansprüchen auf Auskunft und Rechnungslegung, die in Fällen echter Gewinnhaftung recht weit gehen[5], bei Schadensersatzansprüchen mehr als zurückhaltend gezeigt hat, da, wie sie in den betreffenden Urteilen richtig erkennt, der Gewinn des Verletzers idR. keine Rückschlüsse auf den Schaden des Verletzten zuläßt und mithin kein berechtigtes Interesse an einer Rechnungslegung besteht, „deren mißbräuchliche Ausnutzung durch den Berechtigten nach Lage der Sache möglich ist"[6]. Die entgegenkommendere Auffassung des BGH im Eingangsfall, wonach „die Schätzung des Umfangs des dem Kläger erwachsenen Schadens wesentlich von der Kenntnis des Umfangs der von den Beklagten begangenen Verletzungshandlungen abhängt"[7], entspringt der Tendenz, unter der Rubrik „Schadensersatz" tatsächlich eine Art Gewinnherausgabepflicht zu statuieren, und kann, wie die späteren Entscheidungen zeigen, nicht verallgemeinert werden.

Die Schwierigkeit bzw. Unmöglichkeit der Schadensfeststellung, die das Berufungsgericht im Eingangsfall zur Abweisung der Klage veranlaßten[8], führten beim BGH zu einer bedenklichen Umdeutung des Schadensbegriffes, wonach es gerechtfertigt sein soll, bei der Bemessung des Schadens „den objektiven Wert des entzogenen Gutes so lange zuzusprechen, als nicht vom Verletzer Umstände geltend gemacht werden, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen"[9]. Diese Art der Schadensberechnung ist mit der Zubilligung der „angemessenen Lizenzgebühr" im Immaterialgüterrecht und der abstrakt-normativen Schadensberechnung verwandt. Sie ist u. E. nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 252 BGB zulässig[10] und geht weder als „Schadensersatz" noch als „Gewinnhaftung" weit genug, da der Schaden des Verletzten und der Gewinn des Eingreifers meist höher sind, als das „entgangene" bzw. „ersparte" Nutzungsentgelt, das bei ordnungsgemäßem Vorgehen hätte gezahlt werden müssen. Es handelt sich um

---

[5] RGZ 122, 243; BGH GRUR 1957, 336; BGH BB 62, 429; daß die erweiterte Rechnungslegungspflicht nicht, wie häufig behauptet, unbillig ist und schon gar nicht die globale Versagung der Gewinnhaftung rechtfertigen kann, ist unten dargelegt.

[6] BGH NJW 66, 1119; ferner BGH NJW 54, 70; 57, 1026. Die Gerichte scheinen auch bei den Anforderungen, die sie an den Schadensnachweis stellen, eher kleinlich als großzügig zu sein, was die Position des ohnehin schon mit dem Nachweis des Kausalzusammenhangs belasteten Klägers weiter schwächt; vgl. *Rosenthal* GR 20, 34.

[7] a.a.O. S. 556.

[8] Der Kläger hatte sich von vornherein wohl nicht ernsthaft um einen Schadensnachweis bemüht.

[9] a.a.O. S. 556.

[10] s. unten S. 73 f., S. 85 f.